

第2卷

# 刑法公开课

周光权 著

OPEN COURSE OF CRIMINAL LAW



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

刑法公开课. 第2卷/周光权著. —北京: 北京大学出版社, 2020.12  
ISBN 978-7-301-31817-1

I. ①刑… II. ①周… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2020)第 219502 号

- 书 名** 刑法公开课(第2卷)  
XINGFA GONGKAIKE(DI-ER JUAN)
- 著作责任者** 周光权 著
- 责任编辑** 杨玉洁 王欣彤
- 标准书号** ISBN 978-7-301-31817-1
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672  
编辑部 010-62117788
- 印 刷 者** 大厂回族自治县彩虹印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 650 毫米×980 毫米 16 开本 28.25 印张 408 千字  
2020 年 12 月第 1 版 2020 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价** 69.00 元
-



自1999年8月进入清华大学法学院工作以来,在本单位、实践部门及其他高校前前后后讲授的刑法学课程数以千节计,其中有很多思考陆续整理、扩充成现在的文字呈献给大家。由于本书的主体内容来自教学活动(尤其是刑法学硕士生、博士生课程)或与教学紧密关联的科研活动,在正式出版时,遂将之命名为《刑法公开课》。

主讲人一直认为,学术研究以及教学活动都不能停留在抽象的、一般性的讨论中,必须言之有物,因此,本公开课紧紧结合案例讨论刑法学说,以增强研究的实践价值。

对于案例分析的重要性,我国刑事法学界过去一直重视不够,人们习惯性地认为大量案件都是简单案件,可以轻而易举地加以处理;各个案件都是相互独立的,讨论个案对于理论体系的建构意义有限。由此出现了理论和实务各说各话、各行其是、“实践反对理论”的局面,二者的良性互动、共同发展很难真正实现。

在刑法学发展到一定阶段,其理论体系蔚为大观的今天,到了必须深入思考案例研讨方法,注重建立刑法学说和案件处理之间的紧密关联性的时候。其一,实务中其实有很多难题,只不过在很多时候被大而化之地简单处理了。在德日刑法学中成为讨论对象的那些“难办案件”在我国司法实务中也大量存在,研讨这些复杂案件,对于准确定罪量刑、切实保障人权具有重要意义。其二,对于绝大多数刑事案件的处理,仅仅凭感觉也可能得出一个大

致不差的结论,但是,“法律人的技艺,就是论证”<sup>①</sup>。通过何种方法论,按照何种逻辑,通过何种论证得出这一结论,也至关重要。其三,回过头去看,司法上过往之所以会形成某些错案,与处理案件过程中对刑法学说和方法论的运用不当有关,随着法治的逐步发展,对刑事案件简单处理的做法难以为继,刑法学说以及方法论的运用决定案件质量,“法律学者应更积极地从事判决研究之工作,对于有商榷余地之判决,固应详予讨论,提出自己的意见,用供实务参考”<sup>②</sup>。反过来,结合案件处理过程分析实务上的刑法运用状况,也可以检验刑法解释学以及思考方法的正确与否。其四,实务案件处理的背后存在一定的司法逻辑,对疑难案件进行探究可以管窥实务人员的刑法基本立场,反映出刑法学说对于实务的影响力,同时针对理论和实务有分歧的情形,学者可以就刑法相关理论可能存在的不足反躬自问,从而适时对理论进行修正。

《刑法公开课》正是立足于此,试图在推动刑法学说和司法实务的互动方面做一些努力。《刑法公开课》运用现代刑法学思维与方法,对我国司法机关实际处理的大量案件进行反思和评价,熔前沿刑法理论与司法实务于一炉,深入分析将刑法理论运用到司法实务的可行性及其路径,竭力缩小理论和实务之间的差距。本公开课各讲的难易程度,大致与主讲人在清华大学法学院为刑法学研究生讲课的水准相当,绝大多数的内容可以说是主讲人在清华大学讲课的“原版再现”。

从宏观方面讲,《刑法公开课》有以下特点:

首先,始终关注通过前沿刑法理论处理司法难题这一问题。刑法学以解决各种司法难题为己任,必须面向实践建构合理的理论体系。刑法学必须进行体系性思考。如果不进行体系性处理,就如同在打扫房间卫生时缺乏计划性,结果是有的地方被打扫了很多遍,但有的地方始终很脏乱。我国每年处理上百万件案件,其中涉及大量疑难复杂案件。对这些案件如何

---

① [德]英格博格·普珀:《法学思维小学堂:法律人的6堂思维训练课》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第1页。

② 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社2015年版,第235页。

准确处理,往往涉及犯罪论体系、未遂犯论、共同犯罪等问题,而这些问题在理论上有很大的争议。对这些问题的思考,《刑法公开课》并未回避最近十多年来刑事法学界的主要争论,且对相关问题采用了主讲人认为相对有力的学说或相对合理的结论。例如,在讨论犯罪论体系时,一开始就提到如果将三阶层犯罪论运用到我国司法实务中,其相对于犯罪构成四要件来说有哪些优越性;同时,主讲人结合大量司法案例进一步揭示出在实务上分析案件时,应当采取何种可能的进路,才符合阶层理论的要求。通过类似研究,就能够把过去人们视为畏途的“阶层犯罪论的中国化”问题大大向前推进,加速理论和实务的沟通进程。此外,很多实务上的“难办”案件集中在未遂犯、不能犯、共同犯罪领域,《刑法公开课》也计划进行深入浅出的分析,其中大量涉及前沿刑法理论。个别坚持“社科法学”的学者认为,“刑法教义学只能有效解决大量常规案件,对于像许霆案这样的难办案件或者其他疑难案件,脱离了政治性判断和政策考量或者脱离了整个中国政治制度运行模式的刑法教义学分析就基本失效,分析结论也显得武断”<sup>①</sup>。但是,这个说法完全不能成立。理由在于:类似于许霆案的案件,按照现在的刑法教义学完全可以解释得很清楚(ATM机内的财产权归属、改变占有的窃取行为的确定都没有疑问,至于量刑合理化的问题,按照《刑法》第63条第2款“特殊减轻”的规定完全可以妥善解决);“社科法学”所批评的刑法教义学“靶子”并不存在,现代刑法教义学注重体系思考和问题思考的结合,将目的性思考、政策性判断、价值选择融入刑法解释和刑法理论体系中<sup>②</sup>,重视裁判结论与“国民规范意识”的接近,注重刑法学说的实践面向。<sup>③</sup>“法教义学的任务,就是通过对一个个疑难案件的研究,创造出足以应对此类案件的理论观点,为司法者提供一般性规则。简言之,不断地变

---

① 苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》2009年第1期。

② 参见〔德〕克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第15页以下。

③ 参见〔日〕前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第4页。

疑难案件为常规案件,这本来就是法教义学的‘初心’。”<sup>①</sup>《刑法公开课》所引用的现代刑法教义学涉及价值判断、重视实践运用可能性,这样的理论顾及方法论的合理性,充分考虑了司法逻辑,有助于解决某些司法难题,尽可能实现刑法学说和案件处理的“无缝衔接”,强调对具体问题的解决必须在刑法学体系性理论中找到位置,平衡好对问题的思考和对体系的思考之间的关系,以实现保障人权目标。

其次,始终坚守罪刑法定原则。对于何种行为构成犯罪,实务上不能将判断结论建立在某种相对模糊的行为人“很坏”的感觉之上,而必须在罪刑法定原则的指导下,按照分则各罪客观构成要件的要求,通过合理的解释方法得出定性结论,并进行充分说理。《刑法公开课》对具体犯罪的探讨,始终将坚持罪刑法定原则作为不可动摇的“铁则”来把握。

