

刑法的目的与犯罪论的实质化

——“中国特色”罪刑法定原则的出罪机制*

刘艳红

内容提要：刑法的社会保护机能应由刑法目的与任务决定，刑法的人权保障机能则应由罪刑法定原则赋予。《刑法》第3条“中国特色”的双向表述，使刑法目的、任务与罪刑法定原则各自应承载的刑法机能被混同和单一化为社会保护，并由此注定了刑法人权保障机能的先天缺失。针对体现入罪机能的我国罪刑法定原则，要通过犯罪论的实质化对刑罚规范和构成要件从实质上进行解释，将刑法虽有明文规定但尚未达到可罚程度的行为排除在处罚范围之外，以建立“有罪不一定罚”的出罪机制，从而实现经典罪刑法定原则以及刑法的人权保障机能，并区分刑法目的、任务与原则各自不同的机能使命。

关键词：刑法目的 刑法任务 罪刑法定原则 实质的犯罪论 出罪机制

刘艳红，东南大学法学院教授。

最近几年，我国学界对犯罪论体系的研究达到了前所未有的热度，各种犯罪论体系纷纷出台。在这种研究中，要求照搬或者模仿德日三阶层体系的理念尤为热烈。笔者向来反对犯罪论体系的全盘西化，^{〔1〕}并认为对于缺乏相同法律文化背景的中国，移植德日犯罪论体系的做法只能造成“橘生淮南则为橘，生于淮北则为枳”的结局。我更倾向于站在实用主义、现实主义的立场，对我国犯罪构成理论进行拓展和深化，反对对现有“理论大厦”的摧毁或增补。开放的犯罪构成理论就是因循这一思路而对我国犯罪论体系进行研究的成果。实质的犯罪论同样是基于这一思路而对我国犯罪论体系加以深化研究的课题。

实质的犯罪论认为，对某种行为成立犯罪的判断不可避免地含有实质的内容，应该从处罚必要性和合理性的角度甄别值得处罚的法益侵害行为，相应的，对刑罚法规和构成要件的解释也应该从这种角度进行。作为来源于日本刑法学者前田雅英并被国内学者张明楷教授引入的一种刑法理论，实质的犯罪论在国内尚缺乏系统而深入的研究。笔者最初的研究，其重点在于对实质犯罪论以及实质刑法解释论——其中主要是后者——在方法论上的合理性进行讨论。^{〔2〕}这种探讨固然重要，但它只是工具理性的分析，对其实质合理性或者实质正当化根据，显然更需说明。笔者认为，《刑法》第3条所谓“中国特色”罪刑法定原则缺乏正确的出罪机制，是导致笔者主张实质犯罪论的根本理由，也是实质犯罪论存在的正当化根据。换言之，正是为了克服中国罪刑法定原则的缺陷，笔者才倡导实质犯罪论这一理论体系。

* 本文为2007年度国家社会科学基金项目“实质的犯罪论”（项目编号：07BFX056）的阶段性成果。

〔1〕 参见刘艳红：“晚近我国刑法犯罪构成理论研究中的五大误区”，载《法学》2001年第10期。

〔2〕 参见刘艳红：“正义·路径与方法——刑法方法论的发端、发展与发达”，载2004年11月北京大学全国中青年刑法学者“刑法方法论”高级论坛会议文集，该文后以“走向实质解释的刑法学”为题发表于《中国法学》2006年第5期。

一 条文简读:我国刑法目的、任务与原则之分析

任何法律都源于立法者的某种特定目的,我国刑事立法者的目的体现于《刑法》第1条,也就是“惩罚犯罪,保护人民”。一般而言,目的和任务是存在区别的,但我国刑法的目的和任务却是一致的。《刑法》第2条前半句意在表达“刑法的任务”是“用刑罚同一切犯罪行为作斗争”,这实际是“惩罚犯罪”的另一种表述方式;该条后半句具体表述了要“惩罚”哪些“犯罪”、“保护人民”哪些具体利益。显然,第2条无非是第1条的同意反复或者具体化而已,可以说“刑法任务是刑法目的的展开”。^[3] 这种观点,以前及现在都是整个刑法学界的通说,各种版本的教科书都将刑法的目的与任务放在一起讨论,也是因为这个原因。

