

# 建构与中国现实更相适应的刑法理论

## 品鉴

周光权

写作《刑法学的向度——行为无价值论的深度追问》一书的初衷,是对行为无价值论的基本逻辑进行思考和梳理,为我国刑法学的长远发展积累素材。

这本书的第一版于2004年由“中青年法学文库”出版;第二版于2014年转由法律出版社出版。从本书初版到这次的第三版,二十载转瞬即逝。其间,中国刑法学取得了实质性发展,我对刑法学很多问题的思考也有巨大转变。

在本书第一版中,我思考行为无价值论,并不是一开始就从二元论切入的,我最开始感兴趣的还是行为无价值一元论。因此,本书第一版的分析基本以行为无价值一元论作为起点。按照本书第一版的思考逻辑,由于犯罪人通过其具体行为宣告规范无效,刑罚就有必要反证行为人的“宣告”不值一提,并进一步维护规范效力,重建遭犯罪所破坏的规范信赖。在这个理论构架中,法益概念基本没有存在价值,因为,规范自成系统,在一个被规范性地理解的社区里,犯罪不是因果流程或自然意义上的行为事实,而是一种规范性的意义表达,法益是规范性意义系统之外的东西,其对于规范运作而言并不重要。与此相对应,刑罚的任务是维护规范效力,其通过将令人失望的举止定性为错误,进而对被告人进行惩罚,使人们维持其规范期待和保持信赖,即“刑罚的功效在于,从另一方面与对具有同一性的社会规范对抗相对抗……刑罚不只是一般维持社会同一性的工具,它已经是这种维持本身”。这实际上是完全从系统自我维持的意义来理解犯罪和刑罚。

在本书第二版中,我逐渐将基本观点在总体上朝着行为无价值二元论的方向进行修改、调整,对犯罪本质的认识中含有对法益侵害予以重视的成分,但也肯定了行为违反规范或者对由规范所保障的期待有所干扰,使规范的期待落空这一点。

经本次修订后,我仍然维持了对于行为



□在本书第三版中,我尽量想朝着确保犯罪的现实形象不被冲淡,以完成刑法的社会治理任务的目标用心着力,对各个章节的内容都予以改动,据此展示理论的回音,增强其实践理性,同时提升刑法学自身的反思能力,增强其批判精神,确保刑法适用的基本立场妥当,从而建构与中国立法、社会现实、司法状况、法律文化相适应且更具有说服力的理论体系,稳步推进我国刑法学研究的自主创新。

规范重要性的论述,肯定“失范”会对社会带来灾难性后果,重视规范对于社会存续的重要意义。

### 规范对于社会存续的重要意义

之所以坚持这点,与我社会的理解有关,也与我的阅读兴趣有关。我承认,有些文学作品对我思考刑法问题产生了深刻影响。在这里,我需要特别提一下诺贝尔文学奖获得者威廉·戈尔丁创作的长篇小说《蝇王》。

该书借小孩的天真来探讨规范的意义以及人性善恶等严肃主题。故事发生于假设的未来第三次世界大战的一场核战争中:一群6岁至12岁的儿童在撤退途中,因飞机被击落,孩子们乘坐的机舱落到一座世外桃源般的、荒无人烟的珊瑚岛上。岛上有充足的淡水、丰富的食物、湛蓝的海水和绵长的沙滩,呈现出一幅如亚当和夏娃栖息的伊甸园一般的图景。在这样一个与世隔绝的生存环境下,充满新鲜感的孩子们开始了新的生活。起初孩子们身上还带着文明社会的习惯和印痕,还能够按照文明社会的理性和秩序来运转他们那个“小社会”,大家都能够和睦相处。后来,这群孩子逐渐失去了文明世界的理性和秩序的约束,脱离了原来的行为规范,没有了互助合作,完全堕落成一群嗜血的“野兽”。权力争斗的愈演愈烈及欲望和责任的冲突很快使孩子们最初建立的文明有序的社会走向分裂,恶的本性膨胀起来,孩子们变成了野蛮人,互相残杀,发生了悲剧性结果。故事最后在野蛮中结束,在故事的结局处,荒岛已经呈现出这样一幅悲惨凄惨的景象:“海岛已经全部烧毁,像块烂木头。”这一文学描述既

呼应了涂尔干有关人类本性和社会规范效力的观点,也与雅科布斯关于刑法承担着维护规范效力的任务的主张相暗合。无视行为的规范违反性,不重视通过惩罚维持规范的效力,刑法学的说理始终可能存在一定程度的缺陷。

