

如何学好刑法

——法教义学视角下的刑法规范的逻辑

杨春然

(青岛科技大学法学院, 山东 青岛 266061)

摘要:学好刑法学首先要掌握刑法法规内在的逻辑结构,这种结构既是规范的,也是实证的,其是法条本身演绎的结果,所反应的是实证法自身的思维。这种思维建构的基础就是行为规范与裁判规范的分裂、违法与责任的分裂、法与禁止的分裂、正当化事由与免责事由的分裂,尽管这种分裂可能存在着一些问题,但是对绝大多数刑罚法规而言,这种分裂是没有问题的。概念是刑法规范的外衣,表达着刑法规范的内涵与外延,这样刑法就会与民法发生联系,处理这种联系的路径直接关系到刑法的适用结果。因此,熟记概念永远是学习好刑法的前提。

关键词:刑法;规范逻辑;三阶层犯罪论体系;概念

中图分类号:D923.9

文献标志码:A

文章编号:1008-7699(2014)04-0090-09

从事刑法教学和研究多年,深感学好刑法不是一件容易的事,主要原因在于刑法的处罚过于严厉,其不仅会剥夺公民的财产、自由,甚至有时可以剥夺人的生命。基于此,为了限制或控制刑罚权的滥用,世界绝大多数国家都接受了罪刑法定原则。对该原则的承受,从政治上讲,宣布了国家权力的有限性;从法理上讲,刑法开始与非刑事法律相剥离,即其开始具有了独立性,或言之刑法各禁止开始具有了形式价值,这种形式价值甚至可与传统的法的基本价值相媲美,由此导致刑法开始形成一种自身的逻辑,尽管立法不自觉的时而冲击着这种逻辑,但这种冲击又在锻炼和强化着这种逻辑的力量:一方面,该逻辑使其贯穿法条和解释法条的能力变得更强、更有适应能力;另一方面,该逻辑为了迎合现实的需要而不断进行的各种修正,这又使得其显得狼狈不堪,甚至忘忽所以,悖离其初衷。尽管如此,要学好刑法须掌握这种逻辑,否则很难将刑法适用于现实。

一、刑法规范的逻辑结构

刑法的逻辑就是刑法法条或刑法禁止规范外在的形式逻辑。这种逻辑首先被德国的贝林格所发现,德国学界接受后,向东传入日本,再至中国;向西则传入西班牙,后至南美洲及非洲各国。海洋法系原本坚持判例法,不屑于此。然而,成文法出现致使学界不得不寻找法条自身的规律,特别是在上个世纪60年代,美国《模范刑法典》颁布,人们很容易看到该法典所采用的完全是大陆法传统的三阶层犯罪论体系,即违法与责任分离、总论与分论分离,这可能与其主要起草人弗莱彻尔一直是德国法的拥趸者有关。事实上,三阶层犯罪论一直是美国最高法院审理案件的思维模式,这早已是公开的秘密。这样,就出现了一个奇怪的现象,在德日西等国不断出现反对并要求修正三阶层犯罪论的声音时,英美等国更对贝林格的三阶层犯罪论体系青睐有加。当然,即使大陆法学者对传统的三阶层犯罪论体系再有什么异议,其刑法典的结构并未有什么变化。在笔者看来,批评者并没有提出更有效地解读刑法法条的方法,恰恰相反,批评者对犯罪论体系的修正往往背离规范法学,甚至打着更全面、更抽象的旗号,甚至使刑法理论误

人歧途,最典型的例子是社会行为论与人格行为论的产生与发展,彰显了学界为求全责备而忘记了现代刑法的初衷——防止司法恣意性。

当年,贝林格就像观察自然界那样,审视德国刑法的刑法典,经过 30 年的努力,他发现大部分刑法禁止规范都可以用以下公式表述,即任何人实施行为 X,则会受到 S 的处罚,但有一些特殊事由的除外。^[1]这种例外事由用 D 表示,于是:

$$S=X-D$$

这里的例外事由 D 结合普通法的犯罪结构,可称之为辩护事由,其在现实中一般是比较固定的。然而 D 的内部构成主要有两部份:涉及行为的,他称之为正当化事由或阻却违法事由,该部份包括正当防卫、紧急避险等,用 J 表示;涉及行为人的,他称之为阻却责任事由或者免责事由,该部份包括故意、过失、刑事责任能力、期待可能性等,用 L 表示。^[2]

$$D=J+L$$

这样,刑罚的公式就变成了:

$$S=X-J-L \quad (1)$$

X 的公约数、J 和 L 的内容以及 S 的公约数共同构成刑法总论的内容,X 的特殊性和 S 的特殊性构成刑法分论的内容,这就是刑法整个法条的内在逻辑框架,这也是刑法教学的框架。