刑法目的是刑法机能的基础,^[4]刑法目的与任务是刑法机能的表现形式,可以说我国《刑法》第1、2条的规定也是刑法社会保护机能的立法体现。“‘惩罚犯罪,保护人民’基本上是一种政治化的语言,如果将其翻译成法律语言,则应当是指‘维护社会秩序,保护合法权益’,这显然是刑法社会保护机能的体现。”^[5]与这种社会保护机能相一致的是,《刑法》第3条罪刑法定原则同样体现了社会保护机能,而非这一法治国原则的本该具有的人权保障机能。“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”这一规定甫经面世,受到的热烈赞誉和激烈批评恰成正比。目前学界有人赞成将《刑法》第3条前段称之为积极罪刑法定,后段称之为消极罪刑法定。赞赏第3条者认为,西方刑法罪刑法定原则只片面强调了人权保障、司法权限制,我国罪刑法定原则克服了西方刑法的片面性,既注重保护社会,打击犯罪,又注意保障人权,限制司法权。因此它是“罪刑法定原则的新发展”,“具有相当的创造性”,“充分吸取了人类法制文明成果……体现了更为全面和科学的精神”,“体现并衬托了一部刑法典的光辉”云云。在肯定者看来,“对刑法典中罪刑法定原则的立法化无论作多么高的评价,都不过分”。^[6]

肯定我国罪刑法定原则具有“全面性”的学者,实际上误解了源于西方的罪刑法定原则。罪刑法定原则作为起源于启蒙时代自由、民主、人权精神的法治原则,其根本作用在于防止国家刑罚权的滥用,以保护弱小的个人,其根本机能是保障人权而不是保护社会。“现今状态的罪刑法定主义可以说是‘应从裁判官的擅断(可以说是全能的国家)来保护无力的个人,这是源于启蒙时代的自由精神’”,“这种见解并非新的见解,是大家所熟知的,已经是陈旧的。”^[7]对比中、西罪刑法定原则的含义,西方是“法无明文规定不为罪不为刑”,中国为“法有明文规定即为罪即为刑,法无明文规定不为罪不为刑”。西方只强调“无法无罪无刑”,中国却先是强调“有法有罪有刑”,而后才是“无法无罪无刑”。

其一,有无之间,相差万里。“无法无罪无刑”体现了入罪禁止机能,因此亦可称为出罪原则。它要求刑法对于犯罪与刑罚范围事先尽量加以明确的规定,以使公民了解自己自由的领域;它强调入罪从严,以确保公民权利免受法官的罪刑擅断,其根本目的在于限制国家刑罚权的滥用,体现对公民自由人权的保障。“有法有罪有刑”体现了出罪禁止机能,因此亦可称为入罪原则。它要求刑法对于犯罪与刑罚范围事先尽量加以宽泛的规定,以使法官有定罪的根据;它强调有罪必罚和出罪从严,以确保公民的违法行为必然受到法律追究,其根本目的在于确保国家刑罚权的有效行使而不致空落,体现的是惩罚打击犯罪、维护社会秩序的社会保护机能。因此,“新刑法有一个突出的特点,这就是严密刑事法网,强化刑法的保护社会功能”。^[8]

[3] 高铭暄、马克昌主编:《刑法学(上编)》,中国法制出版社1999年版,第13页。

[4] 参见逢锦温:《刑法机能研究》,武汉大学法学院刑法专业2002年毕业论文,第21页。

[5] 周少华:“罪刑法定与刑法机能之关系”,《法学研究》2005年第3期。

[6] 参见薛瑞麟、杨书文:“论新刑法的基本原则”,《政法论坛》1997年第5期;何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社2000年版,第63-67页;曲新久:《刑法的精神与范畴》,中国政法大学出版社2000年版,第384页;蔡振亚:“论罪刑法定原则及其中国化精神”,《许昌师专学报》2001年第4期。

[7] [日]齐藤诚二:“刑法基本概念之周边”,谢志鸿译,载许迺曼等:《法治国之刑事立法与司法》,台湾许玉秀发行1999年版,第94页。

[8] 储槐植:“新刑法的社会保护功能”,《法制日报》1997年5月24日第7版。

其二,至于“先无后有”,还是“先有后无”,亦差别极大。《刑法》第3条将积极罪刑法定规定在前,消极罪刑法定规定在后。这不是简单的语序或者习惯问题,而是表明我国罪刑法定原则并非着重于人权保障机能的发挥,而是致力于社会保护机能的实现。如果采用“先无后有”的表述,那么,赞赏它的观点也许是可以接受的——即它克服了西方罪刑法定原则片面性,在强调人权保障的同时还注重了社会保护——毕竟,“先无”体现的是入罪禁止机能和人权保障,“后有”则是在强调限制国家刑罚权之后的、为了追求完美而作的表述。但是,“先有后无”的表述就大不相同。由于经典罪刑法定原则的表述是尾随“中国特色”的表述之后的,使后段表述更像是前段表述的狗尾续貂!给人的感觉是:在强调了罪刑法定原则社会保护机能的前提下,立法者终于想起还有人权保障之事,于是赶紧续上,似乎想以此表明与西方罪刑法定原则的接轨姿态。问题是,现代刑法理论普遍认为,“考虑到权利的自我扩张倾向的事实,我们必须将刑法的保障机能作为绝对原理看待”。^[9]这意味着消极的罪刑法定应该成为罪刑法定原则唯一的表述方式,或者退一步说,至少是优于社会保护机能,应该在积极罪刑法定之前。

