

回归贝林

邓子滨*

内容提要 回归贝林，就是要回归古典学派，提倡以客观的、形式的、价值无涉的构成要件为基础的犯罪构成体系；回归贝林，就是要肃清实证学派对古典学派的反叛，重塑刑法古典学派的丰碑，践履启蒙精神所倡导的刑事法治；以法律限制权力，保障国民自由，防范国家走上专制之路。

关键词 贝林 古典学派 实证学派 启蒙精神 刑事法治

“回归古典学派”，是我在《中国实质刑法观批判》一书中提出的命题。刑法的古典学派，也称旧派，是相对于被称为新派的现代学派或实证学派而言的，后者包括刑事人类学派和刑事社会学派。而古典学派又有前期与后期之分，所谓前期，大约是指18世纪中后期至19世纪前半期。在法国，将1820年帝制复辟前以贝卡里亚、康德、边沁等人的思想为基础的学说统称为古典学派，而将狄佐开始直到19世纪80年代出现的学说称为“新古典学派”。在德日，旧派与新派的分野是1882年李斯特在马尔堡大学的就职演说，自其主张“目的刑”以来，凡反对目的刑者，都被称为古典学派或旧派；凡赞成目的刑者，都被称为现代学派或新派。^①本文是在前期旧派的意义上称呼“古典学派”的，而所谓回归“古典学派”，就是指返回前期旧派。但由于古典学派生衍脉络比较复杂，不如干脆直言“回归贝林”。^②我信奉贝林，主张构成要件应当是客观的、形式的、价值无涉的。我希望回归贝林，不止因为我们的法治尚处贝卡里亚以前的时代，而且因为贝林的构成要件论本身决非后来学者所诋呵的那样不堪大任，反倒是在以重建名义拆毁贝林之厦的过程中，构成要件因实质化而走向崩溃，我们的刑事法治在草创阶段便开始困顿疲敝。如果确如冯军教授所说我们不可能再回到贝卡里亚，^③那我将悲观地确信我们的法治真的完了。

* 中国社会科学院法学研究所研究员。本文关于贝林构成要件论的创制与维护部分，由北京大学法学院2017级博士研究生邓卓行主笔梳理。

① [日]木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣、郑树周等译校，上海翻译出版公司1991年版，第14页。

② 劳东燕教授在《法学研究》撰文指出我在批判实质论过程中的一些曲解与误读，认为就形式解释与实质解释而言，有传统与当代两个维度。传统维度属事实论与价值论之争，涉及的是构成要件的解释要不要价值判断；当代维度属价值论内部如何适用价值判断之争。她批评我没有厘清这两个维度，以至于凡在构成要件层面运用一定的价值判断，就被归类为实质合理性优先，从而将之纳入实质论的范畴。劳东燕：《刑法解释中的形式论与实质论之争》，载《法学研究》2013年第3期。

③ 冯军教授2012年5月17日在清华大学法学院举办的第11期“刑法学思潮论坛”上对我的主题发言进行评论时说：“如果你真的说回到贝卡里亚，那么我们肯定是回不去了。”参见邓子滨：《中国实质刑法观批判》（第2版），法律出版社2017年版，第291页。

一、贝林构成要件论：创制与维护

贝林乃古典犯罪论体系中构成要件阶层的首创者，三阶犯罪论的奠基者。^④之前如费尔巴哈、李斯特等鸿儒名宿，皆只为构成要件提供了观念基础与逻辑框架，^⑤及至贝林，才真正“将构成要件的概念引入犯罪论体系，成为三阶层犯罪论体系的第一个要件，而且是入罪的第一道门槛”。^⑥有观点认为，贝林之所以在违法与责任前单独设置构成要件这一阶层，是为了贯彻罪刑法定原则。贝林在他的《刑法纲要》（第3版）中亦曾论及创制构成要件阶层的理由：“在古代法律中，行为人只要实施了违法且有责的行为，一般来说都是有可能被处罚的，可是如果根据最近的法律，行为如果不符合法律所揭示的封闭的不能扩张的某一种犯罪类型就不能成立犯罪。”^⑦可见，贝林的本意就是通过构成要件阶层贯彻罪刑法定原则，从而限定刑法处罚范围，落实贝卡里亚、费尔巴哈以来的近代刑法精神。