再次,注重刑法方法论的运用。在处理案件时,司法人员的有力论证总是与对刑法原理的掌握,对法律解释方法的合理运用,以及对刑事政策的准确把握紧密相关,要对行为准确定性,不能绕开的问题就是方法论。唯有方法论正确,才能确保相关司法裁判经得起历史的考验。就刑法方法论的运用而言,客观性思考、体系性思考、实质性思考等都非常重要。刑法上的客观判断,不仅仅是如何看待行为、结果以及因果关系的问题,也与法益概念、刑法价值判断等问题有关,甚至涉及如何协调刑法基本立场、刑法方法论和司法逻辑三者关系的问题,我国刑法学应当坚持和发展刑法客观主义,确立客观要素在犯罪论体系中的核心地位,确保客观判断优先,对行为进行分层次的、价值上的判断。刑法学上的思考,还必须是体系的思考,确定犯罪成立与否的理论必须与未遂犯论、共犯论一体地加以考虑。实务上分析案件时,也要顾及这种体系性和问题的关联性,如果坚持犯罪四个要件同时具备才成立犯罪,就会发现在共犯问题的处理上会有矛盾之处,因此,实务上也必须充分认识犯罪构成四要件说的缺陷。

最后,展示个人的刑法基本立场。主讲人主张打造具有建设性、尽可能接近和理解司法实务的“行为导向刑法观”(行为无价值二元论),并积极

---

① 车浩:《刑法教义的本土形塑》,法律出版社2017年版,第33页。

与“结果本位刑法观”(结果无价值论)对话,强调发挥刑法的积极一般预防功能。如何使“行为导向刑法观”指导司法实务,是主讲人需要进一步思考的问题。不过,也有必要指出,对大量案件的处理结果,主讲人的观点和“结果本位刑法观”之间并无差别,因为“行为导向刑法观”本身就重视法益侵害,只是在理论逻辑上强调造成法益侵害的过程(即行为违反规范进而造成法益侵害,从而在法益侵害之外还重视行为样态以及行为实施时的主观违法要素)。因此,“行为导向刑法观”和“结果本位刑法观”之间原本就不是对立关系,而是交叉、竞合关系,在很多时候二者是高度重合的,只不过在分析问题的出发点、进路上有细微差异。并且,这种差异在很多时候是无关紧要或可以忽略的。即便您主张或喜欢“结果本位刑法观”,阅读《刑法公开课》也不太会有“违和感”,反而有可能促使您反思建构“结果本位刑法观”这种绝对化理论的可疑之处。

在写作进路上,《刑法公开课》各讲均开门见山地列出研讨案例,然后结合刑法学说与思考方法进行深度研习,尽可能展示解释和说理过程。《刑法公开课》的目标是:协调刑法理论的体系性、一贯性与对具体案件处理的妥当性之间的关系,通过对若干具体问题的思考来点滴推进我国刑法学的纵深发展。

主讲人目前的计划是,在最近十年内,如果时间和精力允许的话,争取将《刑法公开课》出版到四部以上。但愿这一写作计划能够实现。

最后,需要交代的是,《刑法公开课》中所采用的案例大多是经法院判决的真实案件(只有极少数是教学案例),并对案件事实进行了提炼,为了使讨论更为深入,对个别案件的事实进行了一些改造(但会对此做相应交代);凡是能够查到裁判文书编号的案件,主讲人都尽可能注明;极个别案件可能会在不同章节中被多次提到,但侧重点有所不同,基本不会出现内容重复的现象;对司法机关在各个案件中的认定及处理结论,《刑法公开课》总体上尽可能给予“同情式的理解”,并对裁判结论的合理性作进一步阐述,但也从刑法学说的角度出发对少数案件进行了一定程度的质疑。这些分析完全是一家之言,如有不当,主讲人愿意诚恳地接受各方批评!

《刑法公开课》源起于主讲人和蒋浩先生于2015年秋在德国维尔茨堡

## 006 刑法公开课(第2卷)

开会间隙的一次长谈,他以一个出版家的敏锐眼光一再催促主讲人要写作一些与实务关联度极强的作品,这正契合主讲人当时的想法;后续的写作亦得益于他的诸多启发和催促,因此,主讲人要对蒋浩先生表示最诚挚的敬意和谢意。

愿《刑法公开课》带给您阅读和思考上的愉悦。教学相长,您的倾听和肯定就是这个课能够继续讲下去的理由和动力!



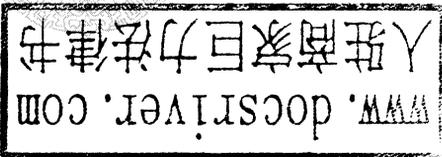
第一讲	我国刑法教义学的现状与问题 .....	001
第二讲	我国刑法教义学的理想图景 .....	024
第三讲	现代刑法的理念、方法与防止错案 .....	046
第四讲	刑法软性解释与罪刑法定原则 .....	071
第五讲	面向司法改革的刑法学 .....	094
第六讲	疫情防控与刑法适用 .....	112
第七讲	裁判中的因果关系论及其射程 .....	134
第八讲	客观归责论与刑法规范判断 .....	166
第九讲	中性业务活动与帮助犯的限定 .....	188
第十讲	法条竞合“重法优先”之否定 .....	214
第十一讲	违法性认识与定罪 .....	236
第十二讲	量刑何以更精准 .....	262
第十三讲	“刑民交叉”案件的分析思路 .....	286
第十四讲	经济犯罪认定的共性问题 .....	313
第十五讲	危险驾驶罪的认定 .....	332
第十六讲	过失致人死亡罪的关键问题 .....	358
第十七讲	黑社会性质组织的非法控制特征 .....	385
第十八讲	受贿罪的情节 .....	406
参考文献	.....	433
关键词索引	.....	439





## 第一讲

# 我国刑法教义学的现状与问题



www.docswriter.com  
入驻商家巨力法律书

### 【案例 1-1 轮奸案】

被告人李某伙同未成年人申某(当时 13 周岁)将幼女王某(11 周岁)骗到玉米地里,先后对王某轮流实施奸淫。后因被害人亲属报案,李某被抓获。李某与未满刑事责任年龄的人轮流奸淫同一幼女是否成立轮奸?按照三阶层论和四要件说分析本案,是否会得出不同的结论?

### 【案例 1-2 开赌气车案】

1997 年 6 月 30 日上午,上诉人杨政锋驾驶解放牌“151”型大卡车到礼泉县城缴纳养路费并购买汽车配件,因钱未带够,于中午 12 时左右从县城返回。在返回途中,为逃避交纳过路费,便绕县城西环路行驶,至北环路十字路口时,遇见县交通局路政大队执勤人员示意停车,杨政锋驾车强行冲过。执勤人员陈浩明、刘惊雷、刘劲松、邹兵建遂乘一辆三轮摩托车追赶。上诉人杨政锋便沿路曲线行驶,阻挡摩托车超越其驾驶的卡车,至泔河丁字路口时,摩托车从卡车左侧超车,杨政锋向左打方向盘,占道逼车,至摩托车翻下路基熄火,杨政锋继续驾车逃跑。此时,适逢礼泉县交警大队干警韩瑞勇驾驶一辆北方牌小汽车路过,见状随即停车。刘惊雷、刘劲松说明情况后,即乘坐韩瑞勇驾驶的小汽车继续追赶。追至礼泉县赵镇李村路段时,韩瑞勇连续鸣笛并打左转向灯,示意超车,当韩瑞勇所驾小汽车行至大卡车左侧与大卡车车厢前部齐平时,被告人杨政锋又向左打方向盘占道逼车,致韩瑞勇所驾驶的汽车与路旁树木相撞,韩瑞勇当场死亡,刘惊

雷、刘劲松受轻伤,北方牌小汽车严重损坏。案发后,被告人杨政锋潜逃,后被抓获归案。如何对被告人的行为进行定性?

### 【案例 1-3 以毒攻毒案】

甲女和丈夫乙长期感情不和、誓不两立,其发现丈夫患重病后,意图趁机将其杀害。经咨询中医大夫丙,甲得知,像乙这样的病情,如果在其现在服用的药材中,每次添加一味有毒的药材,不出3个月乙就会死亡。甲便按照丙的建议行事,不料乙多次服用该有毒药材3个月之后,反而疾病痊愈。如何认定甲的行为性质?