当我国刑事立法者选择将积极罪刑法定规定在前段时,罪刑法定原则就已经被异化和扭曲了;此时有无第3条后段实际已不重要,即使有消极罪刑法定原则,也更像是为了掩盖其“中国化”,明显带有“此地无银三百两”的欲盖弥彰之意味。“惩罚犯罪、保护人民的思想开宗明义地在《刑法》第1条和规定刑法基本原则的第3条至第5条中表现出来。……请看哪一个原则不是包含着惩罚犯罪、保护人民的思想?……只不过不同基本原则是从不同侧面体现这一思想而已。”^[10]因此,“中国特色”罪刑法定原则是以刑法社会保护机能为首要价值取向,罪刑法定原则本身所独有的人权保障机能则退居其后,仅为社会保护功能之附随。

二 利弊剖析:功能使命的错位与人权保障机能的缺位

刑法的天然属性当然是社会保护,然而,现代法治国家的刑法莫不强调人权保障的思想。易言之,人权保障机能是刑法的重要机能,在当代,它甚至已经一跃而成为社会保护机能之上的首要机能。刑法的社会保护机能源于刑法惩罚性之本质,刑法的人权保障机能则源于罪刑法定原则。经典意义上的罪刑法定原则倡导法无明文规定不为罪不为刑,它使得何种行为构成犯罪以及犯罪应处何种刑罚都有了明确的标准,“有了这个标准之后,如果刑法没有规定要处罚的行为,国家就不能给予刑罚。因此对于人民而言,刑法的存在一方面固然是入罪的标准,但是另外一方面同时也是人民自由权利的保证书。”^[11]因此,罪刑法定的最重要意义在于“使刑法能够具有法的确实安定性,并因为明确地规定国家刑罚权之范围,而足以保障人权,使刑法产生保障机能”。^[12]自此,刑法在其社会保护机能之外,终于有了人权保障机能。刑法的社会保护机能意在保护社会上合法之人的权利,人权保障机能意在保护犯罪之人的权利,二者构筑起“既是善良人的大宪章也是犯罪人的大宪章”意义上的刑法。

结合前述刑法目的与任务是刑法社会保护机能立法体现的论断,在由谁来承载刑法社会保护机能与人权保障机能的使命上,正确的分工应该是:社会保护机能由刑法目的与任务体现,人权保障机能由罪刑法定原则赋予。我国刑法学界有观点认为,刑法社会保护与人权保障双重机能均应由刑法目的与任务之立法来赋予,并因此对《刑法》第1、2条只体现了刑法的社会保护机能而没有体现人权保障机能提出批评,认为这是人权保障机能未得到全面贯彻和充分重视的结果。^[13]我认为,这种观点源于对“社会保护机能由刑法目的与任务体现,人权保障机能由罪刑法定原则赋予”这一命题不了解的。

[9] 黎宏:《日本刑法精义》,中国检察出版社2004年版,第8页。

[10] 曹子丹:“惩罚犯罪、保护人民思想的突出体现”,《政法论坛》1997年第2期。

[11] 黄荣坚:《基础刑法学(上)》,台湾元照出版公司2004年版,第11页。

[12] 郑逸哲:“罪刑法定主义七十年”,载林山田等:《刑法七十年之回顾与展望纪念论文集》,台湾元照出版公司2001年版,第91页。

[13] 参见梁根林:“‘刀把子’、‘大宪章’抑或‘天平’?”,《中外法学》2002年第3期。

确,《刑法》第1、2条只追求社会保护,不强调人权保障,是否存在价值取向上的问题?回答是否定的。“刑法是规定犯罪和刑罚的法律,刑罚是刑法最本质的构成要素。自古至今,刑罚的目的无非在于惩罚和预防犯罪,这使得刑法天然地就具有一种保护社会的机能,国家制定刑法的目的就是要通过刑罚这一手段实现对社会的保护。”^[14]我国刑法目的与任务符合刑法天然具有的社会保护机能,通过《刑法》第1、2条两个基础性条文将社会保护机能含于其中,这正是顺应刑法惩罚特性之举,它们宣扬刑法的社会保护机能,无非是彰显了刑法的本能特性而已。人权保障机能则并非刑法天生具有的机能,而是随着民主法治的进化由罪刑法定原则所赋予,它自然不应该也不需要由刑法的目的和任务来体现,而应通过罪刑法定原则的立法化来体现。此所谓“凯撒的归凯撒,神的归神”。

