

刑法学的西方经验与中国现实 PDF转换可能丢失图片或格式
， 建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_88_91_E6_B3_95_E5_AD_A6_E7_c122_485918.htm 【摘要】我国刑法学面临改造理论体系，增强问题意识的双重使命，为此，进行跨文化的刑法学研究就是必要的。西方国家在刑法理论发展上一些有值得我们学习的经验，包括法官解释刑法，坚持刑法客观主义，刑法学方法多元化，问题思考与体系思考等。与之相对应，我国刑法学发展过程中却存在各种各样的问题。对我国未来的刑法学理论进行合理化改造有多种可能的路径，即必须以刑法客观主义立场为取向，建构阶层的犯罪论体系，坚持实质的犯罪论，加强对问题的思考。

Criminology studies in China are faced with double missions. One is to modify and reform the conceptual infrastructure, the other is to enhance our perception of issues and problems in reality. There have some experiences distilled from the development of western criminal law systems. Such as interpretation of criminal law by judges, emphasis on the culpability objectivism, diversified methodologies and analysis of both conceptual system and specific issues are the most universal and indispensable parts of well-established criminal systems. Then we must analyze several issues in criminology study in China. Several methods to improve the criminology study in China are proposed, which include emphasis on the objectification of culpability, construction of a layered system of culpability, insistence on culpability essentialism and improvement on realistic analysis of current issues. 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，并将其作为唯一正确的理论看待，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。现今的中国刑法学者，必须对刑法学的共性有清楚认识，要承认一种“文化际”的刑法，从而促进“跨文化的”刑法学交流。在犯罪论等刑法学根本问题上，我国刑法学没有理由拒斥已经在世界上100多个国家产生根本性影响的德国阶层论犯罪成立体系。在比较研究的基准已然大致确立，进行有价值的、而绝非简单的比较研究的时机已经具备的情况下，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。有的问题西方国家从未遇到过，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？问题意识总体上是否较强？是否提出了一些基石范畴？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：第一，本文刑法学发展的西方经验所涉及的西方，不是严格的地理概念，而是一个广义的概念，包括地理上、观念上处于西方的国家，例如德国、英美国家。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。当然，本文重要以德日刑法学作为比较研究的基础。第二，写作本文的真正目的，是在一定程度上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。既然发现问题最为重要，那么，解决问题就不是本文的重点，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，本文对此问题的观点是否正确倒是其次的问题。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，也并不是像一般人所理解的那样，是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，我们必须保持敬畏感，必须表现出一种谦虚（而非谦卑）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

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，貌似可以满足“统一司法”的目标，但是其初衷是否能够实现，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。例如，A为委托B向C行贿，而向B提供金钱，但B并未转交该金钱，而任意消费的，对B应当如何处理？对于这种基于“不法原因给付”的场合是否成立侵占罪的问题，实践中对此歧见纷纭。按照我们的习惯性思路，完全可以通过最高法院制定一个司法解释。但是，司法解释的结论是唯一的，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](P.381)。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费用的1/2。但后来金某利用为曹某保管后者收到的270万圆之际，不按约定还给曹某130万元，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时合理的”。[2](P.157)由于本案中被告人金某的不法性明显大于被害人的不法性，其侵占不法给付物的行为，可以构成侵占罪。对于类似案件的特殊性，具有立法性质的司法解释是不可能考虑得到的，即使制定数百条关于侵占罪的解释，也不可能遇见实务中侵占犯罪可能涉及到的各种复杂情况，司法解释也不可能得出这种根据个案的具体情况加以确定的结论。而法官对这种案件的特殊解释结论，既可以使案件得到妥当处理，也可以在很大程度上启迪刑法学者的思维，推

动刑法解释论向纵深发展。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 and 互动，相得益彰。

（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” [3](P.8)。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。从刑法学发生史上看，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。[4](P.1) 西方我国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的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”与理论发展如影随形 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展开“学派之争”，使得犯罪论、刑罚论的许多问题被反复地、深入地讨论，对抗的激烈程度远远超过我们今天的想象。正是由于两派在理念与方法上均存在重大差异，也正由于他们的杰出贡献，现在我们可以有机缘看到：在犯罪论中，就构成要件的意义、构成要件要素、刑法解释、责任的本质、共犯的本质、共犯的范围、着手的判断、未遂犯与不能犯的区别等问题而言，往往存在正反两方面的观点；对同一种犯罪行为的认定和处理，

也大多有两种以上的方案供人们选择。这样，犯罪的辨别机制、处理机制可能就会更趋于合理，刑法理论也可能更对社会负责。近代西方刑法学发展史所给予我们的启迪包括以下方面：（1）学派论争对于刑法学发展的促进作用是不言而喻的，因为某一派刑法学者要论证自己的观点正确，必须费尽心思，甚至可以说是殚精竭虑。真理在学派论争与对抗过程中越辨越明。处于对抗背景下的刑法学，不仅仅要求得理论本身的自足与圆满，在体系上“讲得通”，还要考虑社会现实和社会需要。只是理论上讲得通的理论，如果不能有效地惩治犯罪，不能积极回应社会的需要，就会遭受对手的攻击，也容易被社会所摒弃。（2）西方刑法学派论争的结果是刑法客观主义占尽先机。现代刑法学近100年来的良性发展充分证明：以刑法客观主义为基础构筑理论体系是基本妥当的，客观主义为西方刑法学提供了最为重要的知识资源。（3）根据客观主义的要求，在刑法理论中，必须重视行为、法益侵害、具体危险这样一些基本范畴；在认定犯罪时，坚持先客观，再主观的顺序，判断是否存在刑法分则罪状所规定的行为、后果，然后分析行为人是否具备责任年龄和责任能力，最后判断行为人主观上是否具备犯罪的故意和过失。（四）刑法学方法论的多元化 西方刑法学之所以发展到今天这种状况，与学者们重视多元化方法论的运用直接相关。这些方法包括：（1）注重抽象思维；（2）注重刑法判断方法和其他部门法思维的比较和协调；（3）注重回应司法实务的要求；（4）注重对犯罪的客观解释。限于篇幅，本文只对上述方法的运用略做分析。抽象思考方法，是指使生活事实和法律规范之间保持距离，对行为是否符合犯罪成立条件做抽象的思

考。由于刑法规定必须相对具体地规制各种事实构成（构成要件），惩罚的法律结果命令与其相连，这里的事实构成是一种抽象的概念，与具体的生活事实并不相同。根据构成要件观念，人们自然可以得出如下结论：“任何人不能仅仅因为依据我们的道德情感或仅根据“健康的大众情感”使他招致刑罚，因为他干了‘下流的勾当’或者‘违反了秩序’，即他是一个‘无赖’或者‘坏蛋’，而对他处以刑罚。而是说，只有当他满足了由刑法中‘事实构成特征’所包含的刑罚的前提条件时，才能受到刑罚，例如‘故意偷走他人的动产，非法地占有它’……或者‘出于杀人兴趣，满足性欲，贪财或其他卑鄙的动机（故意）杀人’”。[5](P.47)由此，我们可以看到，大陆法系国家为什么要在犯罪成立条件中首先设立构成要件符合性这一个条件。从刑法上看，行为是否构成犯罪，细节并不重要。关键是其行为是否与构成要件所规定的抽象轮廓之间具有同一性。抽象标准的存在，对于不同的案件事实也可以进行检验，既保证了司法效率，也减少了出错的几率；有此条件，司法上对于行为的客观危害性才能进行一般性的判断，在此基础上，对行为实质违法性、行为人责任的判断才能进行。比较方法，是指大陆法系对许多重要犯罪的思考，都总是结合民法等其他部门法的判断进行，但是又不局限于其他部门法思维所得出的结论。例如，对于侵犯财产罪的界定，就涉及到刑法和民法对财物占有的判断标准、民法保护范围和刑法是否有区别、民法和刑法对无形财产的概念各自如何处理等问题；对侵犯人身罪的处理，就事关民法和刑法对于人的出生、死亡、伤害的评价有何不同、民法和刑法对于名誉、人格、个人行动自由的保护侧

