

刑法理论对定罪要素及其相互关系理解的不断深化与超越,无视当代中国传统挑战与新型风险并存的双重威胁,所建构的阶层犯罪论体系逻辑上再自洽、体系上再完美、表述上再精致,充其量也只能是一个自我把玩、自我欣赏的益智游戏,无助于中国法治的提升与当下正义的实现。其次,阶层犯罪论体系的本土化与中国化,既要重视从认识论与方法论的一般规律以及法治原则的一般要求中寻找其正当性支持,更要善于从中国刑法的规定中寻找其合法性根据。如同德日三阶层犯罪论体系往往立足于罪刑法定主义、法益保护主义以及责任主义三大刑法基本原则论证其正当性,建构中国的三阶层犯罪论体系同样必须立足于中国刑法现有的规定寻找其合法性资源。其实,中国现行刑法第1条关于刑法目的、第2条关于刑法任务、第3条关于罪刑法定、第5条关于罪责刑相适应的规定,已经蕴含了定罪必须满足构成要件该当性、违法性与责任的阶层体系要求。只是我等阶层犯罪论体系的追随者对中国现行刑法与阶层犯罪论体系的相容性,特别是阶层犯罪论体系作为我国刑法的内生性要求,显然还未给予充分的论证,存在着脱离中国现行刑法抽象地建构阶层犯罪论体系的倾向,这在相当程度上也削弱了中国阶层犯罪论体系建构的合法性。最后,阶层犯罪论体系既是刑法方法论,又是关于本国刑法的知识体系。因此,它既是世界的,也是民族的。阶层犯罪论体系的具体建构,不能脱离本国刑法,更不能本末倒置,因为本国刑法规定不合舶来的阶层犯罪论逻辑就否定本国刑法的规定。例如,中国刑法总则规定了作为犯罪定义必要组成部分的“但书”,刑法分则构成要件中存在许多诸如“数额较大”、“严重后果”、“情节恶劣”等决定犯罪成立的罪量要素,这是中国刑法区别于德国、日本刑法的特色。中国学者建构中国的阶层犯罪论体系时,必须正视这一中国特色,正确认识其出入罪功能,适当安排其体系性位置,而不能借口“但书”与罪量不适合阶层犯罪论体系就轻言废止,或者简单地将其归入与不法和责任无关的客观处罚条件。因此,正确认识罪量要素的功能,适当安排其体系位置,是阶层犯罪论体系本土化、中国化必须回答和解决的重大问题。

## 犯罪论的体系更迭与学派之争

邓子滨(中国社科院法学所研究员)

《四库全书总目》政书类法令目按语说:“刑为盛世所不能废,而亦盛世所不尚。”刑(法)如此,刑法学如何?刑法学家又如何?如果说“国家不幸诗家幸”,那么刑法学家则相反,国家不幸,刑法学家亦必不幸;而盛世虽不尚刑,但刑法学家却有幸扶翼社稷,期许太平。不仅如此,从柏拉图《斐多篇》所说“只有通过刑法问题,才能进入哲学”,我们应该有信心将刑法学视为一种高尚的事业。这个事业势必蓬勃发展,但也需要节制与明确方向。蒿目时艰,我国当代刑法学的历史延长线,至多溯及六十多年前的共和国建立,此前的学术努力因“六法全书”的全面废除而中断。建国初至改革开放前,30年间刑法草案累次夭折,刑法学自也命途多舛。改革开放至今,国力趋强,法学勃兴,而且面临转型。

法律体系宣布初成后,各法学学科都在思考下一步的走向问题,并且基本一致认为重

点应当从法的供给转向法的实施。也就是,以功能设计与规范建构为路径的借鉴性立法论研究范式,有必要转向以中国场景为立足点、发现和讨论中国问题的综合研究(参见陈甦:《体系前研究到体系后研究的范式转型》,《法学研究》2011年第5期)。具体而言,应当关注百姓的真正利益,把研究兴趣转移到“活的法律”上来,从案头转向实证,从立法论转向解释论,从逻辑批评转向效果评判,从单兵作战转向讨论争鸣,直至不留情面的学术批评(参见张广兴:《中国法学研究之转型:以民法学研究为例》,《法学研究》2011年第6期)。人们意识到,西方现成的知识体系不见得能为中国复杂、独特的问题提供配套的科学、理性的答案。因此,制度运行的条件比制度本身更重要,不能简单地批判现实,而要认真客观地分析制度实践得以形成的“中国土壤”,使得法治按照中国的内在逻辑展开。