我国刑事立法恰恰混淆了《刑法》第1、2条与第3条各自的功能使命,“中国特色”双向表述的罪刑法定原则使得本该由刑法目的与任务承载的社会保护机能又通过罪刑法定原则进一步强化;本该由罪刑法定原则体现的人权保障机能却似有还无。第3条积极罪刑法定在前、消极罪刑法定在后的立法方式,表明我国刑事立法者追求的就是将“惩罚犯罪,保护人民”的刑法任务,将刑法具有的社会保护机能强加于或者说移植于罪刑法定原则。通过立法的方式,将社会保护机能、出罪禁止机能统一于刑法的目的、任务和原则三者之上!这种做法充分实现了立法意志的统一,实现了刑法体系的首尾一致,逻辑上似乎很完整。然而,也恰恰由于第3条的立法方式,使刑法目的、任务与罪刑法定原则各自应承担的功能被混同。前者所应承担的社会保护机能与后者所应承担的人权保障机能被粗暴地统一于“惩罚犯罪、保护人民”的政治、法律诉求之下!总之,我国刑法目的、任务与罪刑法定原则各自本所应承担的功能发生错位,本该区分的却加以统一,本该突出的却予以淡化,各自的地位、特色与作用被抹杀,此乃刑事立法上的重大失误,直接后果是刑法人权保障机能的缺位。

“中国特色”罪刑法定原则不是以限制而是以确保国家刑罚权的行使为主要目的,不是以保障个人自由而是以惩罚犯罪保护社会为最高目标。它只是复制了经典罪刑法定原则的语词,而并未传承罪刑法定原则的精神理念。它违背了以人权保障为价值取向的法治原则的实质内涵,非但徒有其表,甚至篡改了罪刑法定原则的真义,使罪刑法定原则由出罪原则蜕变为了入罪原则,由法治国家的民主法治原则蜕变为福利国家的社会防卫原则。正因如此,批判者指出,所谓的“中国特色”,“使得本该大放光芒的罪刑法定原则黯然失色”,因为“如果既期待其消极限制刑罚权以保障人权,又催促其积极扩张刑罚权以惩罚犯罪,那么罪刑法定原则实际上就是被二马分尸了。……所谓的‘罪刑法定原则的积极侧面’完全是杜撰的蛇足。所以,尽管我们可以怀着无比庄严的心情铿锵有力地朗读这一原则……但总觉得有面朝着我们磨刀霍霍的肃杀味道。因为这不是权利的声音,而是权力的声音。”^[15]

正是因为立法者将社会保护机能附加在罪刑法定原则之上,正是因为“中国特色”罪刑法定原则体现了重打击犯罪轻人权保障的价值取向,最终导致罪刑法定原则在我国刑事立法中被扭曲和异化。本该由罪刑法定原则衍生至整部刑法的人权保障机能,因《刑法》第3条的规定而发生了断裂,并注定了我国刑法人权保障机能的先天缺失,使我国刑法只能成为善良人的大宪章而无法成为犯罪人的大宪章。刑法的社会保护与人权保障机能的对立与统一、冲突与选择,决定了刑法机能模式的动态平衡发展过程,失却人权保障机能,非但刑法机能模式的博弈关系难以形成,而且直接影响到刑法社会保护机能本身的功效发挥。其最终受损者,不但是弱小的个人,更有社会共同体——包括以维持稳定社会秩序为目标的立法者,真是“害莫大焉”!

三 问题解决:坚持“释法中心主义”实现犯罪论的实质化

如何面对《刑法》第3条的立法失误?一种流行的观点认为应该删除前半段的规定。然而,身为法理学

[14] 周少华:“罪刑法定与刑法机能之关系”,《法学研究》2005年第3期。

[15] 武玉虹、徐建峰:“应然的论说与实然的评说——对新刑法罪刑法定原则‘中国特色’透析与质疑”,载《浙江省政法管理干部学院学报》2001年第3期。

论工作者,如果不去研究“如何根据现有的法律解决案件,却站在立法中心主义的立场,想着怎样去完善规范性的法律,自觉不自觉地将自己置身于立法者的角色……不断地呼吁对成文法进行所谓的及时废、立、改”,这显然属于违背法学研究职业思维的“释法立场的错位”。^[16]而针对“中国特色”罪刑法定原则的缺陷,从刑法理论上作出必要合理的反应,以推进刑事司法过程中人权保障机能之实现,才是正确的因应之道。

罪刑法定原则的本意在于以形式的成文刑法保障国民的自由人权,“法无明文规定不为罪不为刑”是对禁止入罪的人权保障机能的完整体现。此时,强调从形式上理解刑法构成要件有利于充分发挥罪刑法定人权保障的理念,因为形式的解释强调从抽象的一般意义上理解构成要件,强调对犯罪成立与否的判断远离价值的成分,从而避免法官个人的喜怒好恶左右定罪量刑,避免将具有严重危害社会但刑法没有明文规定为犯罪的行为当作犯罪处理,以确保公民的自由人权。总之,经典罪刑法定原则强调认真对待法律规则,强调犯罪论的形式化,有利于最大限度地实现刑法的人权保障机能。