《刑法公开课》的基本特色是讨论与刑事实务紧密关联的问题,第1卷中的内容就坚持了这一点。在本卷中,后续各讲的内容也和实践紧密相关。

但是,考虑到读者的多元性,也考虑到我国刑法学发展方向这一问题的重要性,本着理论和实践相联系的原则,在本卷开篇的第一讲中,我要谈一下我所期待的刑法教义学的发展前景问题。

我的核心观点是:未来的我国刑法学必须重视犯罪认定的教义学方法,保持犯罪论与刑罚论之间的协调;将法官的问题思考和学者的体系思考结合起来,提炼疑难刑事案件的裁判规则,形成有助于解决中国问题、融入更多“中国元素”的教义学原理,并在此基础上逐步建构具有中国特色、更加本土化的刑法学,而不是一味地用中国实务案件去印证德日刑法理论的妥当与否,从而实现中国刑法教义学的自主创新。

先交代一下我的问题意识:推动刑法学发展是刑法学者的共同事业。刑法学研究有不同层面,不同研究者的学术兴趣、切入点、思考方法不同,所重视的问题就不同,所提出的解决方案也有差异。有的研究者致力于规范思考;有的研究者则擅长于事实判断或者总是能够对司法给予“同情式理解”,进而从事接近实务的研究。纯理论的研究对于保持刑法学发展方向、建构体系性的理论非常重要;针对具体问题解决实践性思考则能够持续凸显理论的不足。不同层面的刑法研究并行不悖、相互补充,各

有其存在价值。无论是侧重于理论层面的研究,还是从实务问题出发所进行的思考,其实都不能离开对刑法教义学(包括教义学知识和教义学方法)的运用。

最近十五六年来,中国刑法学逐步向教义学的方向发展,这是中国刑法学知识转型成功的重大标志。例如,陈兴良教授对刑法教义学的意义进行了深入阐发,并为推动教义学的发展做出了卓越贡献<sup>①</sup>;冯军、张明楷教授对教义学的核心范畴、关键命题,以及刑法立法与教义学的关系等也进行了深入研究。<sup>②</sup> 这些成果都为刑法教义学在中国的发展奠定了良好基础。我国未来的刑法学研究,需要沿着这条道路继续前行。

不过,也必须承认,我国当下的刑法教义学研究在对某些问题的思考上,还明显存在将中国的案例、问题与德日刑法理论框架生硬“对接”,简单进行“同一认定”的不足。

因此,今后如何明确刑法教义学的发展方向,大幅度提升刑法教义学研究的自主性,展示刑法学研究的中国特色,就是不可回避的问题。

## 一、当下刑法教义学研究的主要进展

迄今为止的中国刑法教义学研究,在以下方面取得了重大进展。

### (一) 关于刑法学派的研究

对刑法学的研究,应该从学派的对立和论争开始。近年来,我国刑法学对于学派对立的研究取得了令人瞩目的成果,在这方面,既有关于刑法客观主义和主观主义关系的研究<sup>③</sup>,也有关于行为无价值论和结果无价值

---

<sup>①</sup> 参见陈兴良:《刑法教义学方法论》,载《法学研究》2005年第2期;陈兴良:《刑法知识的教义学化》,载《法学研究》2011年第6期;陈兴良:《注释刑法学经由刑法哲学抵达教义刑法学》,载《中外法学》2019年第3期。

<sup>②</sup> 参见冯军:《刑法教义学的立场和方法》,载《中外法学》2014年第1期;张明楷:《也论刑法教义学的立场:与冯军教授商榷》,载《中外法学》2014年第2期。

<sup>③</sup> 参见周光权:《法治视野中的刑法客观主义》,清华大学出版社2002年版,第5页以下。

论之间关系的梳理<sup>①</sup>,这些研究都成为刑法教义学知识体系的重要组成部分。对此,陈兴良教授也认为,学术史的梳理和学派的竞争,恰恰是我国刑法学走向成熟的标志。<sup>②</sup>

当然,也有一些人会觉得这些研究看起来与案件处理无关,所以价值有限。但是,刑法思想史的知识储备决定了未来刑法教义学的总体思维底色,会对推动刑法学发展产生重大影响:(1)透过“学派之争”,研究者会逐步清楚刑法思想、刑法制度的来龙去脉,教义学知识才会“有根”。研究者和一线司法人员不同,后者只需要将案子办好就可以了,但是,作为深入研习刑法的学者需要对刑法思想史及其当代走向了解更多。(2)“学派之争”中旧派的理论,奠定了当前刑法学的基础:前期旧派是结果无价值论的理论来源;后期旧派则为行为无价值论提供了支撑。我们当前逐步展开的许多重要理论,如客观归责论、犯罪事实支配说、责任主义等,都以“学派之争”中被反复讨论的问题(如自由意志论)为前提。很多我们冥思苦想的问题,先行者们要么反复讨论过,要么已有定论,站在“巨人的肩膀”上思考问题,既可以节省我们的资源,也可以保证我们思考的深度。(3)透过“学派之争”,我们才能明白当前的许多刑事政策(宽严相济、监狱改革等)、案件处理(客观性思考)都与学派之争有关。也正是在这个意义上,张明楷教授才正确地指出:“学派之争驱使我寻思他人学说的实质,追问自己观点的根基……学派之争促使我发现了刑法解释的奥妙,初懂了刑法解释的方法。随处可以看到的现象是,对于同样的条文、同样的用语,不同学派的学者可能有理有据地作出完全不同的解释。”<sup>③</sup>可以说,没有对“学派之争”的深入研究,当今的中国刑法教义学基础就不会那么雄厚。

## (二)在对犯罪构成四要件说进行质疑的基础上进行体系思考

虽然迄今为止还有不少人认为犯罪构成四要件说应该得到维持,但

---

<sup>①</sup> 关于这方面的主要成果,参见张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版,第12页以下;周光权:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社2015年版,第5页以下。

<sup>②</sup> 参见陈兴良:《走向学派之争的刑法学》,载《法学研究》2010年第1期。

<sup>③</sup> 张明楷:《刑法的基本立场》(修订版),商务印书馆2019年版,第4页。

是,犯罪论体系上的阶层论逐渐被更多的人尤其是年轻一代学者所认同。其实,三阶层论未必和我们的“本土资源”相抵触。“构成要件该当性”和中国古代清官审案时首先追问的“该当何罪”大体相同。更重要的是,所谓的阶层论只是将不法和责任清晰分开,和一个理性人通常的思考逻辑相吻合,我国一线司法人员内心里大抵也是按照这个逻辑思考问题的。罗克辛教授认为:“如果将不法和罪责融合到一起,会抹平取消本质上的事实区别。某个举止是否是一种受刑罚禁止的法益侵害,这是一个问题;在所有案件中,违反这种禁止规范是否必须要动用刑罚加以处罚,这是另一个问题。这两个问题是不同的。”<sup>①</sup>

四要件说由于不能准确区分违法和责任,因此,对很多刑法问题的处理会得出不合理的结论。

在【案例 1-1 轮奸案】中,与不满 14 周岁的人轮流奸淫同一幼女的,是否应认定为轮奸,在实践中存在一定争议,这与犯罪论体系的不同紧密关联。

按照四要件说的逻辑就应该认为,李某的行为不属于“轮奸”,不能适用《刑法》第 236 条第 3 款第(四)项的规定进行处罚。理由是:“轮奸”属于共同犯罪中的共同实行犯。既然是共同犯罪,那么,按照犯罪构成四要件说,就必须符合两个以上犯罪主体基于共同犯罪故意实施了共同犯罪行为这一要件。由于本案的另一行为人不满 14 周岁被排除在犯罪主体之外,故不能将本案认定为共同犯罪,因而也就不能认定为轮奸。<sup>②</sup>

肯定违法与责任是犯罪论的支柱,就应该承认李某的行为属于“轮奸”。理由是:刑法规定的“轮奸”只是强奸罪的一个具体的量刑情节。认定轮奸,只要看行为人具有伙同他人在同一段时间内,对同一妇女或幼女先后连续、轮流地实施了奸淫行为即可,并不要求各行为人之间必须构成