式(1)代表的就是三阶层犯罪论体系。在这体系中,X 代表的是某一具体犯罪的法定定义,比如,我国刑法第 232 条规定的故意杀人罪:故意杀人的,处死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑。故意杀人的,就是故意杀人罪的立法定义,在日本称之为犯罪的该当性,符合此该当性的行为就是 X。行为与某一犯罪的定义相一致,也被称为行为具有符合性或者合致性。行为符合故意杀人罪的定义,行为并不一定具有不法性或不正当性,即行为还存在着正当性的可能,比如,行为出于正当防卫、紧急避险、上级命令等等,都可以使行为获得正当性。

行为缺乏正当性或具有不法性是处罚行为人的根据。然而,刑罚本身还有信息传递功能,其告知行为人自己和社会公众此种行为国家是不允许的,两者缺一不可。行为人获得这种信息是社会获得这种信息的前提和载体,这就要求行为人须自身有一定的理解能力,这种理解能力及其可能构成责任的内容,即刑法之报应功能是规范报应,并非是自然报应。L 所体现的就是行为人理解刑罚的能力及其可能性,或者将其称之为责任。责任缺失时是不允许以刑罚的方法将行为人污名化的,这就意味着其他的非刑罚之后果,行为人仍要承担,比如,民事责任、自然报应、被害人权利之行使等等。

二、三阶层犯罪论体系内在逻辑前提

刑法法规分成三个层面,这对刑法的规范性构建具有重要的意义。当然,犯罪行为的复杂性、语言表达的模糊性、立法技术的局限性以及立法过程中存在的偶然性,等等,这都使得刑罚法规总是存在着很多令人不满意的地方,然而,相对而言这并不能否定三阶层犯罪论体系更接近于刑罚法规的表现方式,为法律实证主义之贯彻有着举足轻重的意义。三阶层犯罪论体系之构建以下述理论为前提。

(一)刑法的裁判规范侧面与行为规范侧面相分离

众所周知,刑法既是行为规范也是裁判规范,换言之,刑法既是指导人们行为的标准,也是法官裁判案件的标准。在中世纪时期,这两个方面是合并在一起的,三阶层犯罪论体系促使刑法法规的这两个方面开始出现分裂,即行为规范与裁判规范开始出现所谓的“声音隔离”,^[3]具体表现在两者的构成要素不同。

行为规范是行为人的行为准则,其本身的价值在于指导人们如何选择自己的行为,从而获得塑造行

为模式的功能。就公式(1)而言, X-J 就是行为规范, 或者说对于这个区域内以外的行为, 人们是有实施的权利的。人们的行为在这个区域之内就是不法行为。但是 L 的构成要素则不属于行为规范的范畴, 理由有:

其一, L 本身蕴含着丰富的道德内容, 很难摆脱法官个人价值观的影响, 而法官的价值观与行为是没有关联性的;

其二, 不同于行为规范所涉及的要素, 行为人对责任要素所存在的主观态度不影响评价, 比如, 行为人误认为自己是 14 岁而从事盗窃行为, 实际上自己早已 16 岁了, 即使这种错误的认识多么合理或多么地具有不可避免性, 也不会影响对行为的评价;

其三, L 的要素均为主观要素, 立法者即使通过法条将其表达出来, 在实践中也很难切实地贯彻实施。比如, 我国刑法第 170 条规定, 明知是假币而运输的, 数额较大的, 构成运输假币罪。现在警方发现行为人的手提箱内有大量的假币, 行为人说这是他的一个朋友委托他将其运到北京的。此外, 警方还发现, 行为人为此收取了委托人 2 万元的巨额运费, 行为人在进站上火车时, 故意躲避火车站的检查; 行为人在接受委托时, 曾经向委托人问过“这里装的是什么?” 委托人回答: “你别问了, 知道了对你不好!” 那么, 由此能否认定行为人“明知”是假币而运输的呢? 事实上, 绝大多数法院都会得出一个肯定的结论, 这就是很多学者平常所说的“推定的明知”。而行为人却坚持自己是不知里面装的是假币。这意味着, 上述三个方面的证据只能证明行为人是“应知”的, 而“应知”不是故意的认定标准, 是过失的标准, 故意的标准里面的“明知”是个实然的, 而不是应然的。法院认定被告人对所运输的对象(即假币)是“明知的”, 在理论上是将故意的标准与过失的标准混同。