我国罪刑法定违背了经典罪刑法定原则的含义,不但失却了人权保障机能,反而添加了禁止出罪的社会保护机能。其背后,深刻体现了立法者对国家刑罚权的维护,而不是对国家刑罚权的限制。体现了国家本位与权力本位的思想,而不是法治时代个人本位与权利本位的思想。总之,是“依法”治国、“依法”定罪的法律工具主义独尊姿态。面对“本土化”或者“中国化”了的罪刑法定原则,刑事司法者及理论工作者如果仍然意欲实现罪刑法定原则人权保障机能,就不能遵循形式的犯罪论和刑法解释论,不能单纯坚持“司法克制主义”。面对具有出罪禁止机能的我国罪刑法定原则,必须允许法官针对个案进行价值判断,采取实质的犯罪论,以实现罪刑法定原则的出罪正当化机能。“积极的罪刑法定原则造成了罪刑法定原则在刑事法治中的功能缺陷”,它剥夺了“法官的不定罪权”,“法官对行为进行价值判断的权利被剥夺,司法权对立法权的限制将失去依托,实现个别公正、保护具体权利的梦想也将成为泡影,对刑事法治必将构成毁灭性的重创。”^[17]

为此,针对我国“法有明文规定即为罪即为刑”的罪刑法定,显然应该追问:果真是刑法有规定就必须处罚吗?法定的罪与刑在实质上是否合理?个别的、具体的正义是否必须让位于抽象的、一般的正义?形式的正义是否会掩盖实质上的非正义?对这些问题的回答,要求我们透过“法律明文规定为犯罪行为”的形式背后,致力于对刑法构成要件从实质合理性进行解释,对法虽有明文规定但规定不尽合理的构成要件,通过实质的刑法解释限制其适用,从而实现刑法处罚范围的合理化,将该处罚的行为排除在刑法圈之外,充分实现罪刑法定的人权保障机能。西哲早已提醒人们,“并不是所有以法律为依据的处罚都符合合法性原则的要求”。^[18]形式上的法律依据是否具备内在的处罚必要性和合理性,是否处罚了实质上不该处罚的行为,是检验其实质上是否合法的关键。因此,为了避免出现“使人民看到惩罚,但是却看不到罪行”的非法治结果,建立“有罪不一定罚”的出罪机制,在行为成立犯罪与否的判断过程中,“司法能动主义”的价值衡量应该是允许的。不能因为《刑法》第 3 条的前段规定就“简单地认为,‘只要有法律的规定,对什么样的行为都可以科以刑罚,而且可以科处任何刑罚’。根据犯罪的内容,是否有必要用刑罚进行处罚(处罚的必要性和合理性),而且对于该种犯罪所定的刑罚是否与其他犯罪相平衡(犯罪上刑罚的均衡),亦即从实体的正当程序的角度来强调罪刑法定的意义。”^[19]

简言之,应该建立以形式的、定型的犯罪论体系为前提,以实质的可罚性为内容的实质犯罪论体系。对刑法规范应从是否达到了值得处罚的程度进行实质解释。以如何认定“非法吸收公众存款罪”为例,有观点认为,“不管采取什么名义吸收公众资金,只要是还本付息,未经批准的,就可以认定为非法吸收公众存款”。这种观点将还本付息等同于存款,忽略存款作为银行业务的属性,从而扩大了本罪的适用范围,将一些民间借贷、公司发行债券等行为都作为本罪处理。事实上,本罪立法目的是为了禁止和打击与银行存款业务相冲突的非法吸收公众“存款”,本罪行为的认定不应局限于还本付息这一形式特

[16] 陈金钊:“法官释法的意识形态”,载张士宝主编:《法学家茶座》第 14 辑,山东人民出版社 2007 年版,第 15-16 页。

[17] 沈琪:“刑事法治视野中的罪刑法定原则——对我国刑法第 3 条的反思”,《刑事法学》2003 年第 3 期。

[18] [美]道格拉斯·胡萨克:《刑法哲学》,谢望原等译,中国人民公安大学出版社 2004 年版,第 12 页。

[19] [日]野村稔:《刑法总论》,全理其译,法律出版社 2001 年版,第 46 页。

征,而应从于银行吸收公众存款是否未经批准,是否将合法吸收的公众存款非法用于货币、资本经营等实质角度进行。^[20]只有如此,才能实现本罪处罚范围的合理化,做到法律虽有明文规定,但因实质上不具备处罚合理性而不定罪,真正实现罪刑法定原则的人权保障机能。在“中国特色”的罪刑法定原则背景之下,主张犯罪论的实质化与经典罪刑法定原则的人权保障精神密切相关,唯有通过实质犯罪论建立“有罪不一定罚”的出罪机制,才能实现法治国家的法治理念。