---

<sup>①</sup> [德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第二版),蔡桂生译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 91 页。

<sup>②</sup> 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《中国刑事审判指导案例 2:危害国家安全罪·危害公共安全罪·侵犯公民人身权利、民主权利罪》(增订第 3 版),法律出版社 2017 年版,第 598 页。

强奸共同犯罪。换言之,认定是否属于“轮奸”,不应以二人以上的行为是否构成共同强奸犯罪为必要,而是看是否具有共同的奸淫行为。

按照违法和责任分开的阶层论,共同犯罪是一种违法事态,是不同的人共同去实施一件对社会有害的“坏事”。因此,所谓的“共同犯罪”指的是违法的共同,行为符合客观违法要件、具有法益侵害性的,就是共同犯罪中的“犯罪”;行为符合客观违法要件,行为人又具有责任的,才是最终需要承担刑事责任意义上的、完整的“犯罪”概念。共同犯罪中的“犯罪”概念仅对共同违法有要求,而不苛求所有共犯人都达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力。在这个意义上可以说,犯罪概念是具有相对性的。

按照阶层犯罪论的逻辑,共同犯罪主要解决的是共犯人违法事实上的连带性,违法是连带的,责任是个别的。由于责任年龄、责任能力属于责任要素,因此不需要每个共犯人都达到责任年龄、具有责任能力。如果要求共犯人必须达到责任年龄、具有责任能力,则难以妥当处理一些实务案件。例如,甲(精神病患者)与乙共同用刀砍杀丙,致丙死亡,但无法查明是谁的行为导致丙死亡。如果认为甲、乙不构成共同犯罪,只能单独定罪,则由于无法认定乙的行为与丙的死亡存在因果关系,根据罪疑从无的原则,对乙只能认定为故意杀人罪未遂。这显然是不合适的。只有认为甲、乙构成客观违法意义上的共同“犯罪”,才能根据“部分实行、全部责任”的原则,对乙认定为故意杀人罪既遂。

具体到本案,如果认为李某与申某不构成共同犯罪,则李某不属于轮奸,对李某的强奸罪便不能适用关于轮奸的升格法定刑。这显然是不合理的,因为对被害女性而言,事实上的确遭受了轮奸侵害。只有认为李某与申某构成客观违法意义上的共同“犯罪”,才能认为李某构成强奸罪,适用轮奸的升格法定刑。而申某由于未达刑事责任年龄,最终不负刑事责任。

传统犯罪构成四要件理论只有要素的理论,不能区分不法(行为性质)和责任(个人值得谴责)。固执地坚持四要件说,很难与国外学者进行交流,也很难将分析者检验犯罪的过程讲清楚,是“无声”的。在西原春夫教授的著作《我的刑法研究》中,我的前述判断也可以得到证实。西原春夫教授认为,长期以来,中国的犯罪构成要件理论不区分违法和责任,相互之

间要进行实质性讨论是很困难的。但是,这一状况在 20 世纪 90 年代中期以后有了改观。“到了(20 世纪——引者注)90 年代中期,中国学者之间开始展开讨论了。比如,‘你所说的是不对的’。在报告中也是,‘对于这个问题有 A、B、C 三种学说,我基于怎样的理由采取 B 说’,会这样进行说明。此前从没有过的情况在 90 年代中期之后开始出现了,这是很了不起的。”<sup>①</sup>我认为,一方面,这可以理解为是日本老一代刑法学者对中国刑法学者的激励;另一方面,这主要是因为阶层的犯罪论从那个时候起被中国学者渐渐认同,使得大陆法系不同国家刑法学者之间的对话有了可能。

我认为,刑法教义学在中国发展的最大成果其实就是:运用比较眼光思考犯罪论,并对三阶层论的话语体系进行适度转换,形成了有一定中国特色的阶层犯罪论体系。

### (三) 对规范判断的刑法教义学方法的接纳

我国刑法学最近十年来逐步认同客观归责论,这是教义学研究的另一重大成果。传统的刑法理论在因果关系问题上通常采用条件说。但是,条件说的判断是事实判断、经验判断。根据条件说,因果关系的成立范围过宽。为限制条件说的不足,相当因果关系说应运而生。但其仍然存在规范判断程度不高的弊端,为此在理论上不得不承认客观归责论。

客观归责论主张,当行为制造了法所不允许的风险,符合构成要件的结果被实现,且该结果在构成要件效力范围内的,由一定行为所造成的结果才能在客观上进行归责。客观归责论是实质的规范判断,与传统因果关系理论明显不同。因果关系是一个事实之有无问题,它所要解决的是行为与结果之间的客观联系,因而因果关系是一种形式的、事实的评价。客观归责是在因果关系得以证成前提下的归责判断,是一种实质的、规范性的判断。用客观归责论进行价值判断,可以有效限制处罚范围,即在确定了某一行为是造成某一结果的原因后,进一步按照规范的观点来检验结果是否要归责于此一行为。因此,它是有关结果发生这笔“账”能否算到被告人

<sup>①</sup> [日]西原春夫:《我的刑法研究》,曹菲译,北京大学出版社 2016 年版,第 229 页。

头上的判断。

实践中有大量案件从事实判断的角度看,对行为性质似乎很好认定,条件关系也都是存在的。定罪如果仅仅从事实角度思考问题,显得相对比较容易,但其结论是否真的妥当,案件事实的构成要件符合性判断如何进行,以及事实判断之外是否还需要做规范判断,都很值得探究。

对于【案例 1-2 开赌气车案】,一审法院认为,被告人驾车强行冲过执勤工作人员的拦挡。后又曲线占道行驶,逼挡乘车追赶的执勤交警超车,致使摩托车翻下路基,北方牌小汽车与路边树木相撞,一人死亡,二人轻伤,车辆严重损坏,情节恶劣,后果严重。但起诉书指控被告人杨政锋犯故意杀人罪不当。被告人杨政锋虽有逼挡超车的行为,但并未直接碰撞车辆。其致车辆损毁的行为,构成破坏交通工具罪,判处其无期徒刑。

陕西省高级人民法院二审认为,上诉人作为经过正规培训取得驾驶执照的正式司机,明知自己所从事的是高度危险性作业,在驾车高速曲线行驶时占道逼车可能对追赶他的车辆产生危害后果的情况下,却先后两次故意向左打方向盘,限制追赶车辆的前进路线,致摩托车翻下路基,小车撞树,车毁人亡,上诉人显然对危害结果的发生持放任态度,故其行为已构成故意杀人罪,判处其无期徒刑,剥夺政治权利终身。<sup>①</sup>

不过,无论是一审所认定的破坏交通工具罪,还是二审所认定的故意杀人罪,我认为都值得商榷。在本案中,从客观上看,被告人只是将被害人的车辆逼向路边,使之与树木相撞,而不是两车接触和相撞。如果对被告人要定故意杀人罪,杀害的客观行为在哪里,很值得探究,因为被告人对被害人的人身没有暴力行为。如果被告人一下把他人的车辆撞到树上,定故意杀人罪没有问题,但本案不属于这种情形。从主观上看,在这种开赌气车的场合,被害人和被告人各自驾驶一辆汽车,仅因赌气而不停车,双方客观上都明显带有危险驾驶(“追逐竞驶”)的意味,如果要认定被告人希望或者放任被害人死亡是存在一定难度的,因为被告人自己驾驶的车辆虽然是

---

<sup>①</sup> 参见陈兴良、张军、胡云腾主编:《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂(上卷)》(第二版),北京大学出版社2018年版,第609页。

大货车,抗撞击的能力可能强一些,但是,大货车的操控性、制动性都比较差,掌控不好撞向路边导致自己死亡的危险性也是存在的。因此,在相互赌气后驾车行驶的场合,论证被告人存在杀人故意(无论是直接故意还是间接故意)都存在很大难度,除非在足以证明被告人自己也不想活的场合,才可以推论他“此时”也希望或者放任对方死亡,所以“拼死”与对方较劲。但是,在本案中,无法证实被告人杨政锋有不想活的意思,要推导出其希望或者放任被害人死亡就存在一定障碍。