贝林的构成要件自1906年提出至1930年定型，经历了从作为犯罪类型轮廓到作为犯罪类型指导形象的转变，^⑧其特征可概括为四点：第一，类型性。所谓指导形象功能，实际上就是构成要件的类型化机能，^⑨起到帮助理解与提供思考方向的作用。^⑩第二，客观性。一切主观要素皆不得放入构成要件内，否则就会模糊构成要件作为客观与主观共同指导形象的目标。第三，记述性或曰价值中立性。符合构成要件的事实与违法有责的评价不具直接关系，“违法性定位于规范评价，而责任则定位于主观评价，它们应当与记叙性的、客观的构成要件严格区分”。^⑪第四，规定性。只有刑法规定的内容，方能成为构成要件要素，构成要件依附于实定刑法而存在。

贝林的构成要件一经创立，就遭多方诘难，直至今日。质疑观点有些出于误解，有些则颇具醉翁之意。首先，有质疑者认为，贝林构成要件忽视了主观构成要件要素与规范构成要件要素的存在。黑格勒认为：“外在行为并非全然是外观的，尚应含有所谓的‘内在倾向’的存在。”^⑫再后来的罗克辛认为：“未遂的不法，在不考虑行为人在主观上想要得到的是什么时，在客观上也是不能被评价的。”^⑬但贝林却早已指出：“如果硬要把‘内在要素’从行为人精神层面上塞入构成要件之中，那么就会陷于踏上一个方法论的歧途。因为这种不纯粹的构成要件根本不可能再发挥其作为客观方面和主观方面共同指导形象的功能。果真如此，则不仅心理因素会混迹于实行行为中也即在客观的行为方面出现了，而且主观方面也就成了一个完全受压迫的形象而受到挤兑，责任也必须扩张，直至所有的犯罪成立要素责任必须同时扩展到一个责任自己的构成要素上面。”^⑭纵观犯罪论体系尤其是构成要件的后续发

④ 参见林钰雄：《新刑法总则》，台湾元照出版公司2016年版，第131页。

⑤ 参见陈兴良：《刑法的知识转型[学术史]》，中国人民大学出版社2012年版，第192-200页。

⑥ 前引⑤，陈兴良书，第200页。

⑦ 王充：《论德国古典犯罪论体系——以贝林（Beling）的构成要件理论为对象》，载《当代法学》2005年第6期。

⑧ 参见蔡桂生：《构成要件论》，中国人民大学出版社2015年版，第94-97页。

⑨ 参见陈兴良：《构成要件论：从贝林到特拉伊宁》，载《比较法研究》2011年第4期。

⑩ 参见马克昌主编：《近代西方刑法学说史》，中国人民公安大学出版社2016年版，第331页。

⑪ 杜宇：《刑法学上“类型观”的生成与展开：以构成要件理论的发展为脉络》，载《复旦学报》（社会科学版）2010年第5期。

⑫ 柯耀程：《变动中的刑法思想》，台湾瑞兴图书股份有限公司1999年版，第17页。

⑬ [德]克劳斯·罗克辛：《德国犯罪原理的发展与现代趋势》，王世洲译，载《法学家》2007年第1期。

⑭ [德]恩施特·贝林：《构成要件理论》，王安异译，中国人民公安大学出版社2006年版，第16-17页。

展,不得不感慨贝林的高瞻远瞩。迈尔曾反驳贝林道:“在若干构成要件类型中,的确存在着‘有待补充的要素’,此类要素如不经评价,则殊难认定其是否被该当。”^⑮比如盗窃罪中“财物的他人性”即属于需要价值评判的规范构成要件要素。但贝林对此亦早有论及:“只要该合法性关系有助于构成要件界定相关犯罪之行为,则仍不失其‘记述性’,而无关特殊的情事问题,也即无关记述性行为的违法性问题。”^⑯正是在这个意义上,贝林认为即使价值评判不可或缺,亦无碍构成要件要素记述性的承认。