事实上,罪刑法定原则的立法化不仅与一国法治观念紧密相连,也与立法技术密切相关。经典罪刑法定原则也好,“中国特色”罪刑法定也罢,均要求刑法对犯罪有“明文规定”。如果立法技术无法达致明文规定的水准,实现罪刑法定原则的立法化或者意欲践行罪刑法定原则,都会存在困难和阻碍。比如,“1979年刑法典没有明确规定罪刑法定原则,是有其特殊历史原因的。从客观上讲,当时立法经验不足,刑法分则罪名规范比较粗疏,明文规定需要追究的犯罪行为不够完全,这是一个重要因素。”^[21]1997年修订刑法时,立法技术较之以前有了长足进步,体现在犯罪数量增加罪行细化,个罪罪名罪状更加明确,法定刑档次等级更加清晰,立法水准基本上提供了推行罪刑法定原则的技术因素。然而,这并不意味着理论和实践对于何为“明文规定”没有争议。例如,《刑法》第335条规定了“医疗事故罪”,但何谓“医务人员”,理论和实践均有极大争议。显然,“明文”只是相对的。纵然“刑法条文的具体设计和立法技术符合罪刑法定原则的基本要求”,^[22]但这种“符合”充其量也只能是大致符合,“明文”的相对性决定了法条只能是一种抽象化和概括化的罪刑法条。由此,在法治国的要求下,不仅无法即无犯罪,即使有法律,也未必都有犯罪。认为“对于法律明文规定为犯罪行为,必须定罪处刑”的观点,^[23]显然是从形式上理解罪刑规范的结果;是否有犯罪,除了依照法律的“明文”规定,还必须从“质”上判断犯罪是否成立。对于医疗事故罪,笔者认为,实质是处罚专业性极强的医疗行为中的失职行为,与医疗行为无关的行为,虽有可能导致病患死亡,但这不是本罪的处罚范围,应将本罪主体限定为医疗卫生机构中从事医护药检等工作且与救治病患有关的工作人员,因而行政与后勤人员不属本条的“医务人员”。在我国刑事立法离明确性原则尚有极大差距的背景下,主张犯罪论的实质化,对某种行为是否成立犯罪既进行法律是否有“明文”规定的形式审查,也进行是否达到了值得处罚的必要性与合理性的实质审查,从而将法有明文规定却不一定构成犯罪的行为排除在刑法处罚范围之外,并且,对经审查不属于明文规定因而不能处罚的行为确保其不被定罪的自由,而后者,则是对经典罪刑法定原则的实践保障。

总之,追求实质的合理性、实质正义价值理念的实质犯罪论,其提出不是针对西方禁止入罪的罪刑法定原则,而是针对我国禁止出罪的所谓积极罪刑法定原则。笔者主张,为防止立法者利用罪刑法定原则强行推行恶法或者处罚实质上不合理而不应处罚的行为,应该实现犯罪论的实质化,强调对刑法构成要件从实质上进行解释,“从而使刑法规定的犯罪真正限定在具有严重的法益侵犯性的行为之内”。^[24]这正是针对我国罪刑法定原则的本土化错位进行的理论上的防范措施。而且,对于经典罪刑法定原则的实现而言,实质的犯罪论还能排除不够明确的刑法规范之适用,进一步实现刑法处罚范围的合理性。

在我国,提倡实质的犯罪论被认为是危险的事情,因为人们总是担心,法官会利用实质合理性这类不甚明确的价值判断擅入人罪。显然,对实质犯罪论的怀疑是因为没有看到我国与日本等西方国家罪刑法定原则的区别。既然“中国特色”的罪刑法定原则以入罪为主,既然我国刑事立法并没有优先考虑限制国家刑罚权以保障公民权利和自由,既然目前又不可能即刻修改刑法删掉第3条的前段规定,而且这种希望修改立法规定的“立法中心主义的立场与情结”只能显示理论研究者的低能和“释法立场的错位”,那么,从刑法理论工作者以及司法官职业思维出发,从“解释中心主义”、“司法中心主义”立场出发,为了实现经典罪刑法定的回归,必须