表面上看, 法院的这种做法是不妥的, 实则不然。故意与过失属于刑法裁判规范的侧面, 行为规范中的故意与过失仅具有形式意义, 并不存在实质的内容, 主要原因是证据法无法正面表达其存在, 即故意存在与否由法官依靠自由心证进行决定, 故其属于刑法裁判规范的内容。当然, 或许有人说故意的存在与否可以借助被告人的相关供述进行确定, 这种观点是不成立的。因为基于被告人不利于自己的供述而认定不利于被告人的要素存在, 这无疑是在惩罚“诚实的”犯罪人, 即鼓励犯罪人“撒谎”。也就是说, 行为人即使的确对自己携带的对象是不知的, 也仍然要承担故意的责任。这里的故意(有时是过失)并非行为标准而是裁判标准, 其适用的对象并不是行为人而是法官。当然, 最为典型的是法律错误。不管是大陆法还是普通法, 被告人对行为的法律性质产生认识错误, 通常是不免责的, 其主要原因是, 法律错误只能是裁判规范而不是行为规范。只有其具有不可避免性或者合理性时, 才有可能影响对行为的判断。尽管如此, 被告人不能在行为时明知自己存在着不可避免的法律错误, 成为选择不法行为的理由, 这与犯罪故意强调对违法行为和正当化事由的明知是不同的。

(二) 法与禁止的分裂

在德国法中, “法”(Recht)与“禁止”(Gesetz)是分开的。^[4]“禁止”是显性的, 体现为刑法分则中的各个刑罚法规; 而“法”是抽象的, 是禁止的上位概念, 体现了比禁止更高的价值。根据德国刑法典的规定, 违反“禁止”称之为“违法”, 而违反“法”则为“不法”。公式(1)中的 X 就是禁止, 而 X-J 就是法, 即法的范围更为狭窄。那么, 这种分裂究竟有什么意义呢?

首先, 有利于立法。法与禁止的区分, 可以使法条变得更加简单明了, 立法者只要简单地构建所要禁止行为的语义规范就可以了, 没有必要在每个法条中再考虑正当化事由(即 J)的问题了。尽管各个法条的正当化事由可能有很大的不同, 但是类型化的正当化事由却是有限的几个, 所以, 立法者在立法时, 可以将这种正当化事由作为公约数或者共同规则放在总论之中, 而在具体的刑罚法规中予以省略。这里需要提及的是, 对于绝大多数刑法规范而言, 都存在着正当化事由的问题。但是, 也有极少数刑法规范是没有正当化事由的, 比如, 我国刑法典第 247 条的刑讯逼供罪和第 248 条的虐待被监管人员罪等, 这两个法

条都属于绝对禁止,其本身就是“法”,是不允许有例外的。^[5]

其次,有利于使刑罚法规与证据法相联接。一般而言,刑事案件的证明标准是排除合理怀疑(我国刑事诉讼法第53条),证明主体是作为公诉人的检察机关或者自诉案件的受害人。但是,对于正当化事由而言,检察机关通常是没有举证责任的,被告人或辩护人承担举证责任,原因在于:其一,如果让公诉人证明,其证明对象则是“不存在正当化事由”,而这显然是个消极要素或者消极性的诉求,根据举证负担的分配规则,对于消极性的诉求,主张者一般是不负举证责任的;其二,如果由公诉机关举证,正当化事由不存在,在存在论上属于“无”,而作为客观存在的证据,在存在论上属于“有”,“有”无论如何都不能排他性地证明“无”的存在;其三,刑事诉讼的结构是个三角形:一方指控,一方辩护,法官居中裁判。主张存在着正当化事由,显然是辩护方的诉求,既然是辩护方的诉求,原则上就应由辩护方举证。不过,这里需要注意的是,由于辩护方并不拥有国家的权力与资源,因此,其证明标准并不需要达到排除合理怀疑的程度,只要达到优势证据原则即可。但是,对于判处死刑的案件却不能这样,如果被告人或者辩护人提出了存在着正当化事由的辩护,公诉方必须通过证据将其存在的可能进行排除。总之,从证据法的角度看“法”与“禁止”的区分是有必要的。

再次,有利于明确罪刑法定原则。所谓的罪刑法定是指刑法禁止规范(即X)及其相应的后果(即S)法定,J是不需要法定的。事实上,有很多的正当化事由并不是以法规范的形式而存在的,比如“被害人同意”“执行上级命令”“义务冲突”等等正当化事由,很多国家都未将其法律化,但这并不妨碍其为正当化事由而阻却行为的违法性。^①这就意味着正当化事由的立法规定与现实存在着很大的规范缝隙。如果按照我国刑法第3条的规定,法律规定犯罪的则应当定罪处罚,那么,在刑场上执行死刑的行刑人员都构成故意杀人罪,因为刑法第232条已经明确将杀人行为禁止,而刑法并没有在正当化事由的序列中将这种执法行为合法化,如果不承认这种正当化事由,势必会使我国有关死刑的诸规定之间存在着矛盾。其实,从字面上看,罪刑法定是指犯罪与刑罚的法定,正当化事由和阻却责任事由显然不属于这个范畴,即在法条逻辑结构中,只有X和S才存在着法定与不法定问题,罪刑法定原则与J和L是没有关系的。如果按照一些学者的观点,将X与J合并,即行为规范完整化,这是其优点,但是缺点也是非常明显的:一则忽视了刑法与证据法的关系;二则就是忽视了罪刑法定原则存在的空间。