重点是否有差别等问题。大陆法系刑法在对刑法分则进行“问题的思考”时，总是对民法和刑法有交叉的问题十分重视，只有将这些问题解释清楚，对于盗窃罪、侵占罪、诈骗罪、故意杀人罪、故意伤害罪、诽谤罪的定性才能准确，而这些犯罪，在实践中发案率高，问题也最多。在认定这些犯罪过程中，发现新问题，总结新经验，对于刑法各论发展的意义自不待言，对于刑法总论的发展也会发生重要影响。回应方法，是指刑法学理论研究始终密切关注社会发展状况和司法实务所提出的种种问题。我们今天所耳熟能详的许多刑法理论，都是20世纪中、后期西方刑法学者为回应社会现实突飞猛进所提出的。这里略举几例：（1）流行病学的因果关系理论。关于因果关系的条件说、相当因果关系说都是以传统犯罪为研究对象的，在一般情况下因果关系是否存在需要控方证明。但在现代化进程不断加快的20世纪，发生了大量的食品卫生、环境污染（有害物质排放、辐射扩散等）这些公害犯罪中，往往难以精确地认定因果关系，因而导致举证困难，不利于保护法益。为此，理论上特别提出，如果某一危险因素是在造成法益侵害之前起作用的因素；该因素的作用程度与危害后果之间存在正比关系；该因素的分布消长与流行病学观察记载的特征并不矛盾；该因素作为原因起作用，与生物学并不矛盾，就可以确定行为具有导致结果发生的高度盖然性，从而肯定因果关系的存在，从而降低控方责任，有效保护法益。（2）“危惧感”说。旧过失论与新过失论都将结果避免的可能性理解为具体的预见可能性。但是，在过失犯罪日益频繁的现代，对过失的成立做这种要求并不利于保护法益。所以新新过失论认为，预见可能性并不需要具体

的预见，只要行为人在实施某种行为时有一种模糊的危惧感、不安感，但又没有采取措施避免结果发生的，就是过失。我们今天大可批评新新过失论脱离行为基准讨论罪过问题，甚至放弃了对罪过的要求，与责任主义的精神相抵触。我们也可以轻易地指责：将新新过失论适用到司法实践中，会带来很多问题，例如，如何判断行为人是否产生危惧感，极其困难。有的人胆量大，实施某种行为时，不会产生危惧感，因而难以成立过失；而胆量小的人在实施类似行为时可能产生危惧感，所以成立过失，这会导致处罚上的不公平。但是，危惧感说背后所体现的探索精神是值得我们学习的。（3）信赖原则。信赖原则是随着现代汽车作为高速交通工具在社会中的普遍使用而发展起来的关于过失免责的理论。从事交通运输的人在根据交通规则而行动的时候，只要不存在特别的情况，就可以信赖其他从事交通运输的人也会根据交通规则而行动，如果因为其他从事交通运输的人采取无视交通规则的行动而发生了事故时，就不应对此追究规则遵守者的责任。信赖原则是一种免责理论，是今天处理交通肇事等过失犯罪必须加以考虑的。（4）市民刑法与敌人刑法的区分。这是雅科布斯在21世纪所提出来的重要思想。他认为，对于犯罪人，可以分为市民和敌人。遭受刑罚制裁的市民在法律上的地位仍然保留，刑罚的功能在于对市民不遵守规范的行为进行否定。但是，受到制裁的敌人，被排除在法律保护之外，他是必须用战争征讨的人。换言之，敌人刑法是对危险的排除。雅科布斯由此得出结论：一个清晰明确的敌人刑法，比起整个刑法中，四处混杂着敌人刑法的规定，从法治国的角度看，危险更少。对于雅科布斯的主张，人们完全有理由

进行质疑。但是，他要求人们给予一般犯罪人回归社会的权利和对个别特别危险的“敌人”（例如恐怖分子）给予特殊处遇的观点，都是具有启迪价值的。“犯了罪的人拥有重新回到社会营正常生活之权利，对此，他必须无论如何要留存其在法律上作为一个人格、一个市民的地位，并且，就此他也负有弥补所犯错误的义务，而义务，是以具有人格作为前提条件，换言之，犯罪者不会因为其犯行就随意地与社会脱离……而对于日常一般犯罪行为人的处遇方式，则不会被用在恐怖分子身上；恐怖分子被认为，他对法秩序的正当性全盘加以否定，并且因此要毁灭此秩序”。[6](P.21) 只要仔细体会雅科布斯的良苦用心，我们就会发现，关于市民刑法和敌人刑法的区分，对于使社会在恐怖威胁下仍然保留其秩序具有重要意义。从这个角度看，将雅科布斯的这一主张称为新世纪最有创意的刑法思想，实不为过。客观解释方法，是指在解释刑法过程中，基于对刑法的人权保障机能的重视，站在传统的罪刑法定的严格立场，主张对刑法根据其客观上可能具有的含义进行严格解释。在19世纪中后期，西方刑法学基于犯罪征表说，主张自由法论，认为传统的罪刑法定原则应当予以修正或者重新展开，在刑法适用解释上，必须考虑社会的态度和欲求，因此对法官的刑法解释权持普遍支持态度，认为只要基于目的论的方法，类推解释是可以的，在这一点上，刑法解释和民法解释没有什么不同，同时，刑法解释必须注意探求立法者的意思。但是，这种刑法解释的主观立场基本上被抛弃了，最近几十年，在整体上，客观解释论风头正劲，已经占据主导地位。西方刑法学者一般认为，成文刑法一旦确立，就进入了社会领域，从制定之日起，成

文刑法就必须根据社会现实的发展对自己的内容进行一定程度的修正。因此，对于刑法的任何解释都是“当下”的解释而非对过去的解释。当代的、合时宜的客观解释是刑法适用时不可回避的。

三、刑法学的中国现实（一）实践反对理论

实践反对理论的第一个表现是：立法上频繁修改刑法，不考虑理论上关于罪刑法定以及刑法稳定性的呼吁。根据理论上取得压倒性优势的自由主义的要求，罪刑法定并不仅仅意味着对司法权的约束，也包括对立法权的约束，即立法不能频繁修改，使公民难以预测自己的行为。在我国1997年修订刑法之后，刑法修正案一个接一个地颁行，可能会带来不少的问题。“犯罪在很大程度上是一个社会界定的问题，因而一个国家可以通过在刑法典中增删条款来增加或者减少犯罪。但是这些反复不定的犯罪、增删无常的条款尽管在其他方面可能很重要，但却通常并不是那些构成‘犯罪问题’的东西”。[7]（P.155）频繁修改刑法，使人们可以质疑立法的预见性、立法能力，使理论上坚守的罪刑法定堡垒部分地丧失意义，也使理论上对于某些犯罪的解释变得不正确，对于理论发展没有多少益处。

实践反对理论的第二个表现是：法院解释而非法官解释刑法，在很大程度上不考虑理论发展，不借鉴理论成果。在我国，习惯上对于疑难问题由最高法院进行司法解释，而不是寄希望于法官个人独立地根据个案解释刑法，对于刑法理论发展可能产生的消极影响表现在：（1）减少甚至消除了刑法学者发现问题的机会，遮蔽了刑法学理论的视野。法官碰到重大、疑难案件，不是求之于理论，不去仔细审视理论上对类似问题是否提出过解决方案，而是习惯于内部的层层请示，问题被法院系统内部消化，刑法学者们

对实践中究竟有哪些问题是最为紧迫、疑难的，无从知晓。这是目前刑法学进行问题思考所面临的难题。实践部门总是习惯于批评刑法理论和司法实务脱节，这些意见有的显然有道理，但是多数意见对于刑法学者并不公允。疑难案件通过请示的方式到达最高法院，学者们能够通过什么渠道有效地发现问题？司法解释都是干巴巴的条文，和立法只有名义上的区别，学者们有时甚至无法知道司法解释究竟是针对哪些案件做出的。刑法理论有时就沦为“司法解释的解释论”，而不是刑法解释论，刑法理论还能够发现什么真问题？还能够建立什么远离司法解释的新体系？（2）司法解释实际上无意中向一线法官灌输了判决无需说明理由的错误观念。法官总是寄希望于最高法院的司法解释解决疑难案件。一旦有司法解释，法官直接根据司法解释做出判决，而无需进一步解释判决理由。在几乎所有的法官看来，最高法院的司法解释就是理由，当然毫无必要再向被告人、辩护人详尽解释判决理由；而最高法院做出司法解释时，也是不需要公布其理由的，有的解释明显是武断的。结局就是，对于疑难案件的处理，很多时候是在不需要说明理由的情境下进行的。事实上，除了最高法院，许多高级法院、中级法院甚至基层法院都在以“答复”、“会议纪要”、“指导意见”的名义制定实质上的司法解释??定罪量刑规范，法官只需要依葫芦画瓢就可以，不需要独立思考，不需要更新刑法理论知识，不需要说明判决理由，由此培养了一些日益懒惰、缺乏风格、毫无理论底蕴的法官。在这些法官看来，既然判决不需要说明理由，刑法理论拿来干什么？（3）司法解释重视主观解释、历史解释，习惯于探求立法本意，对立法资料极其青睐。由此

