

品鉴

立足刑法规定实现犯罪构成理论本土化

□陈忠林

近日,读上海政法学院刑事司法学院彭文辉教授所著《犯罪构成的经验与逻辑》一书,别有眼前一亮的感觉。在个人极其有限的经验中,应该是第一次看到将各主要的犯罪构成理论的本原与东西方文明的文化差异联系起来,并进行了全方位的系统考察。作者以中西方文化各自特殊性为本,诠释各主要犯罪构成理论体系在本体论、方法论、认识论、模式论、逻辑论以及本土化路径等方面的特点与形成原因,通过对内容丰富的相关资料的深入分析、高度概括,提出了许多令人深省的真知灼见。我相信,任何一个有心于犯罪构成理论研究的学者,认真阅读本书之后,得到的可能都不仅是对犯罪构成理论多方位的立体式理解,而且还会在个人整体知识的广度和认识的深度上有意想不到的收获。

现有犯罪构成理论之逻辑自治遗憾

其实,犯罪构成理论的本土化,也是我跨入刑法领域的初心。记得硕士在读期间,一位我景仰的刑法学大家到西南政法大学给我们讲刑法研究中如何运用各种工具书的经验。在谈话中,这位老先生感慨了对犯罪构成理论并不完美却又不得不用的无奈。我不禁问他,为什么不设法改变这种状态呢?他语重心长地说,“难啊,我们能想到的解决方法国外都研究了上百年的了,得到的似乎却是一个捉襟见肘,越来越混乱的结果”。我听后,心情难以平静。暗想,既然现有方法破不了局,为什么不走一条自己的路呢?在这样的心理支配下,我将硕士论文的方向变为“改造现行犯罪构成理论的探索”。决定抛开现有理论束缚,直接从生活中常见的现象入手,以我国刑法的明文规定为根据,用唯物辩证



法考察、分析犯罪构成各要件的实质及其辩证关系,提出了以犯罪主体要件为前提,以主观要件为核心,将“因果关系”“社会关系”之类非事实因素排除在构成要件之外等改造现行构成理论的设想。没想到,得到当时力倡以社会危害性为核心改造犯罪构成理论的曾宪信、江任天两位教授的极高评价。在意大利留学期间,自己对包括德、日、意等国刑法在内的现行犯罪构成理论的缺陷有了更进一步的认识,希望能有中国自己的犯罪构成理论的想法也更强烈。带着这样的心愿,我曾找过一位我国刑法学界影响较大的中青年学者,希望他能在犯罪构成理论上牵头带领我们走出一条自己的道路。很遗憾的是:这位令人尊敬的学长也给了我一个与那位我景仰的刑法前辈同样的回答。

为什么会如此?这个问题的答案可能有万万千,但如果从理论逻辑本身来考虑,其实也就是一句话:现有理论中没有一个逻辑上能够自洽的行为概念,或者说没有从理论上真正搞清楚究竟什么是刑法中的行为。众所周知,犯罪是一种行为,犯罪构成是犯罪行为的事实结构。如果不能准确理解什么是行为,怎么可能准确认定犯罪?如果不能准确认定犯罪,又怎么可能对犯罪行为的结构进行正确分析?

犯罪构成理论本土化应立足于中国刑法规定

要改变这种状况,其实也可以很简单。因为,中国有一部很好的刑法典。为什么中国的刑法

典是一部好刑法典呢?这里只说一件事实:中国刑法中不存在明显不应受刑罚处罚行为被规定犯罪,或者相反的情况。

中国刑法与德日刑法不同,存在自身的特色和优势。这里也只讲一个事实:德日刑法典中没有明确规定犯罪故意和过失的定义,更准确地讲,德日刑法典没有像中国刑法第14条、第15条那样,通过揭示故意和过失内涵的方式来明确规定故意和过失的概念。而德国刑法典之所以没有规定故意与过失定义的原因,不是立法者不愿意,而是认识上不统一。

一部好的刑法典,当然能为中国犯罪构成理论本土化提供更好的基础,但真正在理论上走出一条自己的路,还需要中国学者付出艰苦的努力。如何努力?这里只谈一个原则,一个一切理解适用刑法的活动都应该遵循的原则——罪刑法定的原则。至于如何遵循罪刑法定的原则,这里谈两点想法。