刑法学的研究也面临转型,在必要性与可能性方面,许多是与其他学科具有共性的,但也有值得特别关注的属于刑法学的特殊问题。法律体系的建成,对许多学科来说,往往意味着多年的西方法学理论借鉴的阶段性的终结,此后最为必要的是找到本土问题,“师夷长技”以解之,并借以培育新的知识增长点。而刑法学恰恰不是这样。作为法律体系重要支柱的刑法典诞生30年了,可是刑法学的西方理论借鉴不仅没有完成,而且正处在理论更迭的紧张碰撞与交锋之中。如果说法律体系也涵摄与之对应的理论体系,那么也可以说,刑法的法律体系并没有建成,新旧理论之间抵排攘斥,继续引进还任重道远。这主要表现在,源自苏俄的社会危害性理论及其统合下的四要件犯罪构成理论虽显滞胀,但体系完整深厚的德日刑法学却屡遭阻滞,隆盛公行尚待时日。

有学者倡导“没有国别的刑法学”(参见樊文:《没有国别的刑法学》,《法学研究》2010年第1期)。其实,在贝卡里亚提出罪刑法定思想以前,历史上各国的刑罚适用基本上都是无国别的,只是在李斯特—贝林体系形成之后,各国刑法及其学问才有了国别。不同的刑法知识体系体现了不同的哲学基础和立国思想,蕴含了各自固有的国家权力与国民权利的界分理念。各国刑法学不再只是一种识别和认定犯罪的工具,而是形成了以能否坚守罪刑法定原则为区分标志的不同价值体系。因此,究竟哪种知识体系更有利于我国刑法问题的解决,才是真正需要关注的。当今世界,中国已是重要参与者,甚至是主要当事人,应当有度量、有魄力接受一套趋同的刑事法治话语,用国人和世人都听得懂、看得见的方式,来解决关乎人的基本生存状态的定罪量刑问题。为此,应当权衡苏俄刑法学与德日刑法学究竟哪个更接近普适的观念和通行的规则,审大势而顺应之。

选择何种犯罪论知识体系,应考量当前刑事法治的短板在哪里,缺什么就补什么。如果承认罪刑法定原则并无深厚根基,现实贯彻也不令人满意,且屡有深文周纳、悖法入罪之举,那么,就应选择有利于限制国家刑罚权、有能力保障国民自由权的刑法及其理论。就此而言,德日刑法学显然优于苏俄刑法学。德日刑法学易于从罪刑法定原则推导出国家的刑罚边界,并且清晰界定基本概念,便于检验规范是否违背基本法理,又不妨碍运用形式有效、实质正确的方法解决浸染本土风情的那些问题,还能避免大批著述因修法而沦为故纸。当然,德日刑法学也存在学派之争与观点聚讼,所以应当借鉴最具共识性的东西。就犯罪论体系而言,应当抓住阶层性这个关键,通过事实判断先于价值判断、客观判断先于主观判断、形式判断先于实质判断、定型判断先于个别判断等规则,

“提供一个精确判断犯罪成立与否以及处罚与否的步骤，借以确保刑罚制裁制度的合理和有效”（许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第59页），对罪刑法定原则予以法则性确认。

从基本概念要素看，我国刑法理论大厦除了穹顶还是四要件外，主要构件都已经是德日的。但基于历史惯性与学术情感，知识转型相当困难。苏俄刑法学的维护者普遍认为，否定一个已被广泛接受的理论，肯定造成极大的混乱。四要件通说符合国情，若遽然弃用，无异于重蹈废除“旧法”、荼毒人才的覆辙。而且，言必称德日，可能遮蔽中国经验、忽视中国问题，掩盖中国学者应有的贡献。再者，德日犯罪论体系太复杂，不应引进和借鉴。这并非危言耸听。从《法学研究》近年发表的刑法学论文看，德日刑法理论探讨已相当深入，从“期待可能性理论的梳理”到“客观归责的体系性地位”，内容多样，具体而微，闳中肆外。再如盗窃罪的间接正犯与三角诈骗的界限问题，所提供的国外观点争讼计有阵营归属论、客观权限论、主观权限论、审核义务论和主观善意论等等，这些无疑都是德日刑法学的笔触。而支持四要件理论的学者没兴趣，也认为没必要探讨这些问题，因为现有体系已经可以解决95%以上的案件。