在肯定规范论的同时,我也试图实现某种折中,在很大程度上重视犯罪的现实及问题的具体解决,逐步放弃纯粹规范论的立场,从而与方法论个体主义相亲近。近年来,我越来越认识到,刑法教义学的实践性越强,其可验证性就会越强,可信度就会越高。实践导向的刑法教义学与可感性、可视性、可接受性直接挂钩。刑法教义学必须将客观上可把握的事实作为观察对象,直面真实案例和实践问题,顾及社会发展状况,注重对实务难题的具体解决,才能增强其判断基础的可靠性;刑法教义学必须建构可以多层次、多角度检验的体系,展示犯罪判断过程,才能增强其思考过程的可视性;刑法教义学必须易于为司法实务人员所理解,使裁判结果符合一般人的社会生活经验、获得公众认同,才能展示其结论的可接受性。为满足可感性、可视性、可接受性的要求,刑法教义学就不能抛弃法益概念,不能仅对概念、抽象原理进行罗列。刑法学者在从个案中获得丰富素材之后,将问题的解决置于体系性思考框架中妥当地进行处理,就是为建构具有实践导向、符合现实主义要求的刑法教义学做贡献。顾及包括法益侵害在内的事实是刑法教义学的基础,解决难题则是其归宿,纯粹规范论的刑法教义学的存在意义有限,不宜将刑法教义学的科学性与实践性对立。

在本书第三版中,我尽量想朝着确保犯罪的现实形象不被冲淡,以完成刑法的社会治理任务的目标用心着力。立足于这一点,我几乎对各个章节的内容都予以改动,据此展示理论的回音,增强其实践理性,同时提升刑法学自身的反思能力,增强其批判精神,确保刑法适用的基本立场妥当,从而建构与中国立法、社会现实、司法状况、法律文化相适应且更具有说服力的理论体系,稳步推进我国刑法学研究的自主创新。为实现这样的目标,我所看重的刑法学就一定是极其重视法益侵害性的行为无价值二元论,且对很多具体问题的分析、解决和结果无价值论基本没有差异。

### 中国社会的犯罪与规范违反说

不过,必须承认,无论我作出何种努力,也只能对本书进行一定程度的“修修补补”,而不可能是推倒重来。为了使刑法思想合理化,我对作为刑法规制对象的犯罪尽可能从存在论的角度进行恰当把握。但受制于本书第一版和第二版所铺就的“底色”,第三版仍然呈现出很多接近于行为无价值一元论的论述。对于“修订”给作者所设定的限制,想必读者也大致能够理解:如果有根本性的改动,就是重写一本新书。那是一个大目标,而不是对作品的修订。好在我很快要对《行为无价值论的中国展开》一书进行修订,我对行为无价值二元论的全面理解,在那本书中会有更为充分的展开。

感谢读者的厚爱,使我有机会对20年前出版的作品多次进行修订。一而再、再而三地修订本书,也让我很看重本书。一方面是因为蔽帚自珍,另一方面也因为我确实觉得对行为无价值论的缘起进行梳理是有益的。不过,话说回来,对自己的作品进行修改,并非易事,既耗时费力,又可能将最初版本改得“面目全非”。

(作者为清华大学法学院教授、博士研究生导师)



## 集萃

### 中国人民大学法学院教授田宏杰: 犯罪过失客观化会不当扩大犯罪范围



犯罪过失客观化论虽然从研究范式转型、刑事政策目标、故意犯罪和过失犯罪的构造差异、准确认定业务过失犯罪、在监督过失中实现主观归责等方面提出了理据,但是犯罪过失客观化不仅在理论上有所可商之处,而且在实践中潜藏着风险。在理论层面,犯罪过失客观化会削弱刑罚的谴责功能,其抽象一般标准难以维持,并与信赖原则的法理存在冲突。在实践层面,犯罪过失客观化放大了过失犯认定的结果责任倾向,导致出现大量的“将行政违法视为犯罪过失”“将违反公司内部管理规定视为犯罪过失”的现象,造成过失犯的处罚范围不当扩张。犯罪过失的认定思路应当是“客观事实→主观心态→规范评价”,探寻行为入主观心态的步骤不应被省略。在认定行为人的注意义务时,无论行为人的能力高于一般人还是低于一般人,都应当以特定情境下的行为入能力作为标准。在此意义上,犯罪过失客观化的反思实际上是对“违法是一般的,责任是个别的”这一命题的反思。这有利于推动刑法学中的客观主义与主观主义之争走向深入,从而构建中国自主的刑法学体系。