带来的后果是：法官尽量不自己解释刑法，遇到以前没有处理过的案件，许多法官都总是习惯性地感叹“对这个问题最高法院要是能作司法解释就好了”。即使迫不得已要对刑法作出解释，法官也并不首先去考虑刑法学理论上对类似问题是否有研究；如果有研究，存在哪些对立主张，这些对立的见解中哪些是合理的。法官在自己解释刑法时，对探讨立法者的原意情有独钟，对刑法规定背后存在立法者原意深信不疑，设身处地地考虑立法者的立场并人为地事实上重复立法者的行为，对刑法学者的理论阐释反而兴趣不大。但是，主观解释，探求立法者原意的解释方法的缺陷是人们早就认识到的。对此，宾丁曾经指出：“最好是别去描述立法者的意思，而是表达法的意思，法的意思表现在作为整个法的体系的一个环节的某一条法律原则里，根据内容、权威和企图达到的作用，把法的意思称之为解释这条原则的目标……客观解释追溯到法律的理智，即追溯到法律的内在的实际相互联系，法律的内在的、客观的目的”。[8](P.214) 最高法院的司法解释以及实践中难得一见的法官独立解释都排斥客观解释，这在价值取向上与刑法客观主义有相当的距离。实际上，法官解释必须在深入理解刑法理论的基础上进行，只要刑法学理论在解释刑法时，坚持了客观解释立场，这种理论解释就是司法实务上应当加以采纳的。“客观论者说，由于立法行为，制定法使自己与自己的作者分离开来，且被提至客观的存在之中。作者已不起作用了，他退至其作品之后……一如一切其他的人，参与立法活动的人，现在也要服从制定法本身……制定法本身和它的内在内容，也不是像所有的历史经历那样静止的（‘往事保持着永恒的寂静’），而是活生生

的和可变的，并因此具有适应能力。制定法的意义之所以改变，是因为制定法是整个法律秩序的组成部分，并因此参与到根据法律秩序的统一性而发生的法律持续变革之中”

。[5](P.109) 因此，在解释上追索法律资料是不正确的，解释者不能去探索可能并不存在的、历史上立法者的意思，而应该去追问法律本身客观上的实际意义，根据法的理性进行解释是解释的客观理论的真正基础。实践反对理论的第三个表现是：有的地方司法机关在所谓的司法改革上耍一些“小花招”，完全不考虑相关问题上刑法理论的成熟性。我国刑法学的基础比较薄弱，对很多重要问题语焉不详。但就是这样的刑法理论，也还受到司法实务中一些不伦不类的“改革”的冲击。目前，司法改革由中央自上而下一步步推进，地方司法机关无权就改革进行大的动作，有的司法机关负责人恰恰又不甘寂寞，所以很多地方都在所谓的改革上小敲小打，名曰“司法改革的探索”，实质是追求所谓的轰动效应，树一些“政绩工程”。例如，有的基层法院在基本没有掌握各罪的量刑基准的前提下，制定了规范量刑的意见，对每一个罪的刑罚量化标准进行明确；有很多基层法院开发、使用了所谓的电脑量刑系统，简单地将法定刑的“中间线”作为量刑基准，或者随意设计一个量刑基准点，这样的司法改革，完全缺乏理论支持，也没有考虑刑法学中刑罚论发展到了何种程度这样的问题。这种改革多少带有“做秀”的嫌疑，对于促进刑法学发展毫无益处。按照吴经熊的观点，法律的最高理想是正义，正义以“真”为基础，以“善”为目的，以“美”为本质。“做法官的，对于量刑的标准，也应该用艺术的灵敏感来衡量。酌情酌理，务使能恰到好处。当然‘美

’是一种艺术，我们必须要用自己的智慧和审美眼光去仔细衡量，然后才可求得理想的公平”。[9](P.25)而较为随意地确定量刑基准的做法，不但没有考虑如何使量刑活动符合“美”的要求的问题，而且还可能带来其他弊端：一方面，使得理论上对于量刑制度的研究价值降低；另一方面，也使得法官在个案中对于量刑基准的寻找没有意义。除了在司法改革问题上做秀之外，很多司法机关对案件的处理自行其是，毫无根据地“发展”一些判案标准，也可能搅乱刑法学研究的思路。例如，地方官员A为向上级争项目，打着发展当地经济的旗号，向上级官员B行贿。从刑法理论上讲，A构成行贿罪，B构成受贿罪，应当是没有太大分歧的。但个别法院认为，刑法第389条所规定的行贿罪必须是为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的，才能构成。为本地区经济发展而向上级提供财物，不是“为谋取不正当利益”，所以行为人不构成行贿罪，相应地，接受财物一方也就不构成受贿罪。这种判决理由在以下方面值得商榷：为谋取不正当利益，不是仅仅指谋取本人的利益，谋取的利益与第三人、单位有关，也是谋取利益，试图将取得的利益处分给何人或者何单位，只是犯罪动机问题，对于定罪没有影响；在正常情况下，能否获取该利益并不确定，但通过行贿的方式取得这种利益的，就是谋取不正当利益；行贿罪的实质是收买国家工作人员以实现权钱交易，无论出于何种动机向国家工作人员提供财物的，都会侵害法益。根据这些理由，A即使是为了本地区经济发展而向B提供财物，也是行贿，接受方B自然应当构成受贿，B的行为的法益侵害性也是不容否定的。不考虑刑法学理论对于保护法益、实行行为、犯罪动机等问题的

研究成果，“别出心裁”地进行判决，可能使理论研究的价值降低。实践反对理论的第四个表现是：司法上权力技巧过度使用，以及意识形态影响刑法学研究。权力技巧过度使用，不考虑刑法理论的呼吁，在死刑问题上表现得比较充分。对于死刑，理论上提出了一系列限制其适用的思路，但是，实践中出于刑事政策和权力行使的考虑，并没有采纳这些意见。当然，这一问题比较复杂，本文不再赘述。至于意识形态影响刑法学研究，则与我们继受的苏联刑法学有关。苏联刑法学是一个“大杂烩”，是一个社会主义政权建立之初，需要独树一帜时的选择，所以是一个“急就章”，颇有慌不择路的意味！苏联刑法学中的意识形态气息极其明显，因为它更多地是政治革命家的选择，而不是刑法学者详尽论证、反复论争的结果。政治家们“钦定”的刑法学，必然带有两个特征：一是为满足政治斗争、巩固政权的需要，将刑法制度直接设计为政治斗争、政权巩固的利器。刑法着眼于惩罚、着眼于控诉，试图显示国家权力的强大无比；而基本上不考虑辩护机会的赋予，对辩护权利的行使本能地持排斥态度。如果国家只是单纯地把刑法作为惩罚的工具，更多地考虑惩罚的便利性、灵活性和容易性，由此建构起来的刑法学，就不是规范性的，而是政治性的。二是对其他法系刑法学的改造，一般就是“删繁就简”，即在很多时候出于使用上便利的考虑来设计刑法制度，尽量避免制度上的相互钳制，也试图防止认定犯罪过程的过于繁复，于是类推制度在刑法中赫然规定，就很容易理解；将犯罪构成要件理论简单化，也自然在情理之中。但是，苏联刑法学把对犯罪这种最为复杂的社会现象的认定过程，降格为将犯罪客体??犯罪客观方面??