可是，刑法关乎每个人的生命、身体、自由、财产与名誉，应当特别精细，不能有“差不多就行”的观念。任何一个学者，都不能因为自己的观点能够解决大多数案件而感到自豪；只要意识到自己的观点还不能妥当处理部分案件，就需要完善乃至放弃自己的观点（参见张明楷：《学科内的争论与学科间的协力》，《法学研究》2011年第6期）。因此，三阶层与四要件的取舍，应当取决于对司法现实的判断：究竟是定罪技术过于精细而导向教条主义，还是定罪规范及其解释过于粗糙而沦为实用主义？过去几十年已经熟练采用了四要件理论，这一理由并不具有充分的说服力。现实国情和国际环境已不同于几十年前，采用四要件并感觉它得心应手，可能正是因为我们曾有过与苏俄相近的制度背景。现在，这种历史合理性已不复存在，应当去除苏俄刑法学的遮蔽，不再耽于所谓中国话语的幻相“自我”，不再视德日刑法学为“他者”，不再纠结于“本土资源”与“嫁接移植”的厚此薄彼，应当择其善者而从之。关键在于，德日犯罪论体系的阶层逻辑，属于过滤式的认定犯罪过程，比较易于识别“非犯罪”，从而有利于限制刑罚权并有效规范整个刑事司法流程。

德日刑法学根深源阔，体系精微，充满魅力。近十年来，国内汇聚了一批年轻追随者，其影响不容小觑。可以说，德日理论已经广泛占据了各法学院的刑法课堂。当然，德日刑法学阵营内部也并非铁板一块，晚近兴起的一些理论争议，渐趋支持“走向学派之争”的预言。比如，由来已久的行为刑法与行为人刑法之争，现在仍有适宜的萌发气候。古典旧派坚持认为限制国家刑罚权是第一要务，新派则积极主张国家应充分打击犯罪、保护社会，而关于“权力 vs. 权利”的不同格局判断，在当今中国犹有合乎背景的争论舞台。一方面，刑事法治初生，罪刑法定思想亟待流播；另一方面，犯罪浪潮汹涌，刑不压罪，监狱围墙里人满为患，围墙外却不见犯罪减少。

稍事比较可知，我们今天的定罪率、监禁率真的高了一些。汉文帝时，禁网疏阔，罪疑者予民，是以刑罚大省，至于断狱四百（《资治通鉴》卷十五，汉纪七，文帝前十三年）。汉初约有1500万人，1年审结400起刑案，而2011年全国一审审结刑案84万件，

若按13亿人口计,人均定罪率大致是汉文帝时代的24倍。这还不包括被劳教的人员。当然,古人不会想象布雷维克式的袭击,以及不久前发生在美国康州纽敦镇的枪击案。这些带有恐怖屠杀味道的犯罪,借助天生犯罪人、行为人刑法和社会安全等概念,不断强化着国家扩张刑罚权的正当性。行为刑法和行为人刑法各自的思考模式,似可类比为西医和中医的不同理念。西医治病,无论何人,同病同药;中医治病,因男女老幼体质不同,同病而不同药。所以,同罪同罚类似西医,而甄别人身危险性的同罪异罚则类似中医。从终极意义上中医优于西医,但中医的致命弊端是,太缺乏医术高明且医德高尚的“老中医”了,只好退而求其次。行为人刑法也可作如是观。

学派之争有利于理论研究的深入,这已经是刑法学者的共识。与其他学科相比,刑法学界不仅提倡学派之争的声音比较强劲,而且比较认真地践行着学术批判。学派之争好处多多,但真正形成观点的持续对垒并非易事,必须有一定规模的学术共同体,有比较长期的知识积累,有共同话语基础上的批判性思考能力。在刑法学界为数不多的批判中,批判者常常自觉或者不自觉地编造对方并不存在的缺陷,或者按照批判的需要设定对方的观点,而在自己的观点确实存在缺陷时,就避而不谈或者敷衍了事。所以,法学研究虽然是群体性事业,但我们尚未习得同他人对话与沟通的能力。要么云淡风轻,要么泥沙俱下,一切皆有可能。尽管如此,学派之争值得鼓励,不必苛责。学术争鸣的目的是使研究深入而非达成观点共识,像法庭控辩一样,偏执和偏袒是极为正常的,掩饰于对方有利的资料也是可以理解的。正是因为固执偏见,才使得人们最终发现那些可能被中立的眼光所忽视的事实。因此,“任何一位法律人士对一个观点所作的任何论证,充其量只能得到原本赞成该观点的法律人士的认可……不管持此观点的法律人士如何论证,持彼观点的法律人士的全部声音只有一个常见的字——不”(张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第四版前言)。这个“不”字具有重大意义,它意味着不懈的学术努力和层出不穷的论据展示。