顾名思义,所谓犯罪构成理论本土化,首先应该意味着这个理论的基本概念和基本观点,应该是根据“我国与犯罪作斗争的具体经验和实际情况”,对我国法律的明文规定进行分析、概括、抽象的结果。换言之,犯罪构成理论的本土化,首先意味着这个理论的构建应该以正确理解、适用中国刑法的明文规定为中心,以中国刑法的明文规定为基本对象和最终判断标准;同时,这个理论的基本概念和基本观点应该以对中国刑法明文规定的抽象结果为基本内容,以中国人理解的或表达的形式。因为,如果相反的话,或者说这种理论不以罪刑法定的原则为指导,不以中国刑法的明文规定为分析、概括、抽象的对象,就不存在以这种分析概括抽象的结果为基本概念与观点的内容。这种理论与中国刑法的明文规定之间就不会存在相互对应的关系。运用没有这种对应关系的理论来解释法律,就不可能不在结果中塞进刑法明文规定没有的内容。如果运用这种理论来指导实践,罪刑法定的原则关于罪刑必须依照法律的

明文规定来定的要求,在逻辑上就会面临罪刑实际上是“由理论来定”的结果。至于不以法律明文规定为分析、概括、抽象对象和最终判断标准的理论本身,又怎么可能逃脱因学者歧见而“捉襟见肘”的宿命?

构建犯罪构成理论体系应区分犯罪的事实结构与价值属性

在犯罪构成理论本土化进程中坚持罪刑法定的原则,除应以中国刑法的明文规定为对象、为内容、为判断标准外,还应该正确处理犯罪的事实结构与犯罪的价值属性之间的关系。这里所谓“构成犯罪的事实结构”,是指刑法明文规定的犯罪行为必须包含的基本事实。而所谓的“犯罪的价值属性”则是法律明文规定的犯罪行为与他事物之间的联系,如四要件论中代表犯罪侵害之社会关系的“犯罪客体”,阶层论中代表犯罪与被侵害的整体法秩序之间对立关系的“违法性”。尽管二者都与犯罪行为之间存在密不可分的联系,但是,只有前者才是犯罪成立的必要条件,才可能独立成为犯罪构成的组成部分。后者不能独立成为犯罪构成要件,原因在于这些因素是一种人们关于犯罪构成事实的认识,常常会因人们的立场、学说、所处环境、观察问题的角度而得出不同的结论。将这种认识作为犯罪构成要件,就会影响整个犯罪构成内容的确定性。看看在四要件理论中,有多少具体犯罪的“客体要件”是没有争议的,或者三阶层论中的“违法性”这个概念的名称就有多少变化,诸如形式违法性、实质的违法性、客观违法性……就可知它们的内容多么难以捉摸了。由于犯罪构成是人们认定犯罪的理论标准,如果这个标准有一部分内容是确定的,那它还可能发挥正确认定犯罪的功能吗?

“犯罪客体”“违法性”等因素不应成为犯罪构成要件,不仅是逻辑上的必然,更是我国法律的明文规定。按照我国刑事诉讼法第6条

的明文规定,一切理解适用刑法认定犯罪的活动,都应当坚持“以事实为根据,以法律为准绳”的基本原则。这一规定,当然意味着不仅认定犯罪的根据应该是事实,而且认定犯罪的法律准绳也一定是从犯罪根据中抽象出来的事实为内容。例如,故意杀人行为,就是由刑法第232条及相关总则条文明文规定的事实构成。换言之,我国刑法中的故意杀人行为,就是指已满14周岁(具备特定情节已满12周岁)并能辨认并控制自己行为的人,在明知自己的行为会引起他人丧失生命的情况下,并且希望或者放任这种结果发生等事实构成的行为。在上述法条关于故意杀人的明文规定中,没有关于故意杀人侵犯的社会关系或者“违法性”等因素的内容。我国法律没有将它们规定为犯罪成立必要条件,除内容的不确定性外,同时也是因为这些因素只是犯罪构成事实的社会属性,只能是一种伴随犯罪构成事实的存在才可能存在的现象,只要犯罪构成事实存在,就根本没有单独证明它们存在的必要了。

既然谈到了故意杀人与违法性,自然有人会问:离开“违法性”等价值因素,那应该如何区别故意杀人等刑法规定的犯罪与正当防卫、紧急避险等排除社会危害性的行为呢?对这个问题,这里只能给一个最简单的回答:在正当防卫、紧急避险等行为中,不包含行为人“明知”,即行为人明确、具体、正确地知道“自己的行为会引起危害社会的结果”意识,而根据刑法第14条的明文规定,这种意识是任何故意犯罪成立的必要条件。

这里恐怕还需要说明的是:刑法所保护的的社会关系等犯罪的价值性因素,尽管不是犯罪构成事实的组成部分,但它们却是人们对犯罪事实的理性认识结晶,在刑法理论中具有揭示刑法调整对象,说明犯罪本质及危害程度,为国家制定刑事政策、划分刑法分则章节和确定具体法定刑幅度提供根据等重要作用。

(作者为重庆大学法学院教授)