犯罪主体??犯罪主观方面这四大块拼凑在一起的“搭积木”的游戏，会带来很多问题。游戏的过程，枯燥无味，这自然不用说了；有时，拼凑四大构成要件的游戏，还带有“儿戏”的味道，因为依据这种理论认定犯罪时，出错的机率不低。至于承认犯罪客体概念，将犯罪视作对社会主义社会关系的侵害，更是意识形态的触角深入刑法学领域的最集中表现。它会使得被告人的辩护显得特别困难，权力恣意行使的可能性也就始终存在。

（二）体系亟待创新 我国今天的刑法理论，本质上还处在80年代刑法学者们的认识框架中。这个框架是以本身尚处于摸索阶段、完全不成熟的30年代苏联刑法学理论为基础的。但是，这种刑法理论结构与基础本身，从今天的角度来看，不仅在实践中是失败的，而且在理论上也是行不通的。苏联的刑法学观点，充斥着错误、混乱和含糊不清，在强调中央集权、高扬惩罚大旗的时代，或许有其存在意义。但在人权保障得到逐步提倡，社会不断开放，新型犯罪需要刑法学及时给予解释的社会状况下，抱着苏联刑法学理论不放，实在不是明智的态度。在我国刑法学通说中，犯罪客体要件、犯罪客观要件、犯罪主体要件、犯罪主观要件同时具备时，可以得出行为人有罪的结论。这种犯罪构成理论会带来不少问题。

（1）一次司法裁判过程，难以同时完成进行形式判断和实质判断的使命。对犯罪的判断，首先是形式判断，即对行为是否符合刑法规范所明确列举的罪状（构成要件）作判断。对行为具有正当性还是违法性的实质评价，在将行为与构成要件进行比对后，才能进行。我国刑法学中犯罪构成理论将形式判断和实质判断同时进行，与思维规律并不符合，同时使一次评价行为承载的使命过多，出现

判断误差的可能性也就相应增大，司法的恣意自然增强。（2）将犯罪客体作为要件，可能使实质判断过于前置。这种判断一旦完成，行为就被定性，被告人无法为自己进行辩护，这样的犯罪构成理论必然违反一般的思维规律。（3）现有理论可能使主观判断优于客观判断而进行。在大陆法系国家中，对行为的客观判断和主观判断是分层次进行的。客观判断分两个步骤进行：行为在客观上是否符合构成要件；行为在客观上是否具有实质的法规范违反性。主观判断就是对个人责任的判断。在我国刑法学中，主观判断和客观判断的关系混淆不清，犯罪评价的层次性缺乏。[1]因此，刑法学要得到发展，就应当鼓励人们探讨刑法学中犯罪论体系这一核心问题，学术探讨决不能固守目前的理论，排斥其他观点。犯罪构成理论不改革，共犯论、犯罪形态理论等相关问题，都是不可能取得长足发展的，合理的刑法学体系就不可能搭建。在当前中国，刑法学肩负问题思考与体系思考双重使命。对体系问题可以争论，在争论中形成共识；实在达不成共识的，可以允许多种体系并存。不要总是用正确/错误这样的二元对立眼光看待问题。刑法学理论体系，只有相对合理和相对不尽合理的区别，没有绝对正确、永远正确的刑法理论体系，也很难找出绝对一无是处的理论体系。对此，曲新久教授指出：“任何犯罪论体系都有其局限性，完美的犯罪论体系是不存在的……作为通说的犯罪论体系之外需要各种各样的尝试，需要多种犯罪论体系并存，并展开学术竞争，由此，通说可以得到很好的完善，或者，如果必要的话，彻底地被改变、放弃”。[10](P.39)所以，不同的学者可能有不同的刑法学理论体系，这实在是十分正常的现象。体系多元化是学

术发展的基础，由此，学术研究才会有自己的风格，有独特性，才能有创造性见解。不过，体系的建立，必须建立在不同学者之间公开的观点交锋、论争过程中，理论建构绝不是闭门造车、自说自话。当然，在建构刑法学新体系过程中，也要防止就一些问题形成“假”的学术热点的“乱相”出现。例如，期待可能性理论近年来似乎形成了一个讨论重点，在许多人看来，期待可能性是解决很多问题的良方。比如，对于某农民工讨薪过程中因与欠薪者以外的第三人有其他纠纷而故意杀害数人的情况，也有人认为可以用期待可能性为被告人进行辩护，但这种将期待可能性泛化的做法是否正常还值得质疑。期待可能性是在利用成文刑法处理案件可能会导致不太容易被公众接受的场合，适度考虑人情世故，即对成文刑法进行变通。但是，既然有成文刑法的规定，鼓吹期待可能性理论的意义，或者在实际处理案件时过度适用期待可能性，都可能使刑法的效力大打折扣，使法治的精神受到冲击。按照拉德布鲁赫的观点，法律是一种文化现象，是一种涉及价值的事物。“法律的概念也只有在有意识地去实现法律理念的现实情况下才能被确定。法律可能是不正义的“最高的公正和最大的不公正”（*summum ius-summa iniuria*），西塞罗认为，过于严格地实施法律可能导致最大的不正义，但是就因为它志在正义，所以它才是法律”。[3](P.4)所以，要维护法治的精神，就应当对期待可能性理论谨慎适用。对极其个别的轻微犯罪、过失犯罪，确实不能期待被告人实施适法行为的，可以用期待可能性进行辩解。但是，对于绝大多数犯罪，尤其是情节严重、可能涉及被害人重大的人身和财产法益的犯罪，应当排斥期待可能性的适用可能。在刑

法学理论体系改造过程中，期待可能性的价值就绝对不能被夸大。（三）刑法主观主义色彩浓厚 在现存的刑法学理论中，对社会危害性的认定，犯罪构成体系的构造，主观和客观要素的处理这三方面，刑法主观主义具有相当大的影响力。

（1）对社会危害性的认定。犯罪的本质属性是应当追究刑事责任程度的社会危害性，而按照我国的理论体系，社会危害性的内部结构应是主客观统一的，即在客观上侵害或者威胁了合法权益（行为对法益的侵犯性），主观上又具有侵害或者威胁法益的罪过（行为人的罪过性）时，才可能具有犯罪的社会危害性。但是，这当中存在是重视行为的侵犯性，还是重视行为人的罪过性的问题。在评价社会危害性时，我国刑法理论上普遍存在重视行为人的主观内容、轻视行为的法益侵害性的现象。（2）犯罪构成体系问题。我国刑法理论的通说认为，犯罪构成是由犯罪客体要件、犯罪客观要件、犯罪主体要件与犯罪主观要件组成，其逻辑顺序也应当如此排列。但是，有的学者认为，在这四个要件中，犯罪主体要件应当排在首位，因为犯罪是人的一种行为，离开了人就谈不上犯罪行为，也谈不上行为所侵害的客体，更谈不上人的主观罪过。因此，犯罪主体要件是其他犯罪构成要件成立的逻辑前提。但是，这种观点可能存在很多缺陷：有导致侵犯人权的危险；将主体置于犯罪构成的核心地位，与客观主义理论存在冲突，而与刑法主观主义的征表说如出一辙，可能导致犯罪构成要件形式化。（3）客观要素和主观要素的关系。客观主义重视客观要素，主观主义重视主观内容。我国刑法理论虽然通常肯定客观因素的重要性，但事实上重视的却是主观内容。例如，刑法理论普遍认为，行为人基于杀人的意

思，将捆好的棉絮误认为是炸药包点燃，实施爆炸行为的，或者误将稻草人当作真人开枪的，都成立故意杀人罪未遂。这意味着行为人只要有杀人的意思，无论有何种身体举动，都可以成立杀人行为，实行行为的观念在理论上完全欠缺，使得主观心理要素具有决定客观行为及其结果的功能。但是，这种观点会导致行为概念丧失了内在的意义，而仅仅在征表行为人主观恶性的意义上被加以理解；也使得犯罪客观要件名存实亡，导致司法机关根据行为人的心理态度甚至根据被告人的口供认定行为的性质，被告人的危险性格或者主观罪过性就成为刑事责任的唯一根据。然而，这种不考虑法益侵害是否存在，以及法益侵害性大小的做法，和现代法治国家的理念完全是背道而驰的。所以，在认定行为是否构成犯罪的的问题上，必须优先考虑客观行为及其结果的性质，而不是相反。[2]理论上的上述缺陷充分说明，刑法客观主义的理念要在中国扎根，成为决定刑法潮流的基本思想，还有很长的路要走。不过，我国刑法学存在上述缺陷，绝非偶然。因为我们的理论来源于前苏联。直接衍生于前苏联刑法理论的俄罗斯刑法学，在今天判断犯罪未遂时，仍然带有非常浓厚的刑法主观主义色彩。“不能手段可能仅在下述情况下是不能手段，也可能在任何情况下都是绝对不能手段。前一种不能的例子是将一种无害药品当作毒药或者企图用没有装子弹的武器开枪杀人。与迷信或完全无知有关的手段，例如，诅咒，‘用巫术使之中邪、用毒眼看’等等，是绝对不能手段。利用偶然不能手段的要承担犯罪未遂的刑事责任，因为结果的未发生是由于犯罪人意志以外的情况。利用绝对不能手段实施犯罪未遂的，多半由于行为情节显著轻微而不提起刑