最后,体现了警察权和行为自由的分离。行为符合X就表明国家有权对行为进行审查了,不管是德国为代表的大陆法,还是以英美为代表的普通法,通常是没有行政处罚之说的,行政机关既不能独立的、以惩罚的名义剥夺人们的人身自由,也不能剥夺公民的财产权,即使有个别国家(比如美国),行政机关可以处罚违法的公民或法人,其通常以惩罚性赔偿的方式进行,但其性质属于民事责任的范畴。因此,在民刑二元化的法律体系结构中,X实际上是在表达着国家权力的边界。行为符合X就表明国家可以对行为人启动警察权了。而(X-J)则从消极的角度表达着公民自由的范围,或者说公民有时是有违反刑法禁止的权力的,即国家的权力与公民的自由有冲突。一般而言,此时公民有证明自己有权触犯刑法禁止的权利的。如果将X与J合并,一则,使国家的警察权失去了客观依据,或者说存在着模糊国家权力的嫌疑;二则,很明显破坏了刑法规范自身所蕴含的证明规则,其很难解释正当化事由之存在为什么由被告人或辩护人承担,也很难解释为什么其证明标准采用优势证据原则,而不是排除合理怀疑。

(三)违法与责任的分裂

从表面上看,违法与责任之间是一种因与果的关系。从行为学的角度看,先有相应的心理随后产生相应的行为,即主观见之于客观;而从认识论的角度看,人们先看到客观,然后再认识其主观,即客观见之于主观。但是,主观与客观之间并非是一对一的关系,客观有时反映主观有时也不反映主观。这就意味

① 被害人同意、义务冲突、上级命令等,有可能是正当化事由,也有可能是阻却违法事由。

着,人们在判断时只能对客观的判断充满自信心,对于主观的认识,往往依靠生活经验进行推测。换言之,从证据法的角度看主观因素很难用证据表达,这有三个方面的原因:第一,探知他人心理态度是没有直接路径的,这表明法官不可能真实地了解他人行为的心理原因。人们对自己行为的原因是非常清楚的,这是由于人们可以通过反省的方式发现这种原因的存在。对于他人行为的心理原因,则无法通过反省的方式进行认识,其往往要按照另外一个不同的路径进行认识,即推理和解释。因此,这造成法官不可能切实地了解被告人的心理态度。第二,信息不对称是造成法官不可能知道被告人的心理状态的另外一个原因。^[6]第三,正是基于以上的原因,刑法的适用往往对心理要素持极为谨慎的态度,原则上应当以纯粹的客观因素为核心建构诸法律禁止规范。^[7]所以,现代人在尽情地批评自然行为论时,恰恰忽视了这个方面的原因,由此也导致了法律应当对主观要素与客观要素进行区别对待。

违法通常会引起责任的问题,但是两者并不统一,因为责任的本质是立法者通过一定的处罚向行为人本人或者社会传递一种否定或者谴责的信息。^[8]因此,在传统的法律体系中民事是不存在着责任说的,例如,德国将违反民法的后果视为是“债”,比如,合同之债、侵权之债、无因管理之债和不当得利之债等,其根据就是民法上的不利后果,并不存在着否定性的道德评价问题。但是刑法不同,违反刑法则存在着从道德的层面上否定违法行为的需要。这种道德评价显然包含着浓厚的主观色彩,因此,在理论上有必要将其与违法判断进行区分,这就是违法与责任分裂的根据。