[20] 参见王作富、王宝树:“认定‘非法吸存’:刑法须兼顾商权保护”,《检察日报》2007年7月26日第3版。

[21] 赵秉志、肖中华:“罪刑法定原则的确立历程”,《刑事法学》1998年第9期。

[22] 最高人民法院:《关于修改刑法十个重点问题的研究意见》,转引自赵秉志、肖中华:“罪刑法定原则的确立历程”,《刑事法学》1998年第9期。

[23] 杨春洗:“罪刑法定原则的法典化——新刑法的一个重大发展”,《政法论坛》1997年第2期。

[24] 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第263-264页。

倡导犯罪论的实质化,建构“走向实质解释的刑法学”。提倡实质的犯罪论,对法律有明文规定的行为是否成立犯罪进行实质可罚性的衡量,将虽具有形式违法性但不具有实质违法性的行为进行出罪解释,从而通过刑法适用来矫正刑事立法存在的问题。它不同于日本刑法学的实质犯罪论,不是对形式犯罪论的纠偏,而是通过实质的犯罪论及对构成要件的实质解释实现罪刑法定原则的“去中国化”。

如果说,“中国特色”的积极罪刑法定原则彻底抹杀了本该具有的出罪正当机能,并和消极罪刑法定原则一起构筑了一个封闭的定罪堡垒,那么,实质的犯罪论则打开了我国刑法定罪原则和刑法封闭定罪体系的一个出罪缺口,能够从实质上实现架空积极的罪刑法定原则,还法官以部分的不定罪权。总之,实质的犯罪论及其刑法解释论旨在对作为形式正义之体现的刑法规范进行解释,以阐明其蕴含的实质正义,充分实现罪刑法定原则的人权保障机能。

如果说,现行刑法颁布之初从事犯罪论形式化与实质化问题研讨的学者并不多,那么,近年来国内批判形式的犯罪论自觉不自觉地主张实质犯罪论的观点显著增多。例如,有观点认为,“在建构合理的犯罪论的过程中,必须在法益保护的观念下,坚持实质主义的评价方式”,亦即实现“犯罪论的实质化”。^[25]再如,有观点指出,“在一般情况下,形式的罪刑法定原则优于实质的罪刑法定原则,但是当形式的罪刑法定原则明显违背了实质的罪刑法定原则的理念时就有必要以实质的罪刑法定原则来进行矫正。”^[26]显然,这一观点是立足于罪刑法定原则的实现并在形式合理性与实质合理性发生冲突时所提出的矫正方案。而所谓“以实质的罪刑法定原则来进行矫正”,在司法适用的层面上,只能是通过坚持对刑法构成要件进行是否具有可罚性的实质解释来甄别值得处罚的法益。在同样立足于批判“中国特色”罪刑法定的前提之下,另有观点认为,“在司法实践中不能够而且也不应当‘有罪必罚’”,主张通过“法益、实质违法性、期待可能性的导入”,“把罪刑法定的出罪正当化解释机能贯彻到具体案件的解决之中”。^[27]这与实质的犯罪论倡导的处罚实质上可罚的法益侵害行为在理念上同出一辙。所不同者,实质的犯罪论是通过系统化的有关犯罪成立与否的判断体系及其解释方法来实现罪刑法定原则的出罪机能,而不仅仅是通过对外国刑法中个别概念、个别理论的引入;也因此能够避免片面地引入所造成的与我国犯罪构成理论体系不协调的局面。总之,为了区分罪刑法定原则与刑法目的和任务的功能使命,更为了实现罪刑法定原则的人权保障机能并挽救我国刑事法治精神在立法上的缺失,应该在司法适用中提倡以出罪机能为导向、以坚持可罚必要性与合理性为标准的实质犯罪论。

至于对《刑法》第3条后半段消极的罪刑法定,是否需要实质的犯罪论?这一问题需要分两个层面进行分析。“法无明文规定不为罪不为刑”包括两层含义,其一,法律根本没有任何规定,比如,《刑法》第236条强奸罪是以妇女为对象的犯罪,如果发生强奸男性的案件,即使其社会危害性再大,也不能以实质上具备了处罚的必要性与合理性为由突破刑法的规定,而对强奸男性的行为法外定罪。换言之,在刑法根本没有任何规定的情况下,必须坚持普遍正义而牺牲个案正义。对此,在当今普唱法治之歌的世界各国,似无讨论的必要。其二,法律有规定,但法律规定本身的“明确性”受到质疑,能否以实质的处罚必要性和合理性为由作出有罪评价?实际上,我认为这与其说是实质的犯罪论所面临的问题,不如说是经典罪刑法定原则能否允许不利于被告人的扩大解释的问题。可以说,这是针对实质的犯罪论提出的伪问题。传统罪刑法定原则允许有利于被告人的扩大解释,这是不争的事实;传统罪刑法定原则也面临要求适当地允许不利于被告人的扩大解释,这也是不争的事实。比如,日本刑法基于对共同犯罪中正犯的扩大解释而将共谋共同正犯作为正犯处理;德国刑法将“硫酸”解释为“武器”;中德日刑法将“电流”理解为盗窃罪中的“财物”;我国刑法将大型拖拉机解释为“汽车”;日本刑法将“汽油车”理解为“汽车”;我国刑法对“男男卖淫”解释为第335条组织他人卖淫罪、强迫他人卖淫罪中的“卖淫”,对第269条“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”采取“较大数额不要说”和“广义盗窃、诈骗和抢夺罪说”,等等。很显然,不