事案件……最近俄罗斯深刻的制度危机，包括精神危机致使通灵术风行一时。对催眠术、能量作用、‘咒语’等地法律评价，更不用说对使用生物精神武器了，可能需要刑法对这种手段不能未遂作更明确的规定。‘妖法’对超敏感人的作用是完全现实的，根据司法精神病学鉴定，这种人可能患有严重疾病。类似情况下允许提出损害受害人健康未遂的问题”。[11](P.372)由此可见，在俄罗斯刑法中，只要犯罪人有损害他人利益的意思，无论其行为是否会在客观上使法益陷入危险，都应当评价为犯罪，犯罪未遂成立的范围极其广泛，不仅相对不能一律成立未遂犯，而且连大量所谓的“迷信犯”也都可以成立犯罪未遂，这是非常典型的刑法主观主义思路。我国刑法学从前苏联继承过多，反思较少，要在短期内消除前苏联刑法理论中的主观主义色彩，可能是“冰冻三尺，非一日之功”。（四）似是而非的折中说大行其道 我国刑法学当前比较严重的问题还有：对许多重大问题，态度暧昧，似是而非、不能解决问题的折中说流行。其中，流传范围最广、影响力最大的折中说就是“主客观相统一”。这一折中可能存在的问题是：（1）对于犯罪的客观要件、主观要件需要分别判断，例如对于实行行为、间接故意是否存在必须分别进行判断，判断过程极其复杂，不是主客观相统一这一口号能够概括的。（2）西方没有任何学派不同时考虑主观、客观，但是从来不提主客观相统一这样的命题，难道我们的概括能力就是强于他们？（3）“主客观相统一”这类口号，使得思维简单化，混淆了很多复杂的关系，容易使人误解为主客观要件同等重要，是半斤八两的关系。其实，这是对刑法客观主义最大的误解。“主观要素是为了解决主观归责

的问题，即在客观地决定了行为性质及其后果后，判断能否将行为及后果归咎于行为人……所谓的主客观相统一，并不是只要具有主观要素与客观要素即可，而是要以客观要素为基础考察主观要素。所以，必须先讨论行为的客观性，后考察行为人的主观罪过性”。[12](P.29) 主客观相统一的提法，的确带来了表述上的便利。但是，也有为刑法主观主义开道的功效，我国刑法理论上和实务上对于完全没有法益侵害的不能犯大多以犯罪未遂处理，对于为实施预备行为而进行“预备”的，也以犯罪论处，就是在主客观相统一的名义上进行的。例如，甲产生了杀害乙的意思，为买杀人用的毒药而向丙借钱，按照司法惯例也可能以故意杀人预备对甲定罪，因为其既有杀人的故意，又有相应的行为，所以对其定罪符合“主客观相统一”的原则。但是，为购买毒药这种杀人预备行为进行“预备”的借钱行为，是否属于有处罚必要性的行为，就是一个很大的疑问，在这里，主客观形似上统一，其实犯罪客观要件根本就不存在。所以，主客观相统一在很多时候实际上成了主观判断优先，但这正是逆20世纪以来的刑法学潮流而上的做法。又如，对于共犯从属性和独立性这样的问题，我国刑法学理论上也存在折中说，即所谓的“共犯二重性”。其实，刑法客观主义赞成共犯从属性说，它基于犯罪共同说的立场，认为正犯的行为依构成要件理论是符合基本构成要件的实行行为，但是对于犯罪的发生只有间接、轻微关系的狭义共犯（教唆犯、帮助犯）的行为，本身并不能成为独立的犯罪，共犯没有实施正犯意义上的实行行为，其犯罪性隶属于正犯，无正犯即无可罚的共犯。共犯的未遂也仅存在于正犯已着手实行犯罪而未得逞的情形，并无独

立的未遂存在。刑法主观主义则出于行为共同说的考虑，主张共犯独立性说，认为行为者的危险性一旦通过一定的行为流露出来，即可认定其有实行行为，所以，教唆、帮助行为本身就是行为人自己犯意的遂行表现，教唆、帮助犯等共犯本身就有实行行为，这些实行行为就是独立的犯罪行为，由此决定了共犯本身具有独立的犯罪性，其责任是共犯固有的责任，是一种独立存在，与正犯成立与否无关，由此自然存在独立的未遂情形，而不取决于正犯是否着手实行犯罪，即使没有正犯的行为，也可以对狭义共犯依照未遂的规定给予处罚。由此可见，共犯从属性、独立性问题分属于不同学派，完全不可能折中；即便理论上硬性提出共犯“二重性说”，将从属性和独立性捏合在一起，这样的折中说也完全不能用来处理案件。因为根据共犯从属性说，正犯未着手实行，共犯就无罪；根据共犯独立性说，正犯未着手实行，共犯也有罪。而根据所谓的“二重性说”，对于正犯未着手时究竟如何处理共犯，实在是得不出结论。例如，B准备入户抢劫C的财物，邀请A为其望风，A答应。但是，B翻墙入室以后，在着手实施暴力行为以前，突生悔意，不再抢劫，从另一侧门悄悄离去。A在C家墙外苦苦等候了2个小时。如果承认共犯从属性，对于帮助犯A就应当宣告无罪；如果赞成共犯独立性说，A就构成抢劫罪。根据共犯二重性说，如何处理本案？难道得出A既有罪又无罪的结论？！这样的折中说，对于司法实务不可能提供任何帮助，还是越少越好。

四、未来我国刑法学发展的关键问题

（一）确立客观主义立场 刑法客观主义和主观主义的论争涉及犯罪论和刑罚论的方方面面，但其中最为重要的问题是以下三个：（1）罪犯形象。客观主

义心目中的犯罪人，是有自由意志、有理性的抽象一般人；主观主义眼中的犯罪人，则是具体的、由素质和环境决定而宿命地存在的人。（2）犯罪行为。客观主义认为犯罪行为作为现实存在具有决定性的意义；主观主义则认为犯罪行为只是罪犯个人危险性的征表，不具有独立意义。（3）惩罚思路。客观主义认为惩罚应当与犯罪的害恶相对应（报应、一般预防），同时期望通过刑罚的适用来防止社会一般人走上犯罪不归路（一般预防）；主观主义则认为适用刑罚应当促进对犯罪人的改善、再社会化（目的刑论、教育刑论、特殊预防）。对这些问题的反复论争，使刑法学的发展赢得了机会。我国刑法学缺乏这种学派对立，对很多问题的讨论就没有平台，刑法学者们都自己讲自己的道理，研究很难深入。有的人认为，刑法客观主义和主观主义的对立，肇始于19世纪，到20世纪20年代以后这种论争就结束了，特别是随着李斯特及其论敌相继去世，使论争的火焰完全归于消灭。所以，我们现在也就没有必要再搞什么学派对立和论争。其实，这是一种误解。虽然学派论争在20世纪逐渐平息，出现了将刑法客观主义的规范学思考方法和主观主义的实证研究一并加以考虑的可能性，但是，不可否认，两派基于对自由意识是否存在不同看法而展开的论争所产生的各种影响一直延续到今天[13](P.29)。如果能够在刑法学研究中形成学术规范，结成学术共同体，在多数人认同的基础或者平台上集中精力讨论诸如犯罪成立理论、不作为、因果关系、共犯论、犯罪形态、刑罚正当根据等根本性问题，使刑法学研究走上规范化的轨道，并出版一些高水平、有特色而不是相互抄袭的教科书，我国刑法学的前途还是可以期许的。但是，这一目标