违法原则上是客观的,责任是主观的,因此违法的认定优于责任的认定,前者是后者的基础,而后者是前者派生出来的。违法的证明需要排除合理性怀疑(例外的情况采用优势证据标准)的标准,因此,法律对其提出了更高的要求。而责任是主观的,其结论具有推定性或者或然性,只是一种大致的猜测,并不具有当然实质的意义。比如,刑事责任年龄对刑事责任能力的判断,完全是立法者的一种选择,本身并没有任何的实质意义,因为很难说一个年龄 16 岁的孩童对世界的认知能力高于 15 岁,之所以追究 16 岁未成年人的责任,而不追究 15 岁人的责任,并不是在现实中两者真的有什么不同,而是出于立法上的便宜。换言之,这种区别对于行为本身并没有多大的联系,但是并没有人会说这种不同的处理在法律上是不公平的。其实,责任的所有要素都具有某种推定性或者可能性,都很难有实证根据。以我国刑法典第 232 条的故意杀人罪为例,行为人的行为造成被害人死亡,完全可以通过物理或化学的方式,排他性地进行证明,但是行为人是否有造成被害人死亡的故意,则很难将其证明到排除合理怀疑的程度。这样,如果将我国刑事诉讼法第 53 条和刑法 232 条结合在一起,除非有被告人的正面供述(即自己有杀人的故意或目的),否则是很难在现实中认定故意杀人罪的成立,其原因是“故意”乃行为人的主观要素,并没有固定的客观外在载体以供他人识别。如前所述,法官对行为人主观心理的判断只能来自于推理或猜测,其绝对不可能排除合理怀疑。因此,故意要素与杀人要素在证据法上应当区别对待,前者的判断既要有客观有关联的事实予以反映,也需要法官个人的主观推测以及日常生活经验根据。再比如李某某强奸案,其辩护人要求公诉人证明被害人是不同意的,而且还要求这种证明须达到排除合理怀疑的程度。一则,不同意是个消极要素,应当有辩护人和被告人予以证明,即证明被害人是同意发生性行为的;二则,同意或者不同意是个主观要素,要求其证明达到排除合理怀疑的程度,显然违反了主观要素的判断标准。因此,客观要素与主观要素必须要区别开来,而区别的方式将违法与责任解构,让客观的行为面对违法,让主观的要素面对责任,毕竟责任本身就是主观要素汇集地。这样,违法与责任就开始剥离了。

在公式(1)中,X 其实就是犯罪该当性的内容,其语言形式就是刑法分则中的诸禁止性的法条。我们所说的罪刑法定原则,其实是说 X 和 S 应当法定,J 和 L 一般较为固定,法定不法定,除了具有司法指导作用外并不很重要,所以,很多刑法教科书都将被害人同意视为正当化事由(这种做法并不妥当,因为对很多犯罪而言,被害人不同意为犯罪的构成要件要素,比如盗窃罪和强奸罪)。刑法典并未明示被害人同意的刑法效果,但是,将其视为是正当化事由并不违反罪刑法定原则,也就是说,正当化事由(阻却责任事

由与之相似)并不局限于刑法所列举的几种,正当防卫和紧急避险是典型的正当化事由,除此之外还有很多。^[9]这样,刑法第3条(有关罪刑法定原则的规定)前半部分的规定并不可取,其显然忽视了刑法未曾罗列但司法实践中所承认的正当化事由和阻却责任事由的存在。

三、刑法外在的逻辑

刑法的内在逻辑指刑法法规自身及其与证据法的关系,而刑法外在逻辑则是体现在刑法与民法等部门实体法的关系上。如上所述,三阶层犯罪论的一大贡献就是将行为规范和裁判规范分离,对于裁判规范而言,其与行为人的行为联系较弱或者缺乏直接性。因此,刑法的外部联系是指刑法罚规或诸禁止规范与刑法的关系。这种关系体现在两个方面:规范之间的关系和概念之间的关系。但是,这两个方面之间有一定的联系。

不管在英美等国,还是德法日等国,实体禁止规范只有民法和刑法之分,并不存在诸如行政法或经济法之类的第三种规范,原因是民法和刑法的划分标准,不可能再分出第三种不同性质的规范来。从这个角度看,陈兴良教授所主张的大刑法主义是非常有道理的。^[10]民法与刑法的划分标准虽然受到诸如历史、宗教、经济、文化等诸多因素的影响,但在形式上,两者的边界却受制于目的,前者旨在于赔偿,而后者旨在于惩罚。事实上,民事程序法和刑事程序法也主要围绕着这一区别展开和构建。国外学界对惩罚性民事责任性质的探讨,充分地说明了这一问题。暂且把惩罚性民事赔偿放到一边,按照传统的标准,民法规范与刑法规范是有明显的区别的。然而,两者有何关系呢?换言之,民法规范能否成为刑法定罪量刑的根据?

学界根据刑法典分则中的空白罪状,认为民法(也包括所谓的行政法)可以成为定罪量刑的根据,这一点是没有问题的,不过这是立法选择,只是把业已存在的民法规范拿到刑法之中而已,即这里的民法规范已经变成了刑法规范。现在的问题是,刑罚法规所适用的概念是否与民法相同?这个问题非常重要,因为我国刑法在形式上采用的是成文法,即以概念的方式规定所禁止的行为的种类和特点。如果将刑法视为一个宏伟的大厦的话,概念就是垒成该大厦的砖,缺少了这些砖,这个大厦无法成其为大厦。但是,当这个大厦的概念包含着民法的元素时,该如何处理?