其次,有质疑者谓贝林的构成要件既无犯罪个别化功能,又无违法性推定机能。西原春夫教授认为,犯罪不能仅从一般意义上把握,构成要件的个别化功能始终是犯罪认定的一个关键问题。^⑰松原芳博教授认为:“若在构成要件阶段无法确定犯罪‘成立与否’,理所当然,在构成要件阶段也不能确定‘罪名’,因此,试图根据‘构成要件故意’,在犯罪论的‘入口阶段’取得完全的个别化,这很难做到。”^⑱日本不乏贝林构成要件的拥护者,^⑲曾根威彦教授认为:“构成要件符合性,必须和对事实的实质否定的价值判断即违法性的判断区别开来。构成要件符合性和违法性的关系,不是原则—例外的关系,而是形式—实质的关系,因此,行为类型说基本上是正确的。”^⑳由此看来,以贝林的构成要件不具违法推定功能而予以否定的观点,本身就是值得商榷的。

诚然,在实定法中存在着许多实行行为难以类型化的非定式犯罪,但是这正可说明,理论应倒逼立法者不断修正构成要件,以明确各罪的实行行为类型。决不能说,现实中存在很多类型性难以把握的犯罪,就要否定实行行为类型化的理论。就连目的犯罪论体系开创者韦尔策尔都曾为贝林的构成要件正名,认为若将构成要件与违法性合一,就难免会出现循环论证的谬误,亦即“唯有在确定了违法性之后,我们才能肯定构成要件符合性,而只有在确定了构成要件符合性之后,我们才能查明违法性”。^㉑陈兴良先生指出:“贝林通过构筑客观的、形式的构成要件论,对于当下刚刚进入罪刑法定时代的中国刑法学来说,是时之宜者。可以说,贝林的构成要件论正是罪刑法定的理论基础。”^㉒唯有贯彻贝林的构成要件论,才有可能避免罪刑法定原则成为有名无实的幌子。而套用劳东燕教授之言,罪刑法定之花是怒放还是枯萎,取决于我们对贝林构成要件的浇灌与扶植。^㉓

二、古典学派:旨在反对君主专制的启蒙

必须说明的是,古典犯罪论体系与古典学派并不相同。古典学派与近代学派的真正区别,在于刑

⑮ 前引⑫,柯耀程书,第17页。

⑯ 前引⑭,贝林书,第15页。

⑰ 参见[日]西原春夫:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社2006年版,第32页。

⑱ [日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第41页。

⑲ 参见陈家林:《犯罪论体系之演变》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(2009年第3卷),法律出版社2009年版,第97页。

⑳ [日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第194页。

㉑ 参见[德]韦尔策尔:《目的行为论导论:刑法理论的新图景》(增补第4版),陈璇译,中国人民大学出版社2015年版,第27-28页。

㉒ 前引⑤,陈兴良书,第207页。

㉓ 参见劳东燕:《罪刑法定本土化的法治叙事》,北京大学出版社2010年版,第203页。

法制裁的对象究竟是行为还是行为人。由于迈尔、梅茨格尔等反对贝林者的犯罪论体系的落脚点是行为，因此亦属古典学派之列，与贝林并无不同。李斯特在犯罪论中虽持古典学派观点，但在刑罚论中却属于近代学派。康德强调，所谓启蒙，是指人类自身的智力及思想解放，“启蒙运动就是人类脱离自己所加之于自己的不成熟状态。不成熟状态就是不经别人的引导，就对运用自己的理智无能为力”。^{②④}陈兴良先生认为：“启蒙也就是解蔽、解脱与解放。”^{②⑤}由此可知，启蒙既是一番理论宣讲，也是一个抗争过程，更是一场实际行动。我国台湾三民书局力推一套“古籍今注新译丛书”，刘振强先生受邀解说“刊印缘起”，可谓一段至理名言：“人类历史发展，每至偏执一端、往而不返的关头，总有一股新兴的反本运动继起，要求回顾过往的源头，从中汲取新生的创造力量。”一言以蔽之，回归经典。