### 华东政法大学刑事法学院教授姜涛: 确立“明确优于不明确”的适用规则



刑法的明确性是罪刑法定原则的基本要求,也是宪法上法律保留原则的子系统,包含着“明确优于不明确”公式。这一公式揭示了法条竞合中特殊刑法适用规则,可以有效破解口袋罪之扩大适用的难题。基于构成要件明确性原则,当口袋罪与具体个罪均涵摄某种行为时,应优先适用明确的具体罪名。以“明确优于不明确”公式,可以化解罪数理论所不能解决的口袋罪与具体个罪之间的法条竞合难题,使法条竞合规则创新发展成为“特别优于一般法”“重法优于轻法”“明确法优于不明确法”的三元格局。基于口袋罪适用中的常态扩张难题,刑法教义学需要确立“明确法优于不明确法”的适用规则,以使口袋罪的适用形成一种“倒金字塔结构”,并根据口袋罪之保护法益的分级,正确确定“明确优于不明确”公式适用的例外情况,严格限制口袋罪的适用范围。

# 检察公益诉讼体现了最有利于未成年人原则

## 视角

宋远升 姚晓东

英国诗人约翰·多恩曾指出:“谁都不是一座孤岛,自成一体;每个人都是广漠大陆的一部分,都是无边大海的一部分,如果你朋友或你自己的庄园被冲掉,也是如此。任何人的死亡都使我受到损失,因为我包孕在人类之中。所以不要问丧钟为谁而鸣,它为你而敲响。”这说明,一国甚至人类社会的成员从宏观范围内利益可能是互相牵连的。当某种重大公益受损时,可能相当大范围内的社会成员都是受害者,这也是建立公益诉讼制度的价值所在。这不仅针对成年人,对于天然具有弱者身份的未成年人更是如此。从这个意义上而言,公益诉讼制度是一种为保护众多社会成员切身利益而确立的法律制度。公益诉讼是国家的义务,也是相对弱小者获得救济的一种法定权利。未成年人作为最需要救济的群体之一,这项国家性救济就不应忽视未成年人的存在,由此使得公益诉讼制度横跨未成年人领域成为必然。可以说,通过公益诉讼制度来保护弱势群体,从而平衡社会利益,属于现代法治国家的应有之义。

### 从公益诉讼到未成年人检察公益诉讼

公共利益是在特定历史条件下社会成员需求中的不特定多数人的利益。公益诉讼基于“公地悲剧”而发动,公共利益或者公益诉讼就是“公地”的具体形式。现代公益诉讼制度主要是指在国家利益及社会不特定多数人利益包括特殊人群利益被侵犯时,诉讼代表人或适格主体基于维护这些公共利益而启动诉讼的制度。在我国,一般而言,公益诉讼针对的是环境污染、食品药品侵害等方面,这是为了弥补这些公共领域中被侵权者的弱势地位而采取的经济性法律行动,从而实现其与侵权者相对平衡的地位。

公共利益与未成年人利益具有一致性。未成年人利益与社会整体利益并行不悖。在现代社会中,未成年人利益是一个国家的基础利益之一。公共利益具有一个社会整体利益公约数的性质,未成年人利益则是这个公约数的重要组成部分,也是大多数人共同利益中不可或缺的内容。只有实现了对未成年人利益的保护,公共利益的实现才是完整的,才能成为巩固整个社会的纽带,这也是社会全体成员的基本价值追求。但是,传统公益认定中却没有延伸到未成年人保护领域,其保护范围相对狭窄,因此,对未成年人利益的维护付诸阙如。

我国通过2017年民事诉讼法和行政诉讼法的修改,将公益诉讼制度以立法的形式予



□未成年人检察公益诉讼属于司法参与社会治理的一种重要制度,通过这种制度,检察机关可以将自己的监督积极地延展到未成年人公益保护领域,从而更加有效地落实最有利于未成年人原则,实现未成年人利益的综合及全面保护。

□检察权启动应当具有谦抑性,在相关主体不能及时履行职责时,检察机关可以建议民政机构或者未成年人救助部门向法院提起申请撤销监护人资格诉讼。

以确认,但是,这些法律中的公益诉讼范围并没有涵盖未成年人。在司法实践中,公益诉讼制度也仅针对环境污染、食品药品安全等侵害消费者合法权益的民事领域,生态环境和资源保护、国有资产保护、国有土地使用权出让等行政领域。但是,无论出于最有利于未成年人原则,还是国家亲权思想,抑或是公益诉讼的本质意旨所在,都不应忽略未成年人公益诉讼。