的实现，必须依靠学术对抗、论争局面的形成，只有在对抗、论争中发现问题，争论问题，中国刑法学才能赢得长足、实质发展的契机。如果我们对刑法学上学派对立的重要性认识不足，刑法学界始终是“一团和气”，今后相当长时期内的刑法学研究仍然可能在较低的水准上徘徊。有的学者认为，今天有的西方国家的刑法学正在逐步向主观主义转型，所以在我国提刑法客观主义没有意义。不可否认，今天某些西方国家刑法的确比过去更重视主观要素，对罪刑法定原则的意义进行质疑，例如意大利刑法学就有明显的主观主义色彩，但西方的做法是在客观主义发展到相当程度之后的“纠偏”，而不是否定刑法客观主义的意义。客观主义会带来刑法僵化、呆板的可能，但是追求案件处理的普遍性，尽可能不因人而异，防止过多的变通，正是法治建设过程中的起码要求。在这个问题上，我们还刚刚起步，谈不上“纠偏”的问题。我国刑法学中“学派论争”局面的形成终究是一个无法阻挡的趋势，因为刑法学研究要取得实质性的进展，必须坚持刑法客观主义立场，重视法益概念的基础功能。

（二）犯罪论体系的层次性 苏力教授曾经正确地指出：“就中国社会发展的需要和趋势来看，中国法学研究必须尽快完成一种知识类型的变革，这就是要鼓励在注重研究现实问题的基础上挑战权威，强调知识和理论的创新”。[14](P.60) 因为刑法学理论体系尤其是犯罪论体系不合理，我们意欲研究客观归责、共犯论、间接正犯等问题，但是又欲言又止。在犯罪论问题上，中外刑法学无法沟通，使得我们在许多国际学术交流会上和外国学者进行沟通时所说的是完全不同的两套语言。评价犯罪的标准缺乏共同性，对共同犯罪的成立范围、共犯

与正犯的从属性等问题，必然有不同的看法；对犯罪既遂、未遂的判断，对罪数形态的划分，也必然有不同的标准。所以，犯罪成立理论是牵一发而动全身的问题。我国刑法学在犯罪构成问题上的偏差，导致与国外刑法学理论在相关系列问题上的分歧。而在相当多的时候，我们实在没有办法证明自己的理论比别人的理论高明[15](P.153)。要使我国的犯罪论体系更为合理，值得考虑的思路是对犯罪是否成立借鉴德、日理论，进行分层次判断。犯罪推理缺乏层次性，违反法律推理的一般原则。由于判断的事项涉及犯罪，事关一个人的生杀予夺，所以应当特别慎重。对同一个事实要从不同的层次、不同的侧面反复加以推敲，要确定大前提，由一般到特殊，从原则到例外依次加以评价。分层次判断的犯罪成立理论，可能显得有些复杂。但是，只要是不在经验意义上把握犯罪论体系，而将犯罪评价机制在价值论、规范论上加以考虑，分层次判断的犯罪论体系就是合理的。直接存在的犯罪现象，在经验上是毫无规律的东西，只表现出偶然性和特殊性，人们难以把握其本质特征，必须透过系统的理论，才能将这种混乱化作有体系的形式，亦即透过人的理解才能让一团混乱而无法被掌握的事实成型。犯罪论从现在的平面型、闭合式结构转化为层层推进的构造，是目前需要考虑的问题。换言之，要确定犯罪是否成立，至关重要的是要遵循从客观到主观、从事实到评价、从形式到实质的顺序进行判断。那么，传统的四要件说本身是否需要改革就值得考虑，许多学者所提出的二要件说、三要件说、五要件说究竟有多少意义，就更值得怀疑。因为犯罪构成的平面、闭合式结构不改变，讨论增加一个要件还是减少一个要件的问题，都是不

得要领的。[16](P.52)张明楷教授也认为，阶层的体系有利于检验个案，也可以避免遗漏应当检验的要件。例如，如果不符合前一个条件，也就不必判断后一个要件，更不需要就同一个要件反复进行分析。再如，由于构成要件是违法性的存在依据，只要不具有违法阻却事由，就不需要积极地判断违法性。阶层的体系使违法性与有责性处于不同层面，形成了“违法是客观的、责任是主观的”定式，具有许多优点；阶层的体系明确区分了违法阻却事由与责任阻却事由，便于刑事政策的运用[17](P.264)。尽管分层次评价犯罪的体系也有很多不足，但是和它优势比较起来，这些不足都是次要的。

(三) 犯罪论的实质化 在我国刑法学中，形式化地理解犯罪论的主张仍然广有市场。例如，根据刑法第219条第1款的规定，侵犯商业秘密罪客观构成要件之一是犯罪行为给商业秘密的权利人造成重大损失。在这里，值得讨论的问题就是侵犯商业秘密行为，没有造成重大损害的，是成立犯罪未遂？还是根本就应当作为无罪处理？有一种观点认为，本罪中侵犯商业秘密行为给权利人造成重大损失的，构成犯罪既遂，没有造成这种损害的，是犯罪未遂，所以，给被害人造成重大损失是用来区分既遂与未遂的标准[18](P.6)。另外一种观点则认为，侵犯商业秘密罪是结果犯，只有侵犯商业秘密行为给权利人造成重大损失的，才构成犯罪，否则不构成犯罪，因此，该罪中不存在犯罪未遂的问题。给被害人造成重大损失是用来区分罪与非罪的标准。如果实质地理解构成要件，就必须赞成后一种观点，即认为“给权利人造成重大损失”犯罪成立标准而非犯罪既遂标准，只有侵犯商业秘密行为给权利人造成重大损失的，才构成犯罪。没有给权利人造成重

大损失的，不能作为犯罪未遂处理。理由是：（1）仅仅非法获取商业秘密，但是没有投入生产、销售，没有给权利人造成重大损失的，对市场经济秩序没有损害，法益侵害性不存在，缺乏刑罚处罚必要性。（2）刑法规定“给权利人造成重大损失”才以犯罪论处，是为了明确处罚条件，也是为了限制处罚范围。（3）“给权利人造成重大损失”主要不是对结果的要求，因为我们不能说没有造成重大损失，只造成较大损失，就没有结果。“给权利人造成重大损失”主要是对行为危害程度的要求，只有“给权利人造成重大损失”的，民事上的侵权行为，才能上升为刑法上所讲的“实行行为”，没有达到这种要求的，犯罪客观方面的要素并不齐备。（4）对于没有“给权利人造成重大损失”的行为，按照民事侵权行为处理，或者由工商行政管理机关进行行政处罚即为已足。如果对没有给权利人造成重大损失的行为，以侵犯商业秘密罪未遂处理，那么，民事侵权法意义上的侵犯商业秘密行为可能就不复存在，刑法的打击面太广，不符合刑法谦抑性原则，对市场经济的发展也没有好处。（5）不能将侵犯商业秘密罪和故意杀人等危害性很重的犯罪类比。有的学者认为，侵犯商业秘密罪是结果犯，故意杀人罪也是结果犯，但故意杀人未造成死亡后果的，成立犯罪未遂，那么。侵犯商业秘密未造成重大损害的，自然也可以成立犯罪未遂。但是，这样的类比明显不当，因为故意杀人罪是重罪，它和侵犯商业秘密之间缺乏可比性，侵犯商业秘密的第一档法定刑是3年以下有期徒刑，而故意杀人罪最低档次的法定刑是3年以上10年以下有期徒刑。实际上，刑法分则中所规定的结果犯，有两种情形，一是由于危害行为暴力程度高，或者危害性很大

，所以即使没有造成具体的危害后果，也以犯罪未遂进行追究，故意杀人罪就是这样的情况。二是实行行为本身较轻，危害相对较小，没有造成损害后果的，就不成立犯罪，自然谈不上犯罪未遂的问题，故意伤害（致人轻伤）罪就是这样的情形。如果仔细考察法定刑，可以看到侵犯商业秘密罪的第一档法定刑和故意伤害致人轻伤的法定刑基本上相同，说明两罪的危害大小在立法者看来大致差不多。对于故意伤害致人轻伤的情况，不存在犯罪未遂问题，即行为人主观上只想造成轻伤结果，而实际上未造成轻伤结果的，不宜以犯罪论处。与此相似，侵犯商业秘密罪由于实行行为本身较轻，危害相对较小，没有造成重大损失的后果的，就不应当成立犯罪，不存在犯罪未遂问题。上述分析表明，在建构合理的犯罪论过程中，必须在法益保护的观念下，坚持实质主义的评价方式。由此以来，对于实行行为的概念、实行行为的着手、因果关系的判断、违法性的本质、作为义务根据、放任的理解、（不可罚的）不能犯和未遂犯的区别等问题，都必须坚持实质论的立场。这里以实行行为、因果关系两个问题略做分析。实质地理解实行行为这一概念，就必须考虑行为在客观上所可能导致的法益侵害，而不能将行为人动机恶，但法益侵害并不存在的场合，确定为犯罪。例如，在实践中，有的地方对缉毒工作采取高额奖励制度，警察每查获1克毒品，就会获得奖金数十元。有的缉毒警察为得到高额奖励，不惜制造假案，甚至采取和“线人”合作诱惑、陷害他人的方式牟取不法收入。在这种情况下，对被诱惑而运输、贩卖毒品者是否存在贩卖毒品罪、运输毒品罪所规定的实行行为，就是一个问题。在设置圈套，引诱被告人运输毒品的场