于此，“‘敬畏是从一个伟大的心灵所写下的伟大作品中中学到教益的必备条件’，将一切作者和读者扯平，是不明智的；而认为任何人都可以轻松达到伟大思想的高度，也不过是一个美好的海市蜃楼。在伟大作品面前，人们所应该具有的是真正的谦逊，而不是什么站在巨人肩膀上的傲慢或狂妄”。“‘我们都是矮子，但是我们站在巨人的肩膀上。’这谦卑的姿态，表达了太多的自我满足。巨人是那么容易让我们爬上去的吗？巨人的功能就是把侏儒扛上他们的肩膀吗？”“毫无理由地假设我们和伟大者的亲密关系，很快就会使年轻一代人否认有什么巨人，并断定这整个说法不过是一个谎言，是由教师们编造来抬高自己的。”“这就是说，对伟大作品与伟大精神（也即对巨人）的否认，实际上建立在无端的乐观与自欺之上，要么认为自己可以不费吹灰之力轻易超越巨人；要么干脆不承认有什么高于或优于自己的巨人存在，这也许是现代人的通病。”^{②⑥}

刑法的启蒙，居功至伟者无疑是贝卡里亚。他的思想结晶就是：“只有法律才能为犯罪规定刑罚。只有代表根据社会契约而联合起来的整个社会的立法者才拥有这一权威。”“任何一个司法官员都不得以热忱或公共福利为借口，增加对犯罪公民的既定刑罚。”^{②⑦}这是罪刑法定主义的基本蕴含，以立法权限制司法权，体现“法无明文规定不为罪”。而对司法权的限制，始终是刑事古典学派考虑的一个根本问题，其目的就在于保障公民的个人自由不受司法侵犯。^{②⑧}贝卡里亚是伟大而不朽的，即使是对贝卡里亚“指指点点”的学者也不得不承认：在18世纪，没有法官和律师天真地相信贝卡里亚所信奉的理论，他的任务不是去说服法官，而是使统治者信服他的推理。这才是问题的关键。^{②⑨}贝卡里亚是近代刑法学的开山鼻祖、理性先驱，他的见解，尤其是关于刑法基本原则的论述直到今天依然是正确的。^{③⑩}

贝卡里亚所确立的一系列公理，随着时光的打磨，愈加显出真理的本色，后世的任何理论对手都无法忽视他的伟大存在。菲利曾说：“无论是作为民法典型代表的罗马人，还是中世纪的求实精神，都没有能够建立起刑法的哲学体系，而是贝卡里亚（其受到感情的影响远比科学准确性的影响要大）

②④ [德]康德：《历史理性批判文集》，何兆武译，商务印书馆1990年版，第22页。

②⑤ 陈兴良：《刑法的启蒙》，法律出版社1998年版，“渴望启蒙”（代序）第1页。

②⑥ [美]阿兰·布鲁姆：《巨人与侏儒——布鲁姆文集》，张辉选编，秦露、林国荣、严蓓雯等译，华夏出版社2007年版，“编者的话”第3-4页。

②⑦ [意]贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第11页。

②⑧ 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第88页。

②⑨ 参见[斯]卜思天·M. 儒攀基奇：《刑法——刑罚理念批判》，何慧新等译，中国政法大学出版社2002年版，第36页。

③⑩ 参见前引②⑨，儒攀基奇书，第44页。

通过总结其所处时代的思想和感情，大大地推动了犯罪与刑罚学说的发展。其丰富的倡议所包含的各种胚胎中，最值得称赞的是他创立了古典派刑法学。这一学派曾经怀有而且现在还在抱着这样一种实际目的，那就是通过以高尚的人道主义观点反对中世纪刑罚的专断与严厉来减轻所有的刑罚，并废除一定数量的刑罚。这一学派过去曾经主张而且现在还在坚持这样一种自己的方法，那就是从基本的原理出发，把犯罪作为法律规定的—个抽象实体进行研究。”^①恩吉施说：“曾有一个时代满怀信心地热衷于这一看法：必定能够通过精确制定的规范建立绝对的法律清晰性和法律确定性，特别是保证所有法官和行政机关决定和行为的明确性。这个时代是启蒙时代。”^②恩吉施写出这句话，或许是认为这种看法尽管立意高远，但毕竟被历史证明是幼稚的。但在我看来，这种看法至今仍然是值得为之奋斗的理想，因为不可能有比它更好的形诸文字的理念。可以这样说，如果我们认为法律清晰而确定只是一种幼稚的理想，那么，就根本不需要刑法。刑法的存在本身就证明，刑法可以清晰而确定，这种看法不仅是可欲求的，而且是可走近的。