清华萃

清华大学法学院教授程啸:厘清个人信息共同处理者民事责任



我国民法典和个人信息保护法没有区分控制者与处理者,因为区分控制者与处理者的实际意义很小,个人信息保护法继续使用个人信息处理者的概念涵盖个人信息活动的参与者。处理者就是指在个人信息处理活动中自主决定个人信息处理目的和处理方式的组织或个人,如果是按照他人决定的个人信息处理目的和处理方式从事处理活动的组织或个人,不是个人信息处理者,而是受委托处理个人信息的受托人。个人信息的共同处理者,是指共同决定个人信息处理目的和处理方式的多个处理者。他们对于处理目的和处理方式达成合意或者存在意思联络。因共同处理行为侵害个人信息权益而造成损害的,共同处理者应当依法承担连带赔偿责任,即依据民法典第1168条至第1172条的规定来承担连带责任或者按份责任。

中国人民大学刑事法律科学研究中心教授田宏杰:以犯罪化抑制非法组织代孕行为



代孕行为从诞生之初就一直饱受巨大伦理争议,各国立法和司法实践对此也态度不一。而因代孕引发的法律争端,不仅凸显了代孕问题的种种乱象和非法组织代孕行为的法益侵害性,而且使代孕问题日益成为我国人口政策调整所必须直面解决的时代课题。对此,一方面应有限许可合理的代孕需求;另一方面对危害严重的非法组织代孕行为应予以犯罪化。犯罪化的具体实施,应在构建完善的前置法律规范体系前提下,谦抑限定非法组织代孕行为的入罪范围,而在入罪定罪的当下,则应恪守罪刑法定的原则,运用现有刑法规定依法惩治关联犯罪,抑制非法组织代孕行为。

北京航空航天大学法学院副教授裴炜:保障刑事跨境取证中的数据安全



数据跨境传输是数据安全风险的重要成因之一,跨境数据取证作为网络信息时代打击犯罪的新常态,其中蕴含的数据跨境安全风险不容忽视。数据安全法第36条尽管关注到了这一特殊领域,但其一方面将司法协助与数据安全的批准机制混同,未明确境内单位和协助境外机构取证时数据跨境的具体安全审查情形及相应机制;另一方面该审查仅涉及跨境数据取证多种措施中应用范围最窄的一种,对于网上远程勘验、向网络信息业者调取等新出现的跨境取证措施关注不足。对于跨境数据取证中的安全审查和保障机制,其制度设计应当回归到资源性数据保护这一逻辑起点,基于跨境数据取证的双边性特征,在兼顾和平衡数据安全保障与有效打击犯罪的双重需求的前提下,根据不同跨境数据取证场景分析和化解其数据安全风险,并辅之以契合跨境数据取证需求的数据安全评估机制和高风险跨境预警机制。

(以上依据《法学家》《中国应用法学》《国家检察官学院学报》,任仕新编辑)

刑法溯及力以法律变更为前提

视角

□姜涛

随着刑法修正案的陆续颁布,刑法与刑法修正案适用的溯及力问题引起理论与实务界高度关注。刑法溯及力涉及新罪与旧罪之间的选择,依据我国刑法第12条的规定,若新增罪名的处罚轻于原有罪名的处罚,则适用新罪名,如刑法修正案认定犯罪,而刑法不认为是犯罪的,应当宣告无罪。刑法溯及力强化有利于被告人原则,不得溯及既往原则只适用于不利于被告人的刑法规范。其中,有关高空抛物罪规定的适用问题,是观察刑法、刑法修正案之间溯及力适用的重要窗口。

自刑法修正案(十一)生效之后,国内已有多起高空抛物案定罪处罚,

而因高空抛物被定罪的情况包括发生在刑法修正案(十一)生效之前的行为。

面对高空抛物行为,刑法修正案(十一)有无溯及力,这涉及高空抛物罪的比较对象问题。刑法溯及力的适用意味着比较不同刑法条文及法定刑,在两个或两个以上的刑法规定中选择一个最轻处罚。为此,法官必须首先将手头的案件对照多个刑法规定中的第一个法律条文来斟酌,然后,再思考第二个、第三个或其他所有刑法规定来认定犯罪人的犯罪事实,并科处刑罚。其中,新法与旧法的比较及其选择,以是否有利于被告人为原则:一是,按照旧法属于重罪,而新法为轻罪,则适用新法;二是,按照旧法属于轻罪,而新法为重罪,且按照新法的规定,适用旧法认定该类行为属于重罪没有错误的,则适用旧法;三是,按照旧法重罪,而新法为轻罪,且按照新法的规定,适用旧法认定该类行为属于重罪错误的,