合，毒品只是在“线人??被告人??警察”之间流转，不可能流向社会，运输行为的法益侵害或者威胁性质都不可能产生，而从实质犯罪论观点看，不可能对法益造成现实危险的行为，不是实行行为，被告人不构成运输毒品罪。但是，如果形式地看待实行行为概念，就会仅仅根据行为人有恶的动机得出不当的结论，从而在维护社会管理秩序的名目下扩大刑罚打击范围。对于因果关系论，也有从形式和实质侧面加以理解的问题。最近讨论得比较多的客观归责理论试图尽量弱化甚至消灭因果关系论的影响力。在客观归责理论中，危险性极低的身体举动，也是实行行为，只是对这种行为所导致的结果不归责而已。例如，打雷天令人外出劳动，后者恰好被雷电击死；或者医生由于未经慎重考虑就告诉女病人，他怀疑其患有癌症，因此致使该女病人患上了精神病，都认为有实行行为，但是不能客观归责。客观归责理论将实行行为概念形式化，会带来不合理的方面：（1）将因果关系降为纯粹自然的联系，而非实质的、社会意义上、规范上的联系，所以会得出不作为犯可能无因果关系，但客观上可以归责这种难以理解的结论。（2）对于前述案件，如果根据条件说，就必须认定实行行为不存在。再如，A企图溜进他人的车库盗窃汽车，主人B对他大喊一声，如果A在逃跑时摔断了腿，就不应该认定B有严重伤害A身体的实行行为，这样就根本不需要讨论因果关系，问题就会变得相对简单。在这个意义上，客观归责理论有将刑法问题人为复杂化的嫌疑。是否在犯罪论上坚持实质说，涉及到能否坚持构成要件观念，能否坚持法益保护原则，能否坚持罪刑法定主义这些根本性问题，所以在未来我国刑法学发展过程中，是十分要紧的问题。（

四) 加强对问题的思考 我国刑法学在体系构建方面存在不足，在对问题的思考方面，也存在“问题意识”不强，思路不清晰，视野不开阔，创新性不够的状况。所以，在未来，强调对问题的思考，具有现实意义。

1. 要加强对问题的思考，必须充分关注刑法思维的独特性 刑法思维自身的特点在于：

- (1) 客观判断与主观判断统一，但客观判断绝对优先。在认定犯罪时，需要首先考虑行为及其后果，再审视行为人及其罪责是否存在；反之，就会陷入刑法主观主义的窠臼。
- (2) 抽象判断和具体判断统一，但抽象判断优先。在对犯罪的各个要素进行分析时，必须从判断抽象的犯罪要素开始，在得出肯定结论后，进一步判断具体要素。
- (3) 一般判断和例外判断统一，但一般判断绝对优先。这一点在英美国家刑法中表现得特别充分，法官先判断是否存在行为、心理，在这一层次的判断完成之后，再考虑行为人是否有辩解事由。
- (4) 事实判断和价值判断统一，但事实判断绝对优先。上述这四对关系的统一，说起来容易，但在实际的研究中，如何贯彻这种思路，并不是一件容易的事情。

2. 要加强对问题的思考，必须注意协调刑法学和其他部门法学之间的关系 对很多犯罪的认定，涉及刑法学和其他部门法在对待同一问题上的态度差异问题，对于这种差异刑法学不能熟视无睹。例如，某一险种只有60岁以下者才能投保，但行为人故意隐瞒真实年龄，为不符合保险合同规定、年龄达到77周岁的母亲投保。5年后，被保险人身故，行为人申请理赔并获得赔偿的，如果要认定行为人构成保险诈骗罪，就需要处理刑法和保险法之间的矛盾。保险法第54条规定，投保人申报的被保险人年龄不真实，并且其真实年龄不符合合同约定年龄限制的，

保险人可以解除合同，并在扣除手续费后，向投保人退还保险费，但是自合同成立之日起逾2年的除外。在本案中，既然保险合同已经超过2年，按照保险法行为人理应得到赔偿，但是，按照刑法保险诈骗罪所规定的构成要件，行为人又的确有欺诈行为。此时，对案件的处理，就需要兼顾考虑刑法学以外的其他部门法的取向。对于某一种观点，只要其兼顾考虑了其他部门法学的要求，就应当在一定程度上肯定其合理性。例如，对于犯罪故意和过失的区别，有希望主义、认识主义、容认主义、盖然性说等学说。对于盖然性说，人们容易批评其不好把握，没有考虑行为人的意志因素等。但是，盖然性说明显有其合理性：过于注重探究行为人意志因素的希望主义、容认主义，都存在为了获取关于行为人意志因素的信息，而采取刑讯逼供或者其他变相非法手段，逼取被告人人口供的可能；认识主义完全不考虑行为人的意志因素，与刑法的规定可能不相符合。为了兼采希望主义、容认主义的合理之处，同时防止过分重视行为人意志因素的弊端，有效防止刑讯逼供，盖然性说提出了自己判断犯罪故意的主张。应当说，盖然性说的结论是否妥当还值得考虑，但是这种在思考刑法问题的同时兼顾其他部门法理论的路径是值得提倡的。

3. 要加强对问题的思考，必须注重对传统犯罪的深入讨论

对于刑法各论，理论上必须投入最大精力关注的是侵犯个人法益的犯罪。在进行对问题的思考时，我国刑法学也必须对侵犯个人法益犯罪的重要性有充分认识：（1）当今世界各国较为重视个人法益。最近以来的外国刑法立法（尤其是欧洲诸国）大有将个人法益置于优先地位的趋势，这突现了刑法解释学重视个人利益保护、尊重个人的侧面。在现行的

法国刑法、俄罗斯刑法中，个人法益被置于优先地位，规定在刑法分则的第一章。个人法益优先化的做法表达了特定时期一个国家的根本价值。这些根本价值必须得到充分保护，不肯定这些价值就要受到惩罚。（2）侵犯个人法益（人身、人格、行动自由、财产）的犯罪在实践中发案率最高，属常见多发的典型犯罪，杀人、伤害、强奸、抢劫、盗窃等犯罪乃是犯罪的常态，但就是这些发案率最高的犯罪，值得讨论的问题也就最多。尤其是在个人财富日益增加，个别人不法地追逐经济利益的方式花样翻新，绑架、抢劫利益、盗窃权力凭证等行为不断增加，这些现象都提出了传统刑法学从未面对过的新问题，正确解决这些问题，对于发展适应时代要求的刑法总论也大有裨益。（3）侵犯人身罪、侵犯财产罪总是容易和危害公共安全罪、妨害社会管理秩序罪等存在紧密关联，对传统的侵犯个人法益犯罪如果解释得不透彻，可能对整个刑法各论的发展存在很大影响。在我国现代化进程不断加快，工业生产规模扩大、矿山开采日益频繁、交通运输工具大量使用的今天，社会在客观上变得越来越充满危险，如何依据传统的过失犯罪理论，对各种责任事故犯罪进行准确认定，是刑法学回应社会需要，进行问题思考的重要环节。在对过失犯罪进行研究时，还需要注意对与过失犯相关联的问题进行通盘考虑。例如，对交通肇事罪进行处理时，就需要对共同过失犯的存在合理性进行判断。最高法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第2款规定，交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事者逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪共犯论处。但是，这一解释是否