古典学派的刑法理论，以社会契约论、自然法理论和分权理论为思想基础，矛头直指君主专制的封建刑法，以及国家权力的集中、庞大与绝对。“国家是个人生活的唯一场所，个人与国家的关系成为人类社会生活的全部内容，于是个人极为渺小，权利惨遭剥夺。为了从根本上否认这一点，就必须使国民主权得以实现，使国家权力受到限制。于是前期旧派学者大多推崇社会契约论，论证国家权力源于国民，从而达到限制国家权力，实现刑法的补充性、法定性、平等性与人道性的目的。”^③所以，古典学派的基本主张是自由意志、行为主义、道义责任、报应刑、一般预防等等。

三、实证学派及其他：因应国家管控的对立启蒙

实证学派的反启蒙、对立启蒙的主张，自有它的缘起。菲利就曾纠正过一个观念：“每个国家都会从其长期的令人悲痛的经历中发现，它们的刑罚之堤不能保护其免遭犯罪激流淹没。而且，我们的统计资料也表明，当犯罪的萌芽已经生成时，刑罚防止犯罪增长的力量特别弱。”^④实证学派质疑刑罚效果，其实是在否定人的自由意志，而由于否定了自由意志，刑法条文之公布，对于人的心理强制力就不那么重要，法律是否明确，是否处于国民预测能力之内，也就不那么重要。反正该犯罪的，无论有无刑罚，都照样要犯罪。这样一来，刑法的形式意义就让位于对犯罪人的实质的、科学的判别。这样的论点虽有犯罪学和社会学的某些支持，但它的实践效果弊多利少。

张明楷教授归纳实证学派的产生有两个原因：其一，19世纪中叶以后，欧洲大陆社会和经济的变

① [意]恩里科·菲利：《犯罪社会学》，郭建安译，中国人民公安大学出版社1990年版，第2页。

② [德]卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第130页。

③ 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第4页。

④ 前引①，菲利书，第98-99页。

即决定论、行为人主义、社会责任、目的刑及特殊预防。^{③⑤}必须抓住两条导致国家权力膨胀的线索：一是工业化国家犯罪率上升；二是各民族国家相互战争。当犯罪率显著上升时，意味着国民普遍感到危险来自于犯罪人而不是来自政府，所以限制权力专断的呼声就会减弱，并且愿意赋予国家更多的权力，以利于对付犯罪。当国家独立受到威胁，当战争不可避免并且迫在眉睫时，国家就会具有空前的凝聚力，国民就会迫切需要一个强大而高效的政府。

启蒙运动的理性主义将不得不承认，在启蒙之光的核心也有一片黑暗。^{③⑥}现代自由主义认为，国家是法治下的中立机构，致力于个人幸福与社会和解，而反自由主义者却主张，道德普适的观念显然有悖于事实，社会内部是斗争的，国家之间是敌对的，所以自由主义不过是自欺欺人的鬼话。施米特的著名主张是：自由主义政府一大弱点，被认为是其烦琐的法律形式主义，而“自由主义所依据的观念——个人主义、人权、法治——全是虚构的，国家政治生活的真实基础——统一、领导、权威、专断的决定——是反自由主义的”。^{③⑦}在许多人看来，德国一切种类的自由民主政制全都无法克服德国面临的困难。这便产生了一种针对自由民主制本身的深深偏见，或者说加强了既有的偏见。^{③⑧}正是这种对 17、18 世纪启蒙精神的反叛，奠定了德国军国主义的基础。某些理论家，尤其是德国的几位著名人物，无意中成为百年之后人类自由的掘墓人。比如历史法学派的萨维尼，他十分露骨地宣扬国家至上主义，把法律完全归结为民族精神的产物，排斥法律的绝对价值的思想。

对实证学派的兴起，一种可能的分析是：19 世纪后半期的西方渐渐进入自由资本主义普遍建立和稳定发展的阶段，主流意识形态更多呼唤的是稳定秩序和建设发展，需要淡化古典学派的战斗精神和反抗意识。古典学派的思想是变革的思想，不是建设的思想。^{③⑨}不过，至少有几个理由可以反对这一分析：刑法古典学派本身不仅是富于战斗精神的，而且有一套细密的法治建设方案，正是这些方案，早于实证学派得势，已经生成了几部重要的刑法典。不是古典学派缺乏建设思想，而是实证学派的建设思路以及建设指标有了根本扭转。如果说实证学派在概念分析和逻辑推理上比古典学派前进一步，但在法治的基本立场上却倒退百年。我们不能说古典学派的缺陷在于技术和方法，因为那恰恰不是它的价值所在，它的价值在于向刑罚专擅宣战，它的自然正义的理念本身就是无法实证的，所以，用实证的标准来衡量古典学派，是风马牛不相及的。而实证学派的缺陷则是实实在在的，那就是为专断独裁的复辟——也许不能叫复辟，因为我们从未推翻它。