[25] 周光权:“刑法学的西方经验与中国现实”,载《政法论坛》2006年第2期。

[26] 王充:“罪刑法定原则论纲”,载《法制与社会发展》2005年第3期。

[27] 付立庆:“善待罪刑法定”,载《法学评论》2005年第3期。

利于被告人的扩大解释正在是否违背罪刑法定原则的质疑之下且争且行。

显然,作为论理解释方法的扩大解释更多的是从法理而不是从文理进行的,而从文理进行往往是从是否有利于实现人权保障与社会保护双重价值目标进行综合衡量,这意味着它们更多的要考虑处罚的必要性——保护社会要求处罚范围扩大、保障人权要求处罚范围缩小。可见,扩大解释更多的或者说主要的是从实质而不是从形式角度进行的。也因此,认为扩大解释不当地扩大了刑法处罚范围的指责似乎就很“自然”地过渡为“实质的犯罪论是否会不利于被告人、是否会扩大刑法处罚范围”的担心。对此,我的观点是,实质的犯罪论本身并不存在借用实质可罚性擅自扩大刑法处罚范围的问题,如果有,那也是当今刑法理论与实践允许使用扩大解释的结果。扩大解释往往从实质可罚性角度分析犯罪成立与否,这是扩大解释的问题,不是实质犯罪论的问题。当从实质可罚性角度进行扩大解释而导致处罚范围扩大时,就不应横加指责实质犯罪论及其立场。当然,从罪刑法定原则人权保障精神出发,笔者很希望禁绝不利于被告人的扩大解释,由此可以避免实质的犯罪论遭受不当的指责。

然而,这在当今刑法学的理论和实践中何其不现实?因为当代刑法理论似乎一致同意“类推解释是被禁止的,扩张解释是被允许的”,而适当的不利于被告人的扩大解释也被认为是合理的,因为,无论是有利于还是不利于被告人的扩大解释,其最大功效在于它能够实现行为的可罚性与法的安定性的良性平衡。刑法学者愈来愈认为,“在对法律规范的解释方面,法院不是选择对被告人最为有利的解释,而是选择正确的解释”。^[28] 在法律存在疑问或争议时,应当以一般的法律解释原则消除疑问,而非一概作出有利于被告人的解释。^[29] 有利于被告人的出罪解释虽然缩小了刑法的处罚范围,但是刑法不可能在任何场合都作出有利于被告人的解释,^[30] 而且,缩小刑法处罚范围并非就是合理的,“在现实中,人们解释刑法时,常常不考虑行为的可罚性……甚至在觉得某种行为应受刑罚处罚时,也采取限制解释,将值得处罚的行为排除在刑法规制之外”,^[31] 从而使刑法解释偏离刑法处罚范围必须适当的刑法解释理念。在此背景之下,从主张实质犯罪论的原初意义上而言,应该仅仅将实质犯罪论限于出罪解释,通过提倡实质的犯罪论,建立“有罪不一定罚”的出罪机制,避免成为“无罪不一定不罚”的人罪机制。如果因为扩大解释与实质的犯罪论难以截然分清并致后者遭受指责,那么,今后需要进一步讨论的问题恐怕是:以何种方式保证扩大解释进而也等于保证实质的犯罪论及实质的刑法解释不会破坏罪刑法定原则的人权保障机能,而不是“实质的犯罪论是否会扩大刑法处罚范围”的伪问题。

[Abstract] The social protection function of the criminal law should be determined by the purpose and task of the criminal law whereas the human rights protection function of the criminal law should be based on the principle of legally prescribed punishment for a specified crime. The two-way expression in Article 3 of the Chinese Criminal Law confuses the different functions of the above-mentioned objective, task and principle and simplified them into one social protection function, thereby resulting in the deficiency of the human rights protection function of the law. China should interpret the principle of legally prescribed punishment for a specified crime in the criminal law through the substantiation of criminology and establish a mechanism to exclude from criminal punishment acts which are criminal according to the provision of the law but not severe enough to deserve criminal punishment.

(责任编辑:王雪梅)

[28] [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第190页。

[29] 参见[德]罗克信:《德国刑事诉讼法》,吴丽琪译,台湾三民书局1998年版,第145页。

[30] 参见张明楷:“‘存疑时有利于被告’原则的适用界限”,载《吉林大学社会科学学报》2002年第1期。

[31] 张明楷:“刑法理念与刑法解释”,载《法学杂志》2004年第4期。