更为复杂的是,从规范判断的角度看,结果究竟归属于谁,也需要仔细讨论。如果说卡车司机知道行为人的危险性,那么,开车追赶并试图去逼停杨政锋的韩瑞勇不知道相关行为的危险性?如果认为被告人把被害人逼到路边最后致使其撞树,也需要先承认被告人没有针对被害人的人身有身体接触意义上的暴力杀害行为,最多算是“以暴力相威胁”。但被害人因为被威胁就死了,明显就介入了一个被害人试图主动去逼停被告人的行为,这就是客观归责论上的“被害人的危险接受”问题。被害人执法原本有很多更为温和的方式,比如,把车牌记下来,通知前方拦截;或保持合理车距再跟一会儿。执法者对自己实施的高度危险行为,有关注风险的义务,当然就有危险接受的问题。

被害人对于结果的发生有多大的支配作用,要负多大的责任,进行这样的思考就是在做规范判断、政策考量。如果单纯从事实判断角度进行形式审查,可能就会认为,既然刑法中规定了故意杀人罪,这个案件死了人,死亡与被告人的行为存在一定关联,因此其理应成立故意杀人。法官很可能就是这个思考方式。在故意杀人罪的认定中,“死者为大”的观念深入办案人员内心,但是,规范判断首先要求司法人员分清是非曲直,确定杀害的实行行为性,以及谁应该对结果负责。按照我的理解,鲁莽的、明显不当的执法方式,在很大程度上需要对结果负责。一个人参与一个特别危险的行为时,是否要对自己可能造成的危险负责,谁应该“背锅”,这些都是绕不开的问题,与客观归责论之下的被害人自我答责、危险接受紧密相关,这些原理背后就涉及刑事政策的考量。

我认为,如果考虑到被告人的行为发生在交通运输过程中,其因为违

反交通运输管理法规而造成损害,应当构成交通肇事罪。同时,考虑到被害人试图主动去逼停杨政锋的车辆,其对结果的发生也有一定程度的“贡献”。因此,本案被告人杨政锋最多成立应负主要责任的交通肇事罪,而非不法性更大的破坏交通工具罪或故意杀人罪。

其实,类似于杨政锋的行为,在《日本刑法典》中属于危险驾驶致死伤罪的范畴。《日本刑法典》第208条之2第2款规定,以妨害人或者车的通行为目的,进入行驶中的汽车的近距离前,明显接近其他通行中的人或者车,致人负伤的,处15年以下惩役,致人死亡的,处1年以上有期徒刑。“作为本条第2款所规定的妨害驾驶的典型例子,往路边挤靠行驶中的汽车的行为,左右摇摆行驶的行为等,只要行为人没有物理接触的目的,即便相当于胁迫,也并非暴力(暴行)”<sup>①</sup>,按照这种逻辑,被告人杨政锋的行为符合危险驾驶致人死亡的客观要件,其实质是交通参与过程中的胁迫致人死亡,而不可能该当故意杀人罪的杀害行为,由于我国《刑法》中并无危险驾驶致死伤罪,对其以交通肇事罪处理是合理的。

前述对【案例1-2 开赌气车案】的分析充分表明,从规范判断的角度看,如果难以将结果归属于被告人,就不能肯定故意杀人罪客观构成要件的符合性。

与此相关的情形是,在实践中,对于造成一定后果,但行为明显降低法益风险的场合,无论从条件说还是从相当因果关系说出发,都能够得出因果关系存在的结论。但是,从客观归责的角度看,该行为并未制造法和社会所不允许的风险,即便有结果发生,从规范判断的角度看,也不能归责于行为人,构成要件该当性不具备。这样说来,客观归责论的规范判断色彩是非常浓厚的。对刑法思维方法上必须进行实质的规范判断这一点,德国和日本一流学者几乎无人反对。

目前,越来越多的中国学者已经认识到,认为因果关联性的判断仅仅是一个事实问题的说法是不准确的。在所有案件中,对因果关系的事实判

---

<sup>①</sup> [日]西田典之:《日本刑法各论》(第6版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第49页。



断背后同时有一个规范判断。规范思考就是法的思考,客观归责论所思考的其实就是“法律因果关系”。“法律家一般来说掌握了法的思考方法,人们平时所说的‘法律头脑’就是指这个。”<sup>①</sup>这样说来,法律人不能仅仅认同“眼见为实”,还要进行规范思考,其与法律“门外汉”的差别才能显现出来。规范维度是刑法学上规范思考和规范解释的核心内容。通过规范思考,划定个人自由的范围;规范思考与行为规范和制裁规范有关,无论是行为无价值论还是结果无价值论都必须承认规范思考。

放到中国语境下需要明确的是:客观归责论对于案件处理确有实益。这大致体现在:(1)在有的案件中,从形式上看行为导致了危害结果,但实际上将“账”算到被告人头上,让其“背锅”很不合理,这个时候运用客观归责论来判断结果归属,就是必要的。比如,2016年发生在福建省漳州市的“追小偷致死案”就很能够说明问题。当年3月21日,蓝如童发现陈顺园正在偷鸡,在追赶过程中,陈顺园摔倒后头部撞击水泥地致颅脑损伤,经抢救无效死亡。同年3月22日,福建省漳州市漳浦县公安局对蓝如童依法刑事拘留,后取保候审。检察机关审查起诉时认为本案指控被告人有罪的证据不足(被告人否认与陈顺园之间有拉扯行为,并未伸手抓扯死者衣袖、无身体接触),后警方对本案予以撤案。<sup>②</sup>本案的撤案理由是无法确定被告人是否与被害人之间有抓扯行为,因而定罪证据不足。但是,即便能够证实二人之间存在相互抓扯行为,甚至能够确定就是因为被告人的抓扯行为才导致被害人倒地的,也不能认定蓝如童构成过失致人死亡罪,因为抓捕和扭送正在实施违法、犯罪的人是公民的合法权利,而不是制造法益风险的行为。在该抓捕、扭送行为实施过程中,如果因为下雨地滑、被害人自己没有站稳等因素导致违法、犯罪人自己死伤的,该结果显然不应该归属于抓捕者,否则就会与行为制造法所不允许的风险这一判断逻辑相悖。(2)最

<sup>①</sup> [日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》(增补版),顾肖荣等译,中国法制出版社2017年版,第191页。

<sup>②</sup> 参见《福建漳浦“追小偷致死”案:补侦后仍证据不足,警方已撤案》,载搜狐网([https://www.sohu.com/a/126541199\\_260616](https://www.sohu.com/a/126541199_260616)),访问日期:2020年4月27日。

高人民法院关于交通肇事罪司法解释中有关肇事者必须负主要责任或同等责任才能构成犯罪的规定,实际上也承认了客观归责论的内在逻辑。(3)客观归责论在过失犯论中有其特殊价值,这主要是因为过失犯没有类型化的行为,这个类型化行为也就是团藤重光教授讲的“定型化的构成要件行为”,其仅仅在故意犯中存在,在过失犯中恰恰缺少这个东西。因此,在过失犯论中借用客观归责论可以有效限定处罚范围。

客观归责论在我国司法实务中现在已经逐步得到认可。在我国司法实务中,在事实的因果关系之外,进行结果归属判断的方法论或者潜意识是存在的,即便司法判决没有使用通常所说的制造法所不允许的风险、实现法所不允许的风险、构成要件的效力范围等用语。在很多情况下,我国司法实务的特色是将归责的规范判断和条件关系的事实判断融合在一起考虑,而不是像德国法院那样相对明确地在对结果原因进行经验判断之后,再进行结果归属的规范判断。尤其是最近一两年来,我国个别基层法院明确采用客观归责论来进行说理的判决也开始出现。<sup>①</sup>