“今天的后现代主义者遵循着 19 世纪反启蒙的反拨道路。”^{④①}后现代主义认为，自 18 世纪开始的启蒙运动从未兑现它所许诺的东西，并在 20 世纪以失败告终，现代性是一个不可挽救的历史错误，必须用后现代取而代之。后现代主义者高举多元论大旗，倡导多样性，颂扬差别，主张人们的思想观点根本不存在一致性。如果强调一致，就是压迫，就是统治，就是实行恐怖主义。因此，后现代主义消解主体、颠覆理性，完全否定西方的理性主义传统，它以反思现代性为己任，以纠正法治之弊为夙愿，以福利国家为目标，以实质公正为诉求。“在新的时期，现代法律以及作为其理论、价值支撑的人文、

^{③⑤} 参见张明楷：《外国刑法纲要》（第 2 版），清华大学出版社 2007 年版，第 12、13 页。

^{③⑥} [美] 威廉·巴雷特：《非理性的人——存在主义哲学研究》，杨照明、艾平译，商务印书馆 1995 年版，第 274 页。

^{③⑦} [美] 马克·里拉：《当知识分子遇到政治》，邓晓菁、王笑红译，新星出版社 2005 年版，第 58 页。

^{③⑧} 刘小枫编：《苏格拉底问题与现代性——施特劳斯讲演与论文集》（卷二），彭磊、丁耘等译，华夏出版社 2008 年版，第 108 页。

^{③⑨} 参见杨忠民、程华：《自然法，还是法律实证主义》，载《环球法律评论》2007 年第 1 期。

^{④①} [英] 弗兰克·富里迪：《知识分子都到哪里去了》，戴从容译，江苏人民出版社 2005 年版，第 58 页。

社会科学中的最后一个堡垒——现代法学，亦面临着自身的合法性危机。后现代主义思想家们在质疑、挑战现代性世界观和方法论的同时，也将反思、批判的矛头直指现代法学所弘扬的基本原则、法治理念，揭露诸多规则和制度在维护强者的利益时，对弱势群体的漠视和排斥。”^④一个社会，它的特点涉及政府公开干预从前是国家行为领域之外的事务，日益卷入公开的重新分配、规定及计划之中，这原本被认为是社会主义国家才有的特点。^⑤同时，“从形式主义向目的性或政策导向的法律推理的转变，从关注形式公正向关心程序或实质公正转变”。^⑥

于此，劳东燕教授提出尖锐批评：“形式论者对实质论者的误读，主要表现在将对手的立场等同于后现代的解构启蒙、解构法治的立场。由于将社会保护的价值置于优先地位，实质解释论的确存在威胁个体自由的危险。不过，当邓子滨教授在实质解释论与实证学派之间画上等号，尤其是将实质解释论等同于后现代观点之时，就未免有虚构之嫌。一则，实证学派产生于19世纪后半期，恰恰是现代的产物而非后现代的产物，也即现代化本身存在压制个体自由的内在倾向。无论是纳粹政权的产生还是苏联型政权的出现，本身都是现代性的产物。二则，实质论者也决非后现代主义者。实质论者的确对某些为现代法学所弘扬的基本原则、法治理念做了意义重构，但断言其解构法治无论如何是过分的。”^⑦我的简短回应是，如果实质论者在构成要件实质化过程中功不可没，那么，他们对构成要件的“意义重构”也必与有荣焉。当构成要件实质化彻底竣工之后，难道不是颠覆了体现于刑法学领域一脉相承的形而上学本质吗？而这种颠覆恰恰类似于实证学派对古典学派的反叛。