在刑法学界,真正展开针锋相对、大张旗鼓的学术批判,并由此改变学界无关痛痒、名批实捧的学术生态的,应当是《中国法学》2010年第4期发表的《形式解释论再宣示》和《实质解释论再提倡》两篇文章。形式刑法观与实质刑法观的争论,与法理学中形式法治与实质法治的争论相契合。就当今中国的法治环境而言,这一争论需要力行展开,不应浮皮潦草地收场。“形式法治意味着,即使国家可以决定法律的内容,也必须遵守这些由它制定的规则,国家限制人民的权利和自由,必须有明确的法律依据。形式法律让人们预先了解国家在何种情况下将采取何种行动,这种规则是公开的和具有一般性的,并不考虑特定的时空与人的因素。这种形式一致性使得法治天然具有了遏制公权力的专横和保障个人自由的功能。”(张翔:《形式法治与法教义学》,《法学研究》2012年第6期)因此,形式刑法观与实质刑法观利弊得失之评说,还应回到对目前司法弊端的认识上。

在司法运作中,究竟是过于僵硬地理解条文,夸大被告的人权保障,以至于必须对形式主义纠偏,还是过于灵活地解释规范,滥用打击犯罪的职能,以至于必须对实质主义纠偏?从实质刑法观的基本立场看,强调的是以犯罪本质指导构成要件的解释,这便容易被权力利用,尽管这些主张的本意可能是为了克服对刑法硬性的、非人性的运用。实

务界显然欢迎实质刑法观，因为它便于入罪。或许有学者不承认这种判断，说立场决定统计。然而，不可否认的是，我国具有长期的封建传统，国家权力空前发达与强大，没有罪刑法定主义的社会基础。所以，必须从理念上加以启蒙。过早、过急地追求实质，将会使规则意识未曾完聚便消散于无形。

实质正义终归是以具体问题具体分析为导向的，它反感循规蹈矩，推崇见机行事。在中国，刻舟求剑不过是奇闻异事，而深文罗织才是司法常态。所谓世事洞明、人情练达，其实都与善于应付规则有关。“不论在哪里，只要官僚制能够插手，内容就不仅是法律规范形式的司法完善，而且还有法律规范的实质公正，因为这尤其符合理性的官僚制的内在气质。”（〔德〕马克斯·韦伯：《儒教与道教》，王容芬译，商务印书馆1995年版，第200页）面对权力的张牙舞爪和四处渗透，如果没有硬性的、明确的、形式上的法律，就不可能为学步的法治铺平道路。因此，真诚强调法的形式要件和庄严的正当程序，才是真诚的法治。当然，观念导向固然重要，具体的规则操作却时时提醒辩论双方：在犯罪成立条件的把握上，形式论者不是不要实质，实质论者也不是不要形式。许多场合争议的只是形式和实质的顺序安排问题。换言之，单有形式或者单凭实质，都不可能完成甄别罪与非罪的任务。

即便够不上学派之争，但足以成为争论话题的还有很多。比如，人们普遍承认，没有哪部法典是没有漏洞的。但承认刑法漏洞，不意味着一定要去填补它。民事法官不得借口法律没有规定而拒绝裁判，但刑法受制于罪刑法定，法官在法无明文规定时，必须拒斥有罪判决。因此，刑法漏洞必须被尊重。填补刑法漏洞，无意间冲破了无罪不罚的底线。再如，虽然不得不承认法律解释是必要的，但不宜过分倚重法律解释。一个重要理由在于，没有扎实、充分的理由令人相信法律解释优于法律本身，或者说法律解释比法律本身问题更少。由于法官可以自由选择解释规则，他们就自行建构了解释的界限和尺度。我们实在无法相信，某种解释比另一种解释，或者比它所解释的法律更加正确。又如，许多学者主张“疑问时有利被告”原则仅适用于事实疑问，不适用法律疑问。但问题似乎不那么简单，在事实和法律之间是否还有一个理论立场的选择问题？司法人员要在众多备选理论中择取一个，不同的选择意味着不同的判决。而参与学术争鸣的人也不得不在意见相左的队列中选择一个，且时常为“站错队”而痛悔不已。100年前，美国诗人罗伯特·弗罗斯特有一首名诗《我未选择的路》（The Road Not Taken），感叹自己作为一个旅行者无法同时选择两条道路。对那条没走的路，他的心中充满想象和怅惘。同样，在刑法学中，我对未采信的理论心存感激，也以本文向未选择的理论阵营表达敬意。

## 刑法教义学的规范化塑造

冯 军（中国人民大学法学院教授）

刑法科学主要包括两大部分，一部分是关于犯罪的经验理论，另一部分是关于犯罪的规范理论。关于犯罪的经验理论所描述的是犯罪的社会真实性，在我国、日本和德国，都把关于犯罪的这部分知识称为“犯罪学”（Kriminologie）。关于犯罪的规范理论，又有