所以,未来的中国刑法教义学在对客观归责论进行研究时,可以对其下位规则、适用范围等有不同看法,但是,一定要看到其所指明的刑法规范判断方向是完全没有问题的,至于是否非得使用“客观归责”这一术语倒是无关紧要的。现代刑法教义学注重体系思考和问题思考的结合,将目的性思考、政策性判断、价值选择融入刑法解释和刑法理论体系中<sup>②</sup>,所以,我国刑法教义学在未来的发展进程中不应当排斥客观归责论的规范判断方法论。

#### (四) 使用包容性较强的刑法教义学概念

刑法教义学要实现客观性思考、规范思考、实质判断以及规范判断,就

---

<sup>①</sup> 参见北京市海淀区人民法院(2018)京0108刑初1789号刑事判决书。对此判决的进一步解读,参见孙运梁:《客观归责论在我国的本土化:立场选择与规则适用》,载《法学》2019年第5期。

<sup>②</sup> 参见〔德〕克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第二版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2015年版,第15页以下。

必须建构和使用一些包容性相对较强且具备实质内容的概念,尽可能告别类似于“社会危害性”这样的“大词”。关于这一点,我国近年来的刑法学研究也有所关注。例如,我国当下的刑法教义学总体上承认法益概念,从而为认定犯罪提供了观念形象和底限共识。

当然,也有学者对使用这些包容性很强的概念提出质疑。例如,我国有学者结合自己在德国弗莱堡参加学术会议所取得的收获,得出“中国学者主体意识不够,存在着对域外知识的盲目推崇甚至误读”的结论。其论据之一是:在会议讨论环节,帕夫利克教授问中国通过什么来限制犯罪化,我方学者介绍,中国过去主要通过“社会危害性”这个概念来限制犯罪化,即只有具备较大的社会危害性的行为才可能构成犯罪,反之,没有社会危害性或社会危害性显著轻微的行为就不构成犯罪;但近年来越来越多的中国学者主张用“法益”概念来取代“社会危害性”,认为它更能起到限制犯罪化的作用。此时,帕夫利克教授插话说,“法益”概念在德国并未起到限制犯罪化的作用,法益理论的实际效力被高估了,因为“法益”在内容上是空洞的。在2008年一起著名的兄妹乱伦案中,宪法法院指出:禁止兄妹间发生性关系完全是考虑了《基本法》(即德国宪法)的规定,而不需要考虑法益的概念。这不但宣布了法益理论的局限性,也说明从宪法的角度来审视某种行为是否应该给予刑事处罚更具可操作性。<sup>①</sup>

我认为,上述结论反映出我国少数学者在进行比较和借鉴时,对德国刑法教义学存在着一定程度的误解。要建构教义学体系,我们就不能过于依赖内容相对比较含糊的“社会危害性”概念,也不能否定法益理论在限制犯罪化方面的作用。当然,我也承认,法益边界不太清晰,有些犯罪的法益高度抽象或精神化,用法益理论限制犯罪范围在个别情形下确实存在一定难度。但是,法益理论仅仅是在某些极端情况下难以约束立法、司法,通过法益概念来阐释刑事可罚的基本界限是可行的,不能否定法益理论的犯罪化限定功能。我们现在的问题是对法益理论的复杂性估计不足、研究不透彻,而不是法益概念自身存在什么

<sup>①</sup> 参见刘仁文:《再返弗莱堡》,载《法制日报》2017年12月27日,第9版。

根本性问题。在论述法益理论在德国面临的局限性时,前述学者引用了德国宪法法院对兄妹乱伦案的宪法诉讼判例,其认为,宪法法院的判决只考虑了《基本法》(即德国宪法)的规定,而没有采用法益概念,因此,法益理论无用。但是,这一分析存在明显疏漏,德国宪法法院不是联邦普通法院,无权对刑事案件适用刑法与否进行裁判,其只能在宪法诉讼中审查其他法院是否在相关判决中限制或剥夺了个人的宪法基本权利。因此,在其判决中当然不可能引用法益理论,相关论据无法成立。

## 二、我国刑法教义学研究的不足

### (一)对德日刑法教义学知识存在一定程度的“路径依赖”

我国刑法教义学在上述方面所取得的进展,在很大程度上借鉴了德日刑法教义学知识:关于刑法学派的论争,明显受日本近现代以来刑法学派之争的影响;关于阶层论的争论,虽然是从尽可能使刑法判断符合事理的角度展开的,但也借用了三阶层论的诸多范畴;关于客观归责论的思考,明显借用了以罗克辛为首的德国学者的研究;至于对法益概念的运用,也是在结合德日理论批评我国通说的“社会危害性”概念的基础上展开的。

对于我国刑法教义学在很大程度上依赖于欧陆教义学知识这一点,在其他学者的相关研究中也能够得到印证。在陈兴良教授对我国刑法教义学发展轨迹的梳理中,认为三阶层和四要件的争论、形式刑法观和实质刑法观的争论、行为无价值论和结果无价值论的争论表明我国的刑法理论发展到了一个新的阶段。<sup>①</sup>但是,不难看出,在这三个论争中,只有形式刑法观和实质刑法观的论争具有明显的“中国特色”,因为二者争论的核心是当某种行为并不处于刑法用语的核心含义之内时,如果基于处罚必要性的考

---

<sup>①</sup> 参见陈兴良:《刑法教义学的发展脉络——纪念1997年刑法颁布二十周年》,载《政治与法律》2017年第3期。

虑,对刑法用语作出不利于被告人的解释时,其究竟属于扩张解释还是类推解释,是否还符合罪刑法定原则的要求?形式解释论认为这样的解释结论是将刑法没有规定的行为通过实质解释入罪,因而应当禁止;但实质解释论认为这是为了实现处罚的妥当性而进行的扩张解释,并不违反罪刑法定原则。<sup>①</sup>这样的论争,是紧密结合我国《刑法》分则的规定进行的,受德日影响相对较小。

但必须承认,类似形式刑法观和实质刑法观的争论这种完全出于中国问题意识、立足于中国立法并能够形成一定规模的教义学知识的研究还为数较少。本文一开始提到的冯军教授、张明楷教授等关于教义学的研究,在一定程度上是在德日的分析框架内展开的,冯军教授展示了以规范论为背景的刑法教义学,其中处处闪现雅科布斯刑法理论的影子;张明楷教授更多地借用事实论进行分析,论证了立足于法益侵害说的刑法教义学的应有面貌。这些都充分说明我国刑法教义学的自主性还存在很大不足。我国刑法学在这方面的不足,和日本刑法学在起步阶段学习德国刑法学时的实际状况大致相同,这也可能是刑法教义学“后发国家”必须要走的一段道路。

我这样讲,并不是要拒斥对德日刑法教义学的比较研究,只是强调要在比较研究中提升我国刑法学的自主性。最近二十多年来,我国刑法学者和德国、日本、法国等国的同行进行了大量交流,在诸多专题上取得了共识。这其实并不是因为不同国家的实定刑法有多少共同之处,而是面对特定问题时,不同法域解决此问题的方法有共通性或者能够相互借鉴,再通过发展规范的刑法教义学,使得不同国家的学者有大量共同语言。借助于比较方法建构和逐步发展起来的刑法教义学,为中国刑法学的发展和走向科学化开辟了一条道路,中国刑法学的学术生态从理论构造到法学方法论都在发生巨大变化。可以说,没有比较眼光,就没有当前中国刑法教义学蓬勃发展、欣欣向荣的良好局面。讨论外国刑法理论的真正目的是为了思

---

<sup>①</sup> 参见陈兴良:《形式解释论的再宣示》,载《中国法学》2010年第4期;张明楷:《实质解释论的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期。

考和检讨中国刑法学理论、为了解决中国难题,问题的关键在于在比较和借鉴中如何克服“路径依赖”。因此,通过继续放眼世界来提升中国刑法教义学的自主性是非常重要的。

## (二) 存在某些绝对化的主张

我国刑法教义学因为大量借用德日教义学的知识系统,因此,有时为了学术立场的一贯性,固执地追求体系化,而不得不面临将理论立场绝对化的窘境。这方面的例子很多,这里仅举两例。