首先,刑法的概念与民法中的概念是不同的,前者应更为严谨且有更为固定的内容,原因是前者坚持罪刑法定原则,排斥习惯法的效力,而后者不同,由于是平等双方已有损失或可得利益的分配,故其概念的外延较为模糊。但从理论上讲却不是这样:一则,刑法是第二位法,或言之是最后的手段,这意味着刑法的很多概念是建立在民法的概念之上的,比如,财产犯罪中财物的范围及权利人的认定,在很多情况下都是民法适用的结果;二则,立法技术也不容许立法者抛开其他法律部门的已经“固化”的法律概念,另行设立一套新的话语体系,这不仅做不到,即使能做到了也会使刑法变得繁琐不堪,这不仅不利于立法,也不利于司法和学习。这样,从原则上讲刑法应建立在民法或者行政法基础之上,这意味着刑法与其他法在概念上有沟通,即其他法律所设定的概念之内涵与外延可适用于刑法。当然,这以刑法自身未予规定时为条件,如刑法亲身量定的概念,其他法律再为其定义,其效力仍以刑法为准。然而,对于刑法未予规定之概念,其他法之设定可否能完全适用?其实也很难给予一个肯定的或否定的全称判断。根据现有的判例和司法解释,刑法的概念与民法的概念存在着以下两种截然不同的情况:

其一,在一些案件中,刑法对民法的概念根本不予理睬,自行创设属于自己的概念体系,比如,行贿人将信用卡连同密码交付于行为人,在未转帐或变现的情况下,视为交付,所有权转移,行为人构成受贿罪的既遂。^①但根据民法,此时所有权主体并未改变,仍属于行贿人所有,此时,行贿人破产,如果无证据

① 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第8条。

证明行贿受贿的成立,信用卡项下的款项必然属于破产财产的范畴。再比如,行为人基于对民法的错误,误认为他人的财产为自己所有而占有,则不构成盗窃罪,理由是这里的民法错误阻却盗窃构成要件的成立,即此时的民法开始与刑法相剥离,民法的概念与刑法的概念失去了同一性,刑法的概念应自成体系,民法或者其他部门实体法与刑法之间,相互独立,其间并不沟通。

其二,民法的概念无所限制地进入刑法,使得民法成为刑法的组成部分,其最典型的例子是误认为幼童为胎儿而谋杀,原因是行为人对民法有关权利能力的规定不知或误解。然而,不管是大陆法,还是英美法均认为构成谋杀罪。在这里,民法又无条件地融入刑法之中,具体而言,刑法完全接纳了民法对人的“定义”。这种观点实质上是认为,各部门实体法的关系是相互通用的,它们之间的关系就像是它们与字典的关系一样。笔者认为,这两种观点均有不妥之处:首先,两者具有统一性。理由有:第一,从目的上看,刑法与民法的目的均是为了保护法益,即两者的任务相同,这决定了两者形式上必然有一定的一致性;第二,从法源上看,两者都同时受制于同一部宪法,这也决定两者之间是不能矛盾的,应当相互一致,共同完成宪法所赋予的任务;第三,从立法者的角度看,两者是同一个机构制定的。这样,既然两者的目的、任务和制定机构是相同的,其使用的语言必然具有统一性,因此刑法的概念与民法的概念具有一定的一致性。其次,刑法的概念与民法的概念又有区别,理由有:第一,刑法与民法的目的固然都是为了保护法益,但刑法与民法还有其他的目的,比如,证立刑法禁止的根据除了法益保护原则(德国法)或者伤害原则(普通法)之外,还有所谓的法律伦理主义(比如重婚罪的规定)和家长主义(比如毒品犯罪的规定)存在,但是法律伦理主义和家长主义不可能被民法所接受,因为民事诉讼法很难将其贯彻到现实之中,这就使得两者的概念不可能完全一致;第二,两者的法源虽然都是宪法,但是长期以来,各自均形成了自己独立的思维逻辑和形式价值,这导致两者的概念的内涵与外延必然会出现不同;第三,两者固然由同一立法机构制定的,但是起草人是不同的。立法者是一个机构并非是自然人,即机构的意思很难具有统一性,其思想通常受制于起草人,而民法与刑法的起草人是完全不同,或者说他们的专家团体是不同的,所以虽然他们源自于同一教育体系,但是各自的学科不同注定他们不可能对同一概念有相同的认识。因此,刑法的概念与民法的概念必然是不同的。基于以上三点,可以说,刑法的概念与民法的概念是有联系,但是又相互区别,两者之间绝不是一对一的等同关系,当然也不是彼此间相互独立、互不联系的关系。那么,如何理解两者的关系呢?要回答这个问题,必须从刑法与民法的关系着手。