则不能适用新法定罪处罚,而是要宣告无罪。当然,只有综合比较刑法、刑法修正案适用于具体案件中的被告人应判处的具体刑罚,才能得出正确的结论。

刑法溯及力发生的前提是法律变更而不是事实变更,其中法律是指刑罚所依存的整体法状态,而法律变更是指足以影响行为的可罚性的范围与其法律效果的法律、法令,因修正或废止而发生的变更,这种法律变更包括刑法法律的变更、补充空白构成要件的行政法规或命令的变更(填补规范的变更)等,仅当该构成要件内容之事实因法令修改而变更时,非法律之变更,如货币种类与范围的改变等;只有因法律的变更,导致法律见解发生变化时,属于法律的变更。若仅导致事实发生变化时,如对其他方法等兜底条款予以明确或细分出其他子罪名,则不属于法律有变更的情况,若导致事实发生变化时,如本评价为犯罪,现不评价为犯罪,

或本评价为A罪,现评价为侵害法益完全不同的B罪,则属于法律有变更的情况。

传统观点认为,如果刑法条文在行为实施之后,判决宣告之前被废除了,那么就应当宣告行为无罪,因为在这种情况下,处罚最轻的法律已经不是法律了。这个规则的意义在于,它恰当地表达了对行为人的保护不要求根据行为时的刑罚进行安排,判决时存在的法律评价应当作为刑法惩罚的基础。非常有争议的是,如果某种行为依据旧法所认定的、处罚更重的罪名A,已经被新法认定不属于罪名A,而是属于罪名B,且罪名A和罪名B具有完全不同的性质。也就是说,依据新法的规定,某种行为不符合罪名A的构成要件,此时,可否认定为依据旧法不成立犯罪而适用旧法而认定为无罪?笔者认为,这是刑法修正案带来的新问题,从修正案本身规定来看,对修正案之前的行为定性进行了修正,当依法认定为属于

行为时无罪。毋庸置疑,如果认可高空抛物为以危险方法危害公共安全罪所涵摄的行为类型,那么对发生在刑法修正案(十一)之前的高空抛物行为按照从旧兼从轻原则定罪无疑。相反,如果高空抛物并不是以危险方法危害公共安全罪所涵摄的行为类型,不构成以危险方法危害公共安全罪,属于刑法未禁止的行为,依据刑法当宣告无罪,此时对发生在刑法修正案(十一)之前的高空抛物行为按照从旧兼从轻原则定罪,就违背了刑法溯及力原则。

前后两个法律规定,如果包含的行为类型相同,但是前后法律对此的定性不同,具有不同的法律效果,自然也会发生溯及力问题。只是,前后法律对此行为的定性必须准确,否则也会带来对刑法溯及力原则适用的错误理解。

(作者为南京师范大学中国法治现代化研究院副院长、教授)

《人民检察》2022年第1期(1月上)要目

【习近平法治思想的检察实践】

持续完善落实检察机关领导干部办案制度 杨春雷 深化基础理论研究 促进程序法与实体法衔接 ——2021年民事诉讼法学研究综述 张卫平 曹建军

【法学专论】

我国刑事诉讼制度建构的定力和前瞻 樊崇义 检察指导性案例深度应用三人谈 劳东燕 刘晖 乐绍光

我国反有组织犯罪法律制度的重要发展 ——反有组织犯罪法的立法情况和主要内容 陈运鑫 马曼

检察机关支持起诉的制度改革与程序构造 ——以最高人民法院第三十一批指导性案例为中心 韩大元 刘茹洁 肖建国 丁金钰

【观察与思考】 民营经济高质量发展语境下行政检察监督研究 张相军等

【法治视窗】 德国刑事诉讼的最新改革 施鹏鹏 褚侨

《人民检察》2022年第2期(1月下)要目

【专稿】

职务犯罪如何适用认罪认罚从宽制度 朱孝清 最高人民检察院第三十二批指导性案例解读

【实务研究】

检察机关反恐维稳法治化常态化的实现路径 许永强 王宏平 韩晓峰 高锋志 尚垚弘

民间借贷案件的刑民协同监督研究 王宏伟 职务犯罪适用违法所得没收程序指导性案例的司法引领 王秀梅

【法律解释评析】 《人民检察院巡回检察工作规定》的理解与适用 侯亚辉 刘福谦 吴飞飞

【学术盘点】 为法律监督提质增效提供理论支持 ——2021年检察理论研究综述 谢鹏程 许慧君

与行政法治建设同频共振 ——2021年行政法学与行政诉讼法学研究综述 余凌云 黄味

【疑案精解】 冒用客户信息获取并兑换消费积分的行为如何定性 李翔 胡智强 侯婉颖

【观察与思考】 “冒用客户名义”行为对盗骗交织案件定性的影响 曲新久

【观察与思考】 九十年人民检察发展历程的经验启示 闵钊 赵丹 张薰尹