针对上述问题,我国在未成年人保护法第106条中确立了未成年人检察公益诉讼制度,从而在立法上为这项特殊诉讼制度提供了正当性根据。同时,在未成年人保护法的立法目的中明确提出了“培养担当民族复兴大任的时代新人”要求。因此,可以看出未成年人利益在国家利益实现中的重要性。毋庸置疑,未成年人检察公益诉讼是检察权参与国家治理并与国家治理同频共振的一种新样态,彰显了其在国家治理中的重要意义。

### 未成年人检察公益诉讼的价值

未成年人检察公益诉讼体现了国家亲权思想。国家亲权是指国家在特殊情况下,可以作为补充监护人帮助社会个体,其意旨是指国家应确保其成员的安全生存权利。这对弱者权利保护尤为重要,是国家作为家长来履行保护弱者的职责。根据国家亲权思想,在未成年人利益受损时,如果难以通过其他救济路径予以保护,国家应当成为补充监护人,借助监护权予以干预和保护,从而帮助未成年人摆脱不利境地。对于未成年人而言,其是社会成员中不可或缺的部分,对其利益的保护无疑属于社会公共利益的组成部分。因此,国家亲权思想是公益诉讼贯穿未成年人保护领域的理论基础及桥梁,属于未成年人检察公益诉讼的基石性价值理念。

在我国,由于受传统思想的影响,未成年人属于家庭,其权利合并于家庭之中。同时,由于未成年人天生弱势,缺乏表达权利受到损害的能力,虽然形式上各种机构对其都负有保护职责,但是,实践中却可能因为职责不明而成为“公地悲剧”的典例。根据国家亲权思想,未成年人监护具有公法化与社会化之特征,保护未成年人利益是国家及社会的当然义务。在监护人未能履行监护义

务之时,国家就可以直接将此义务予以接管。因此,在国家亲权思想及国家监护制度中,未成年人检察公益诉讼制度是直接内含于其中的,这和未成年人保护的公益性直接关联。同时,这也是未成年人保护法中规定公益诉讼制度的深层原因,从而在立法方面确立国家承担的亲权责任。

未成年人检察公益诉讼体现了最有利于未成年人原则。儿童最大利益原则被规定于联合国《儿童权利公约》第一部分第3条中,意指在作出影响儿童利益的决策时,必须考虑儿童的最大利益。我国作为该条约的签字国,根据条约应当践行的要求,将最有利于未成年人原则贯彻于未成年人检察公益诉讼中毫不意外。未成年人公益诉讼是一项维护未成年人利益最大化的专门制度设计,具有刚性特征,可以最大程度地防止相关机关或者个人在保护未成年人利益方面的疏忽与懈怠。可以说,未成年人检察公益诉讼契合未成年人特殊的生长规律,兼顾了检察监督与未成年人保护。这是因为,对于未成年人而言,其天生处于弱势态势,即使自己权益受到损害也可能并不知情。如果相关机关不能给予及时和充分的保护,未成年人利益保护就会留下漏洞。未成年人检察公益诉讼属于司法参与社会治理的一种重要制度,通过这种制度,检察机关可以将自己的监督积极地延展到未成年人公益领域,从而更加有效地落实最有利于未成年人原则,实现未成年人利益的综合及全面保护。

检察机关通过未成年人公益诉讼成为未成年人保护的“最后屏障”。未成年人保护具有特殊性,其往往涉及不同机构的保护范畴。这是因为,未成年人的利益并不是多方面的,而是贯穿生存权、发展权、隐私权等多个领域,在对这些利益进行保护的过程中,各种相关保护机构可能会出现“九龙治水”的问题,从而为未成年人保护留下缺失之处。易言之,对于相关未成年人保护机构而言,其对未成年人保护具有共同的职责,但是这种共同职责却可能会导致互相推诿现象。这意味着,尽管存在众多职权交叉的未成年人保护机构,但是,由于存在职责界定不明确的问题,可能导致全部有责而全不负责的尴尬境地。相比较而言,检察机关具有总括性、后置性及监督性,因此,这能够