民法与刑法之间关系,不管是大陆法还是普通法均认为,刑法是最后的手段,或者说两者虽然都有保护法益的任务,只有在民法不能完成这个任务时,刑法才能会出面干预。刑法与民法交叉模糊的区域为行政法存在的空间。^①一般来说,从严厉程度的角度看:

$$\text{刑罚} \geq \text{行政处罚} \geq \text{民事处罚},$$

从错误成本的角度看:

$$\text{刑法错误} \geq \text{行政法错误} \geq \text{民法错误}.$$

为了降低错误成本,就有必要严格限制刑罚的使用。当然,最直接的方法就是提高证明标准,另外一个方法就是缩小压缩刑法概念的外延,丰富、明了其内涵,这也是刑法坚持罪刑法定原则、刑法不适用习惯法的当然要求,其结果必然是刑法的概念应当远远小于民法的概念,甚至是行政法的概念。^[1]据此,可以得出以下的一个结论,即:

$$\text{刑法概念的外延} \leq \text{行政法概念外延} \leq \text{民法概念的外延}$$

当然,对于同一概念而言,如何在刑法或者民法中确定其内涵与外延,这要在实际情况中具体掌握。

① 笔者不承认“经济法”理由很简单,既然没有程序法,即经济诉讼法存在,也没有相应的程序或者证明规则支持其存在,谈论经济法不可能有什么现实意义。

例如,驾驶人过失致一人死亡,看到受害人身边有很多的亲友,担心停车救人使自己会受到人身伤害,于是继续前行一百多米到一个电话亭(当时手机尚未流行),打电话报警并详细说明了自已的情况。警方以交通肇事罪(逃逸)将其逮捕并转交检察机关提起公诉,法院认为被告人不构成犯罪将其释放,但是应向被害人的亲属支付30万元的赔偿金。肇事车辆已经办理了责任险,被告人要求保险公司支付这笔赔偿金,保险公司拒赔,理由是在保险合同中有这样一个免责条款,即“交通肇事逃逸的”保险公司免责。这个案件学界有不同的认识,有人指出,根据前面的不等式,警方认定为交通肇事逃逸,属于行政法上的交通肇事逃逸,但不一定是刑法上的交通肇事逃逸,所以法院有权不予认定。不过行政法上的概念外延小于民法,既然行政法承认其是“交通肇事逃逸”,民法当然也应当承认,所以保险公司当然有权拒赔。这种观点笔者并不认可,理由有:其一,刑法对“交通肇事逃逸”设置了加重处罚的规定,交通肇事逃逸之所以加重处罚,并非仅仅是其不救助被害人,更是为了达到惩戒责任人逃避处罚的目的。在本案中,被告人并不是为了逃避处罚而逃避现场,而是看到有人救助且自己参与救助,自己的人身有可能受到不法侵害,于是短暂地离开现场后报案,因此,其没有逃避处罚的目的存在,这不属于刑法中的“逃逸”。警方的事故责任认定书,在性质上是行政行为的结果,其构成检方追究行为人责任的一个条件,法院未予接受,表明法院是不承认该认定书的结论的,至少说该行政执法结论在行政法上成立与否,法院并没有表明自己的态度,这意味着此行政结论的效力可以待定的,因为行政认定或决定是没有终局性的,在现有的法律框架下只有司法才具有终局性。因此,被告人的行为是否属于民法上的交通肇事逃逸,由于民法对此并未有具体的规定,这是一个有疑问的问题。但是该保险合同是保险公司事先制定的格式合同,而合同法又明确规定,格式条款之解释有分歧应采纳非制定方的解释,因此这不属于交通肇事逃逸,保险公司是不能拒赔的。

刑法中的概念与民法中的概念是否等同,一般采用德国法中的外行人平行评价标准,换言之,通过将其等同于道德评价或等同于外行人用语的方式予以判断,即判断的结果为违反民法,并不一定等于行为具有刑事违法性。然而,这个命题并不具有可逆性,即民事合法行为不得被评价为犯罪。比如,被告人作虚假陈述,隐瞒其母的真实年龄(规定投保的最高年龄是60岁,被保险人实际年龄是63岁,投保人说是57岁)进行人寿保险,连续交纳4年保费后被告人母亲病故。保险公司以保险诈骗罪报案,警方立案,将投保人逮捕。这是否构成保险诈骗罪?根据保险法的相关规定,连续两年交纳保费的,即使该保险存有欺诈,保险合同仍为有效,被告人连续交纳了4年的保费,此行为在民法上变成了正当的行为,即不再是欺诈了,刑法能将其视为是诈骗吗?即民法上的欺诈与刑法上的诈骗是不是同一概念?根据《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉实施若干问题的意见》第68条,与刑法对诈骗罪以及其他特殊诈骗罪(比如,贷款诈骗罪、合同诈骗罪)规定相比较,不难发现前者是采用定义的方式,后者大都采用列举的方式或者以限定目的的方式(以非法占有为目的)进行界定,因此其概念要窄于民法,或者其应当是民法欺诈的下位概念。其实,从刑法的最后手段性上也能推导出这样一个结论:既然民法已经承认了其合法性,刑法就没有必要再将其评价为非法了,理由是:首先,欺诈属于合意性的民事行为,即其当事人具有相对性而不具有对世性,刑法对意思自治行为一直保持谨慎的态度,民法都不予否定的原因(撤销权的规定)是为了维护社会的稳定和现有的秩序,其原因应同样适用于刑法;其次,当事人这么长时间都没有发现欺诈,也足以证明这种“欺诈”对其并不重要,或者其对这种“欺诈”持一种容忍的态度。因此,更没有必要再用刑法进行控制了;最后,如果用刑法处罚被告人,而被害人又不能在刑事附带民事诉讼中获得赔偿,这种判决本身就具有矛盾性。