### 1. 违法判断是纯客观的?

我国有学者认为违法是纯客观的,故意杀人罪和过失致人死亡罪的违法性相同,只是责任不同,从而将违法性的判断绝对化。

但是,在判断违法性时,不可能离开主观要素:(1)没有故意、非法占有的目的等,就无法判断盗窃、诈骗等行为。(2)故意显示行为人逾越规范的程度较高,与过失相比,应给予更重的违法性评价。如果行为人已然意识到了被包含的法益并故意加以侵害,显然比过失伤害法益的行为更为严重地违反了刑法保护的规范。因此,故意是受刑罚威胁的行为的要素之一,这些要素决定了违法程度,也就是说,故意是不法的组成部分。(3)对很多具体违法性关联问题的考察,无法离开主观要素。例如,相当因果关系说要对异常的因果介入排除归责,就必须借助于对主观要件的审查,尤其是“预见可能性概念”(如甲致人轻伤,但医生治疗存在重大失误的,甲不对死亡结果负责。此时,主观和客观要素纠缠在一起)。(4)从思考方法上看,一方面,如果否定构成要件故意,构成要件事实不需要认识的话,那么,构成要件错误从何而来?构成要件错误只不过是构成要件故意的对称而已;另一方面,构成要件故意是责任故意的“引子”,在很大程度上具有对应关系。

此外,还必须看到,即便是赞成结果无价值论的学者,也有很多人不再坚持违法性必须是纯客观的主张,转而支持缓和说:(1)在枪口指向对方以及开枪未打中的场合,如果不考虑故意,就无法判断是杀人未遂还是伤害未遂。因此,在未遂的场合,之所以认为故意(对结果对认识)属于主观的

违法要素,是因为必须将故意纳入考虑范围以判断行为的客观危险性。(2)关于实质的作为义务的判断,赞成所谓的排他性支配说的学者可能认为,基于自己的意思而获得排他性支配,是保证人义务的核心内容。(3)按照佐伯仁志教授新近的观点,否定主观违法要素,可能与正当防卫论存在体系性抵触。例如,向被害人举起子弹上膛的手枪,手指扣在了扳机上,在这种情况下,是否有杀人的危险性应当取决于行为人主观上是否要扣动扳机。如果否定主观的违法要素,认为无论是否具有这种故意行为都危险,未遂危险的认定范围会扩大。当然,“否定说会通过责任要件对认定范围进行限定,但是,例如,判断能否进行正当防卫时,根据上述否定说,即使没有扣动扳机的意图,也得允许对行为人进行正当防卫”<sup>①</sup>。

## 2. 违法性判断的时点只能是事后的?

对于未遂犯中“危险”的判断,有的学者就很坚定地认为,这是一个依据裁判规范所进行的事后判断。【案例 1-3 以毒攻毒案】是金德霍伊泽尔教授在他的一篇论文里提到的一个例子<sup>②</sup>,如果对甲行为的危险性在事前进行判断,或在事后作出判断,那么会不会在处理结论上有差异呢?

对于【案例 1-3 以毒攻毒案】,如果立足于事前判断,无论是对专业医生、行为人甲还是一般人来说,投放毒药的行为都是危险的,这种危险虽然因极为偶然(如药与药之间的混合作用或被害人的特殊体质等)的情况没有现实化为结果,但这种危险在规范评价及禁止民众模仿类似行为的意义上,依然是一种客观的危险,甲就应该成立故意杀人罪未遂。如果不肯定这一行为的危险性,可能会造成其他人的模仿和侥幸心理。

结果无价值论从事后查明的事实出发思考问题。既然事后查明了这味毒药加入之后其实是能够治愈被害人的,投放行为实际上就是一个没有危险,反而对法益有益的行为。

---

<sup>①</sup> [日]佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社 2017 年版,第 90 页。

<sup>②</sup> 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《论犯罪构造的逻辑》,徐凌波、蔡桂生译,载《中外法学》2014 年第 1 期。

由此可见,行为无价值注重的是判断方法的客观性,也就是从一般人的视角来看,行为的危险性大小,实施类似行为会造成何种结果。而结果无价值强调的是判断资料、判断对象的客观性,也就是客观上有哪些要素存在,产生了何种结果。而对判断方法和判断资料的重视程度不同,决定了判断时点的差异:行为无价值论重视事前判断,结果无价值论重视事后判断。

但是,事后判断会带来很多问题,彻底的事后视角将使得对未遂犯的处罚难以找到根据。为此,结果无价值论又对其思考方法进行了一定程度的修正:站在事前,根据科学法则分析行为的客观危险性,同时一并考虑事后查明的事实。例如,对人开枪这一行为造成他人死伤的概率大,行为的危险性不会因为事后偶然没有打中而被否定。但在【案例1-3 以毒攻毒案】中,行为人投毒的行为在科学法则意义上造成特定被害人乙死亡的可能性并不存在,概率为零,即使存在所谓的“危险”也只是人们主观上的认知局限,因此,客观上行为的危险被否定。

很显然,行为无价值论对危险的判断进行了一定程度的抽象,而结果无价值论将思考具体化、特定化了。对于开枪行为,行为无价值论会肯定危险性,结果无价值论会进一步限定:枪支是不是有发射可能性,枪里有无子弹等。对于【案例1-3 以毒攻毒案】中被告人的投毒行为,行为无价值论是把事实抽象到投放毒物(行为人要做的只是下药,不下这种药也会下其他的药,这种行为当然危险);结果无价值论是将行为的危险性具体到甲选定了这种反而会使丈夫乙痊愈的药(只要是这种药,不管试多少次都没有危险),因此,最终的结论会有不小差别。不可否认的是,由于所谓的科学法则或者概率论并不明确,概率会根据事实的抽象程度不同而发生变化,判断行为危险性的结论就会不同,因此,结果无价值论结合事后查明的事实,以概率进行预测性判断的方法就存在不确定性。可以认为,关于违法性一定要进行事后判断的立场是绝对化的主张。

而这一主张存在以下缺陷:(1)与结果无价值论的逻辑存在内在矛盾。在结果无价值论那里,动物对人进行侵害都是不法,为什么行为人对他人的投毒行为(碰巧没有致人死亡的)却并非不法?未遂犯本来就不是在侵

害结果是不是具体发生这个基础上讨论的,而应该在结果没有发生的前提下推测行为向前发展有没有危险性。(2) 仅仅因被害人事后没有死亡,就反过来论证被告人的行为不危险,与一般的社会正义以及刑法的行为指引功能不符。必须承认,无论哪一种刑罚理论中都包含着一般预防的刑罚目的论。如果说在未遂犯中这样彻底地坚持结果无价值,不需要去考虑一般预防的所有因素,那就会与刑罚论抵触,这是将危险性判断理论绝对客观化所带来的最大问题。一般预防的理念其实也要在犯罪论里得到贯彻,惩罚一个危险的行为,让一般人避免再次重演这样的行为,这就要求通过处罚未遂犯来树立一个榜样,来达到一般预防的效果。因此,未遂犯的认定既是一个犯罪论的问题,也与刑罚论紧密关联,如果将未遂犯和不能犯的判断具体化为结果有没有偶然避免,危险与具体人的行为没有关系,刑法的一般预防效果就达不到了。(3) 没有顾及司法实践的态度。如果按照结果无价值论得出甲不仅没有杀人而且救了丈夫一命,其行为不是犯罪、没有危险性的结论,不仅与民众的一般感受相悖,也不可能被司法实务所接受。(4) 将危险性判断过于具体化会在不同场合得出矛盾的结论。例如,现在很多人出门不带现金、只带手机,因为可以运用手机中的第三方支付购物。但是,抓手甲只愿意偷现金,因为偷来手机没有用处(被害人很可能设置了开机密码,偷来的手机无法开机)。如果具体化、绝对化地考虑被害人的财物没有损失,即便被告人甲在被害人口袋里如何摸来摸去,都只成立不能犯,这样一来,社会秩序会陷入混乱。如果结果无价值论认为即便当时身上一文不名的被害人也有带现金的可能性,这个时候就等于将侵害对象又予以抽象化,不考虑被害人身上有钱无钱的事实,只重视窃取行为自身的危险性。而在【案例1-3以毒攻毒案】中,结果无价值论对侵害对象的判断却是特别具体化的(死亡结果确实没有发生,而不是被害人有死亡可能性),投放毒物行为的危险性被忽略。对于偶然防卫,有的结果无价值论者赞成无罪说<sup>①</sup>,这恰恰就是将死亡结果具体化的例证。而在受扒窃的被害人完全没有携带除手机外其他财物的场合,恐怕所有赞成结果无价值论的学者都会得出有罪结论,此