四、回归贝林：防范国家走上专制之路

（一）以法律限制权力，保障国民自由

当今世事，启蒙运动的高尚事业仍属一项未竟的事业。因此，“对那些接受了启蒙价值的人来说，启蒙价值仍然装点着光辉之野，我们正是据此选择我们的道路的”。^⑧这个道路上，首先不能忘记的还是人的自由。现代国家之中，自由的核心含义是限制那些用以压迫人的权力，而无论这些权力来自哪里。就法律的本义而言，它可以指导国民，可以定分止争，但这两种功能实际上不涉及对自由的维护。而法律旨在约束权力，这才是法律维护自由的功能。大卫·休谟提出，我们应该设计一系列政府制度，以便即使在流氓占据政府要职时，也将为我们的利益服务。^⑨简言之，流氓无赖做了总统，也不得不干好事。所以，毋庸讳言，法律是用来限制国家权力并约束其循法而行的。

百年历史也给出了几个极端的国家实例，印证了奥古斯丁的不朽名言：离开正义，国家不过是个大匪帮。“这种骄横的活生生的体现，便是‘极权主义’国家的理念和实践。不要以为某种同样是纯

^④ 高中：《后现代法学思潮》，法律出版社2005年版，“绪论”第2页。

^⑤ 参见[英]哈耶克：《不幸的观念》，刘戟锋、张来举译，东方出版社1988年版，第119页。

^⑥ [美]昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，中国政法大学出版社1994年版，第181页。

^⑦ 前引②，劳东燕文。

^⑧ 前引④，富里迪书，第43-44页。

^⑨ [美]马克·沃伦主编：《民主与信任》，吴辉译，华夏出版社2004年版，第21页。

粹组织的措施，即某种形式的国家制度——不论它们多么有益——能够自己自动地克服这种骄横。”^{④7}所以，如何确保国家这个利维坦不去吞噬组成自身肌体的国民，便成为摆在现代法治面前的难题。以纳粹为极端代表的暴政已经结束多年了，可是暴政的幽灵并没有死亡，“那么多的人都前往建立在莫斯科、柏林、河内、哈瓦那的叙拉古城朝圣。他们是政治上的窥视癖者，经由精心的算计，手握回程票前往暴君的领地作秀，对那儿的集体农庄、拖拉机厂、甘蔗林、学校无不连声称道，但奇怪的是，他们从不造访监狱”。^{④8}《古拉格群岛》离我们并不遥远。^{④9}

如果把国家看作正义的化身，那么国家的目的与权力的范围就应当是无限的。国家以善或者至善为自己的行动准则，往往走向正义的反面。现代社会，国家的目的问题虽仍需进行抽象思辨，但同时需要进行世俗的功利体验。国家的目的是为了“人民的和平、安全和公共福利”。^{⑤0}霍布豪斯在1918年为批判黑格尔及其追随者鲍桑葵的“形而上学的国家论”而写的著作中，言辞犀利地批判了“绝对精神”“最终目的”等国家理念：当国家被抬高到一个高高在上、不关心它的成员的实体时，它就变成一个伪造的上帝。人们必须继续建设，而且要把基础筑得更深，计划定得更加宏大。但是，奠基石的下面不应该有活埋的奴隶。或者更确切地说，组织并不是什么建筑物，而是由有思想、有感情的活人组成的，每个人都是目的，而不仅仅是手段，整体要求任何一个成员受苦，都会毁坏它的价值。所以，见解正确的政治哲学总是要强调个人、作为个人自尊的基础的自由、个人有权考虑的平等。^{⑤1}

（二）重塑刑法古典学派的丰碑，践履启蒙精神所倡导的刑事法治

如果我们承认我国的刑事法治刚刚起步，那么，奠基形式法治，积淀形式理性，是我们当前以及今后若干年的务实工作。回归古典学派，落脚点在罪刑法定、构成要件、刑法解释。

关于罪刑法定，在当前法治的初建过程中，须将形式理性置于首位。罪刑法定的贯彻，先要澄清它约束刑罚权的本义，强调“法无明文规定不为罪”。这又分为两种情况：其一，在究竟“有”还是“无”明文规定的犹疑之中，应毫不犹豫地选择“无”的立场，即使我们的解释技术足以达成“有”的结论；其二，在“有”明文规定但规定不甚明确的情况下，应推定立法者的意图是在诸种解释方法和结论当中就底线位置横切一刀，硬性确保一个有利于被告人的解释结论。“从罪刑擅断到罪刑法定，从不确定到确定，是刑事法治所带来的刑法领域一场深刻革命。罪刑法定原则要求在认定犯罪的时候，要以确切的法律规定作为标准。只有法律才能设置犯罪，也只有根据法律规定才能认定犯罪。在这种情况下，法律成为区分罪与非罪的唯一标准。”^{⑤2}