各个未成年人保护机构的关系沟通起来,并且能够从总体上督促及贯彻对未成年人利益的保护。

### 未成年人检察公益诉讼的原则

(一) 辅助性救济原则。未成年人检察公益诉讼应当符合辅助性救济原则,即只有在其他救济用尽的情况下才予以实施。之所以如此,这是因为,在监护权案件中,如果监护人涉及监护侵害行为的情形,在撤销监护人资格时,撤销权诉讼应当由未成年人及其临时照料人优先行使,在相关主体不能及时履行职责时,检察机关可以建议民政机构或者未成年人救助部门向法院提起申请撤销监护人资格诉讼。此外,未成年人利益的保护机关并不只有检察机关,还有其他专门的行政机关。如果检察机关过于积极主动,势必躬亲,那么,将可能阻碍其他机关的救济路径。这不仅会扰乱其他救济方式,导致这些救济路径的失灵,也会不利于未成年人利益最大化的实现。

同时,未成年人保护涉及专门领域及专门机构,一般具有很强的专业性,因此,除非确有必要,检察机关对未成年人利益的保护应属于辅助性或者后置性措施,不可过于积极。未成年人保护法第106条规定,未成年人合法权益受到侵犯,相关组织和个人未代为提起诉讼的,检察院可以督促、支持其提起诉讼。该条规定就有检察机关在未成年人利益受损时应遵循辅助性原则之意。其实,这和法国《民事诉讼法》规定的“主当事人”或“当事人”具有相通之处,即检察官除非有法律规定的特殊情形,其是作为“当事人”参与诉讼的,更多的是起到了一种监督及协助的作用。易言之,检察机关在涉及未成年人利益保护中,应考虑介入的必要性,应在相关机构怠于或者不能积极行使职权时才能发动。

(二) 互相配合原则。正是由于未成年人检察公益诉讼的辅助性救济原则,这也决定了检察机关在介入公益诉讼时,并不能脱离于其他相关行政机关之外。相反,检察机关需要与相关行政机关配合,这是保证其实现未成年人公益诉讼目的之关键所在。这是因为,最大限度保护未成年人利益是一项普遍性的法律救济原则,并非检察机关的专有义务,也是行政机关的职责之一,其共同维护未成年人的利益,二者不是对立的关系,而是互相配合的关系。基于此,检察机关应当加强与相关行政机关的沟通协商,重视配合。

从未成年人保护法的立法精神观之,未成年人保护是家庭、学校、社会、政府、司法等多个机构的共同职责,这是一项各个相关部门之间密切协作的系统工程,只有互相配合,才能确保未成年人权益保护效果的最大化。

(作者分别为华东政法大学教授,山东省临沭县人民检察院检察长)

### 北京大学法学院教授车浩: 法律适用存疑时应“能解释,尽解释”



当法律的适用结果存疑时,应优先更新解释论而非非启动立法论。未穷尽现行法的解释空间之前不轻言修法,是法教义学及其背后的法治立场的基本要求。随着时代变迁,严惩收买被拐卖的妇女儿童的立法,在理论上将收买被拐卖妇女儿童罪解释为强奸罪、非法拘禁罪、故意伤害罪等后续犯罪的预备犯,特别是在实践中把握收买型强奸与普通强奸之间的差异,有利于降低证明难度,实现数罪并罚。当报应刑的正义性可以被解释论满足时,修法的理由就如只剩下能否显著提高预防效果。但是,收买被拐卖妇女儿童的特殊性使得修法能否跨越法律认识、理性选择和盈亏权衡的三重障碍发挥威慑作用存在疑问。作为社会治理体系中的一环,基层执法的问题及其因策略,应在立法法中平衡同步考量。摒弃立法方法论的执念,重视行动中的法律,追求女性权益保护的实效而非口号,是立法者应当秉持的责任伦理。

### 中国政法大学副教授迟颖: 优先适用尊重被监护人真实意愿原则



民法典采纳替代决策的监护模式,成年人法定监护制度与行为能力挂钩,以被监护人的最佳利益为原则而忽视其真实意愿。作为联合国《残疾人权利公约》的缔约国,我国为贯彻该公约第12条“法律面前人人平等”原则,亦应像多数缔约国那样,摒弃替代决策模式,采取协助决策的监护模式,并将尊重被监护人的真实意愿作为成年人法定监护的核心和基础。为此,应采用解释论的方法,通过对民法典第35条第3款进行目的性扩张解释,提高认定无行为能力行为的标准,在扩大限制行为能力人可以独立实施法律行为范围的基础上适度放宽认定限制行为能力的标准,并允许能够表达自己意愿的成年人获得监护保护可以直接向法院申请被认定为限制行为能力人。在监护人的选任和监护职责履行的过程中优先适用尊重被监护人真实意愿的原则。

(以上依据《政治与法律》《现代法学》《清华法学》《中国刑事法杂志》,陈章选辑)