合理，类似问题是否还有更好的解决方案，还有仔细研究的必要。学者明确指出，由于刑法规定共同犯罪必须是二人以上共同故意犯罪，在刑法明确否定过失共同犯罪的情况下，要赞成上述司法解释，是比较困难的[19](P.570)。我认为，对指使肇事司机逃逸的行为应以窝藏罪定性。窝藏一般以有形的方式实施，如为被告人化妆、换衣服、提供逃走的资金、提供伪造的身份证、假扮本犯站在司法机关追捕罪犯所必经的场所。但是，无形的方法也可以构成窝藏，例如，指使、劝告、怂恿犯罪人逃避的，将搜查的形式告知逃避中的犯罪者，对欲告发犯罪的第三人施加压力，也可以构成窝藏。交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事者逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，就是属于无形的窝藏行为。

4. 要加强对问题的思考，必须对西方刑法理论进行必要的质疑，同时进行必要的创新。西方刑法学已经形成了比较系统和合理的犯罪论体系，对很多具体问题的解释结论也是十分妥当的。在未来的刑法学研究中，我们必须借鉴和发展这些理论。在学习西方刑法学过程中，需要对西方今天占通说地位的个别理论进行质疑，而不能通盘接受，囫圇吞枣。例如，对于共谋共同正犯理论，在日本就有为数不少的刑法学者赞同，只是在肯定共谋共同正犯的理由上存在差别，分别有共同意思主体说（日高义博）、间接正犯类似说（藤木英雄）、包括的共同正犯说（前田雅英）、优越支配共同正犯说（大?仁）的差别。我国法院在处理案件时，也事实上承认共谋共同正犯理论。例如，A、B密谋抢劫妇女Z，并伙同S商议作案计划，查看作案地点、购买水果刀、绳子、背包等作案工具。后S因害怕而中途退出。数

日后，A、B来到Z住处，按照事先的部署，抢劫并杀害了Z。法院依据共谋共同正犯的理论认定A、B构成抢劫罪，判处死刑，S也构成抢劫罪，判处有期徒刑4年。但是，即使存在外国相关理论，也存在中国法院的实际判决，理论上仍然可以质疑共谋共同正犯理论将共谋的行为看作实行，违背了实行行为的观念？是否属于类推解释，从而违反了罪刑法定原则？仍然可以讨论是否可以找到替代共谋共同正犯的理论的问题，例如不将共谋行为解释为实行行为，以贯彻实行的观念，而将共谋行为与教唆行为同等看待，对共谋而不实行的人以教唆犯处理。刑法学对问题的思考除了要具备反思意识以外，还必须具有创新意识。应该说，刑法学发展到今天，理论体系蔚为大观，过去完全没有考虑到的问题，已经不多了。但是，这并不意味着今天的学者就不能创新。例如，行为人A拎着炸药包在公共场所抓住被害人的衣领，向其索要债务，引来很多人围观。警察见情况危急，果断扣动扳机将其击毙。事后查明：被击毙者当时所拎的提包内只装有毛巾，根本没有炸药。对于警察行为的处理，通常的思路是从假想防卫的角度加以考虑，即客观上A并未持炸药包讨债，不存在不法侵害，警察误以为有不法侵害而进行所谓的防卫。假想防卫的结局是：在防卫人有预见可能性时，成立过失犯罪；反之，则以意外事件处理。对于本案，可以认为警察对于行为人持假炸药包的事实无法预见，所以即使是假想防卫，也不构成犯罪。但是，在本案中，讨债者是否绝对没有不法侵害，大可质疑，因为其行为至少对被害人的行动自由有侵害，所以有构成非法拘禁罪的可能。如果承认存在A的不法侵害，就又需要讨论警察的防卫行为是否超过限度，从而构

成防卫过当的问题。但是，这类案件往往情况紧急，警察不到万不得已，不会开枪。一旦警察开枪导致不法侵害人死亡，事后又发现侵害人并无凶器，就对警察治罪，也使得警察承担了过多的“职业风险”，所以并不合理。在上述思路之外，能否形成一种新的理论，处理类似案件，是值得考虑的。我认为，可以采用对正当防卫成立条件进行整体判断的方法，来处理本案。通说认为，正当防卫的成立，需要具备以下条件：存在人所实施的不法侵害；不法侵害正在进行；防卫人具备防卫意思；[3]针对不法侵害者本人实施防卫；防卫不超过限度。理论上，对这五个条件通常是分别判断；站在何种基点上分别判断这些条件是否具备，过去的理论一般也不考虑。但是，实际上，正当防卫的所有条件是否具备，需要法官站在客观的立场，做事后的、整体的、假定的判断。换言之，防卫行为是否有必要，是否正当，需要将具有一般理解力、行动力的“理智第三人”放到事件当时的境地进行客观的观察，即假设有一个处于与防卫人情状相同的“理智第三人”，在行为当时，按照防卫人所处的实际情况，究竟会有何种反应？如果具有社会一般理解能力的第三人面临侵害，也会选择和防卫人相同的激烈反应，即使事后证明侵害人所使用的凶器为假，防卫人的防卫行为也具有正当性。在本案中，站在“理智第三人”的立场，在紧急情况下，就有充足的理由推定A当时所持炸药包是真实的，这样一来，存在由人所实施的不法侵害；不法侵害正在进行；防卫人针对不法侵害者本人实施防卫；对持炸药包在公共场所实施犯罪的人进行防卫，即使导致其死亡也不超过限度，从整体上看，正当防卫的条件是基本具备的。所以，警察并不因为A持

假炸药包而不能主张正当防卫。显而易见，一方面，任何一个理智第三人如果处于事件当时的特殊紧急情况下，同样也会和防卫人一样对炸药包的存在信以为真，同样会有极端反应。另一方面，并不确知炸药包为假的防卫人，完全不需要承担万一炸药包为假时所导致的对不法侵害人可能产生的风险，这种风险原本就应当由能够认识行为的社会意义的侵害者本人承担。【注释】作者简介：周光权（1968?），男，重庆市人，法学博士，清华大学法学院教授。本文首发于《政法论坛》2006年第2期，我对于王人博教授、于贺清先生的热情约稿，表示诚挚的感谢。[1]对此更为详尽的分析，请参见周光权：《无声的中国刑法学》，《清华法治论衡》第5辑，清华大学出版社2005年版，第149～153页。[2]对此的详尽分析，张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2004年版，第78～94页。[3]防卫意思要件对于正当防卫的成立是否重要，行为无价值论和结果无价值论对此还有争议。

----- [1]【日】山中敬一.刑法各论 [M].东京：成文堂，2004. [2]【韩】吴昌植，编.韩国侵犯财产罪判例[M].北京：清华大学出版社，2004. [3]【德】拉德布鲁赫.法哲学[M].王朴，译.北京：法律出版社，2005. [4]周光权.刑法讲义各论[M].北京：清华大学出版社，2003. [5]【德】卡尔·恩吉斯.法律思维导论[M].郑永流，译.北京：中国政法大学出版社，2004. [6]【德】雅科布斯.市民刑法与敌人刑法[A].徐育安，译.许玉秀，编.刑事法之基础与界限[C].台北：学林文化事业有限公司，2003. [7]【美】弗里德曼.选择的共和国：法律、权威与文化[M].高鸿钧，等译.北京：清华大学出版社，2005.

[8]【德】H·科殷.法哲学[M].林荣远，译.北京：华夏出版社，2002. [9] 吴经熊.法律哲学研究[M].北京：清华大学出版社，2005. [10] 曲新久.犯罪论体系片语[J].政法论坛，2003，（6）. [11]【俄】库兹涅佐娃、佳日科娃，主编.俄罗斯刑法教程（上卷?犯罪论）[M].黄道秀，译.北京：中国法制出版社，2001. [12] 张明楷.犯罪论体系的思考[J].政法论坛，2003，（6）. [13]【日】大?仁.刑法における新?旧两派の理论[M].东京：日本评论社，1957. [14] 苏力.也许正在发生??转型中国的法学[M].北京：法律出版社，2004. [15] 周光权.无声的中国刑法学[A].高鸿钧，编.清华法治论衡（第5辑）.北京：清华大学出版社，2005. [16] 周光权.犯罪构成理论：关系混淆及其克服[J].政法论坛，2003，（6）. [17] 张明楷.犯罪构成理论的课题[J].环球法律评论，2003，（秋季号）. [18] 屈学武，主编.刑法各论[M].北京：社会科学文献出版社，2005. [19] 张明楷.刑法学（第2版）[M].北京：法律出版社，2003.

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com