<sup>①</sup> 参见张明楷:《论偶然防卫》,载《清华法学》2012年第1期。

时却是将侵害对象抽象化,与【案例1-3 以毒攻毒案】中的分析逻辑不同,由此一定会带来判断方法上的不一致。

所以,我认为,即使从结果无价值论出发,也没有必要否定刑法是行为规范。结果无价值论也得承认违法性评价是事前的判断,没有必要将判断时点绝对化为事后。

应当说,在刑法学中,如果固执地将某些问题的思考方法绝对化,会带来很多弊端。任何一种刑法主张,都只是处理某项实务难题的“相对合理”方案。龙宗智教授曾经提出“相对合理主义”的主张<sup>①</sup>,我赞同他关于刑事诉讼理论建构的很多想法,而且这种相对合理主义的取向在刑法学领域也是相同的。在刑法学中,存在大量的学派对立,对各种学派的合理性进行判断时都要充分看到:对大量存在的罪与非罪、此罪与彼罪界限模糊的情况,究竟如何处理不应绝对化。换言之,在刑法学中,不存在“非黑即白”的现象,也不存在只有一种分析进路、处理结论且比其他方案更为合理、“更说得通”的问题。

### (三) 从司法实践中发现理论创新契机的能力存在不足

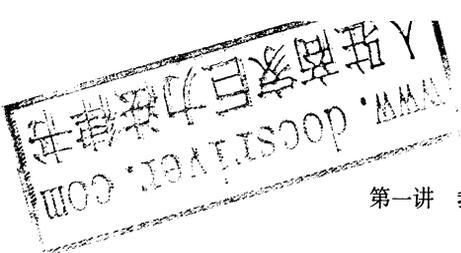
对犯罪认定上很多问题的思考和处理,实务部门有时候走在理论前面,而且其处理结论在很多时候具有合理性(只是有时可能说理不太透彻),反过来导致理论有点“跟不上趟”。此时,刑法教义学如何从实务中汲取营养就显得很重要。

例如,对于保险诈骗等犯罪的着手,以及盗窃、受贿等罪既遂的认定,必须结合实务中个案展示出来的主客观事实具体地、个别地判断,如果脱离对具体犯罪的讨论则很难进行判断,仅仅在刑法总论中进行体系性、一般性说明的意义很有限,刑法教义学必须从实践中发现和提炼问题,然后实现理论创新。

就教义学从实践中汲取养分而言,值得研究的问题很多,这里仅举出两例进行说明。

---

<sup>①</sup> 参见龙宗智:《论司法改革中的相对合理主义》,载《中国社会科学》1999年第2期。



### 1. 刑法教义学应当结合实务上展示的共同犯罪难题来发展共犯论

欧陆等国的刑法教义学发展历程表明,关于共同犯罪的刑法教义学研究基本是由实践所引领的。比如,共谋共同正犯概念就是在日本的审判实务中先提出来的,法官审理了很多与此相关的案子。对此,学界一开始持批评态度,认为实务上这样做不合适,但学者们后来发现法官遇到同样情形还是这样判决,学者持续批评也没用,而且司法上一直秉持这种立场还多少有点道理,所以,才会有日本刑法教义学的进一步研究,从而发展出不同于德国犯罪事实支配(意思支配)的、具有日本特点的共谋共同正犯理论。再比如,承继的共犯对先行者的行为是没有参与的,后来才参与,其要不要对参与之前他人先行实施的犯罪及其后果负责?这也是在实践中首先提出来的,理论上的研究结论似乎沦为对裁判合理性的论证。这都是在实务上将复杂问题充分展示出来之后,逼迫学术界去思考、去深入研讨的生动例子。

我国审判实践也就共犯的认定问题提出了很多新问题,很值得教义学仔细思考:(1)实践中被认定的承继的共犯,按照德日刑法教义学的因果共犯论、共犯从属性说,未必能够得出后续参与者成立承继的共同正犯的结论,因此,对裁判结论的合理性进行研讨就是学者的使命。(2)在我国刑法中,只有关于主犯的规定,没有使用正犯概念,从正犯/共犯关系的处理出发分析共同犯罪的刑法教义学的意义究竟在哪里?假如确有必要使用正犯概念,正犯和主犯的关系如何处理,就值得深入研究。对此,学者指出,德日刑法关于共同犯罪的规定表明,共犯的定罪与量刑均取决于正犯,因而决定了其共犯理论必须采取实质客观说以区分正犯与共犯。而中国刑法关于共同犯罪的规定表明,共同犯罪的定罪与量刑是截然可分的不同层次,因而在正犯与共犯的区分上采取形式客观说就足以解决问题。<sup>①</sup>这也是思考正犯与共犯关系的一种路径。(3)针对有组织犯罪的裁判文书对从犯认定范围比较广,例如,在传销组织、电信诈骗组织犯罪中,从犯定得太多、处罚范围太广,理论上对此如何进行制约?(4)由于在

<sup>①</sup> 参见丁胜明:《刑法教义学研究的主体性》,载《法学研究》2015年第2期。

实践中对组织者往往以主犯论处,将组织行为视作正犯行为,教唆犯的存在空间被压缩。受此思维定势的影响,大量教唆犯在非组织犯罪中也被作为具有正犯或主犯特点的对象论处,从而使得我国刑法中的教唆犯概念被架空,理论上对此如何看待,也很值得研究。

## 2. 对于一罪与数罪的判断,刑法教义学对实务立场的关注明显不够

关于罪数问题,理论上提出了各种方案,而且通说认为只要是行为人有数个故意和数个行为的,就符合数个构成要件,原则上就要数罪并罚;在思考犯罪竞合问题时,应当专门讨论一行为、数行为,先确定自然的一行为怎么去判断,然后分析犯罪竞合(法条竞合、想象竞合)如何判断。从学理上讲,对于罪数问题,第一步是构成要件的符合性判断。构成要件的定型性对罪数的判断是非常重要的,需要仔细看构成要件对犯罪是怎么描述的。第二步是看行为究竟是一行为还是数行为,判断的时候看它们之间重合的部分有多大;如果基本上是重合的,即一个行为碰巧符合数个构成要件,只能认定为一行为,评价为想象竞合犯;如果两个行为之间自然上的联系很稀薄,那么不能认定为一个行为。实践中,在一罪、数罪的区分成为问题的场合,两个行为相互独立地符合不同构成要件的情形是多数。因此,我们大致可以得出这样的结论:对于罪数关系而言,理论上是以肯定数罪而且要并罚为原则的。

但是,实践中法官经常基于“判不下去”的实际考虑,对被告人原本有多个犯罪的情形按一罪处理,对使用虚假身份证件骗租汽车,然后用该车辆抵押借款这种“两头骗”的行为,实践中通常只定(合同)诈骗罪一罪(多数判决认可第一个被害人即租车行被骗)就很能够说明问题;对于在强迫交易过程中使用暴力取得财物的,以及在绑架过程中使用暴力取得财物的,大多不数罪并罚,也是这种司法逻辑的体现。对于理论和实务上在罪数问题上的差异,我认为应当进行深入研究。一罪和数罪与法官的规范感觉以及一个国家的司法习惯有关系,我国刑法对数罪并罚持比较保守的态度,很多时候出于政策考量作有利于被告人的判决,不认定为数罪,不判太重的刑,这样的实务习惯也基本上是可以接受的。

不仅实务上是如此,我国立法上在数罪并罚时采用的限制加重原则也