关于构成要件，应当回归贝林。贝林构成要件理论要义在于，保障罪刑法定主义的实现，进而保障人权，这主要体现在构成要件符合性的排除机能上，它对于限制入罪有着重要的、无以替代的作用。试图将违法性与符合性合并的理论和实践，可能在技术上更加得心应手，但在理念上却无疑是放松了对入罪欲望的警惕。试想，如果今天的合一论所导致的二阶层论能够成立，那么明天就不妨再行合并，

^{④7} [俄] 弗兰克：《人与世界的割裂》，方珊、方达琳、王利刚选编，徐凤林译，山东友谊出版社2005年版，第111页。

^{④8} 前引^{④7}，里拉书，第191页。

^{④9} 俄国作家亚历山大·索尔仁尼琴《古拉格群岛》一书，由田大畏、陈汉章翻译，群众出版社2010年出版。

^{⑤0} [英] 洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第77-80页。

^{⑤1} 参见[英] 霍布豪斯：《形而上学的国家论》，汪淑钧译，商务印书馆1997年版，第131-133页。

^{⑤2} 陈兴良：《社会危害性理论——一个反思性检讨》，载《法学研究》2000年第1期。

将有责性也并入一个统一的体系中。何须明天？昨天的苏联学者已经这么做了，并且我们现在还在这么做，支持者还大有人在。

关于刑法解释，孟德斯鸠说：“君主国是有法律的；法律明确时，法官遵照法律；法律不明确时，法官则探求法律的精神。在共和国里，政制的性质要求法官以法律的文字为依据；否则在有关一个公民的财产、荣誉或生命的案件中，就有可能对法律作有害于该公民的解释了。”^{⑤③} 贝卡里亚讲：“‘法律的精神需要探询’，再没有比这更危险的公理了。采纳这一公理，等于放弃了堤坝，让位给汹涌的歧见。在我看来，这个道理已被证实。而在凡人看来却似乎是奇谈怪论，他们往往只感触到眼前的一些小麻烦，却察觉不出在一个国家已根深蒂固的荒谬原则所产生的致命而深远的结果。”^{⑤④} 孟德斯鸠和贝卡里亚应该比我们现代人聪明，以他们的天分，一定反向思考过“以法律的文字为依据”并且拒绝探询“法律的精神”会有怎样的弊端。实际上，贝卡里亚已经给出了自己的选择：“严格遵守刑法文字所遇到的麻烦，不能与解释法律所造成的混乱相提并论。这种暂时的麻烦促使立法者对引起疑惑的词句作必要的修改，力求准确，并且阻止人们进行致命的自由解释，而这正是擅断和徇私的源泉。当一部法典业已厘定，就应逐字遵守，法官唯一的使命就是判定公民的行为是否符合成文法律。”^{⑤⑤} 贝卡里亚明确知道“严格遵守刑法文字所遇到的麻烦”，他也思考过刑法解释的可能路径，但他相信，解释法律必将造成混乱，麻烦大于严格遵循法条。并且可以推定，贝卡里亚相信，以人类的智慧，不可能得出相反的结论。可能有令人钦佩的实践，不可能有令人信服的成功。

Abstract: Returning to Beling means a return to the Classical School of Criminal Law and the promotion of basing the criminal constitution system on the objective, formal, and value-free constitutive elements. Returning to Beling also means that we should correct the reaction of the Positivist School against the Classical School; restore the Classical School to its right position; practice the rule of criminal law advocated by the spirit of enlightenment; put the power under the check of the law; protect the freedom enjoyed by the citizens; and prevent the state from slipping back to dictatorship.

Key words: Beling; Classical School; Positivist School; spirit of enlightenment; rule of criminal law

[学科编辑: 王彦强 责任编辑: 庞 昊]

⑤③ [法] 孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1961年版,第76页。

⑤④ 前引②⑦,贝卡里亚书,第12-13页。

⑤⑤ 前引②⑦,贝卡里亚书,第13页。