由此可以看出,刑法的概念与民法的概念之间并非毫无关系,但又不完全等同。在现实中,它们之间的关系,如果不能用上述不等式或者其他具体的法律规定进行解决的话,则可以诉诸于“可罚性”予以解决。但是不管怎样,要学好刑法必须要学好其他的法律,这是刑法最后手段性使然。当然,所有这些都离不开对刑法和其他部门法概念的掌握。

四、结语

刑法是概念法学,除了掌握其内部的基本逻辑外,首先要掌握其概念,随后结合概念进行判例分析。要想成为刑法专家或者刑事律师,还必须对刑法进行专题式的研究。但是,所有的这些活动都应当离不开证据法,这也是国内刑法学界在研究刑法时普遍存在的问题。刑法是规范法学,其坚持罪刑法定原则,即其形式价值是高于实质价值。如果有关刑法诸问题的学说不能落实到证据法上,这种观点永远属于理论的范畴,很难变成规范法学的一部分。

参考文献:

- [1]JESCHK H-H. Lehrbuch des strafrechts: allgemeiner teil [M]. Berlin: Ducker & Humboldt, 1988:220-245.
- [2]FLETCHER G P. Basic concepts of criminal law[M]. New York: Oxford University Press, 1998:93.
- [3]DANCOHEN M. Decision rules and conduct rules: on acoustic separation In criminal law[J]. Harvard Law Review, 1984 (97):625-677.
- [4]ENSCHEDÉ C J. Beginselen van strafrecht[M]. Deventer: Kluwer, 2008: 159.
- [5]杨春然,任培良.预防性酷刑:阻却违法抑或阻却责任[J].中国刑事法杂志,2013(3):28-40.
- [6]HARCOURT B E,FEINBERG J. On crime and punishment: exploring the relationship between the moral limits of the criminal law and the expressive function of punishment [J]. Buffalo Criminal Law Review , 2001(5):145-172.
- [7]SHAPIRA-ETTINGER K. The conundrum of mental states: substantive rules and evidence combined [J]. Cardozo Law Review, 2007(28):2577-2596.
- [8]ROBINSON P H. A theory of justification: societal harm as a prerequisite for criminal liability[J]. UCLA Law Review, 1975 (23):266-292.
- [9]AMBOS K. Other grounds for excluding criminal responsibility, in A. Cassese, P. Gaeta and J. R. W. D. James (ed.), The Rome statute of the International Criminal Court: A commentary[M]. Oxford:Oxford University Press, 2002: 1003-1048.
- [10]CHIESA L E. Normative gaps in the criminal law: a reasons theory of wrongdoing [J]. New Cairn. L. Rev, 2007(10): 102-141.
- [11]陈兴良.犯罪范围的合理定义[J].法学研究,2008(3):31-34.

How to Learn the Criminal Law: The Logic of Criminal Norms under the Juristische Dogmatics

YANG Chunran

(Law School, Qingdao University of Science and Technology, Qingdao, Shandong 266061, China)

Abstract: To grasp the inherent logical structure of criminal law regulations is the best way in learning the science of criminal law well. This structure is both normative and positive. The law itself is the results of the interpretation, the reaction is an positive method of thinking. The basis for this thinking construction is the behavior standard and norm of adjudication division, illegality and responsibility division, and law and prohibition division, justification and exemption division, although the divisions may have some intrinsic problems; however, for the vast majority of criminal laws and regulations, the divisions are out of question. Concepts are superficialities of the criminal law, expressing the connotation and extension of its norms, which is thereby related to the civil law. And the handling of the relation directly concerns the application of the criminal law. Therefore, a good mastery of concepts is the premise to learn well the criminal law.

Key words: criminal law; normative logic; three-class crime constitution theory; concept

(责任编辑:魏 霄)