

新刑法与客观主义

张明楷*

一、序说: 客观主义与主观主义的区别

刑法理论上存在旧派与新派之争,是众所周知的事实;二者在犯罪论方面表现为客观主义与主观主义的对立,也是不言而喻的现象。

客观主义认为,刑事责任的基础是表现在外部的犯罪人的行为及其实害。因为犯罪是对社会有现实危害的行为,如果没有客观行为,就没有犯罪;如果仅以行为人的主观恶意作为处罚依据,就混淆了法律与道德的区别;如果犯罪概念不是客观的,就容易造成认定犯罪的困难以及法官的恣意判断。客观主义首先重视的是行为,因此又被称为行为主义;客观主义将表现在外部的现实的行为作为科刑的基础,因此也被称为现实主义。

主观主义认为,刑事责任的基础是犯罪人的危险性格即反复实施犯罪行为的危险性。本来,犯罪人的危险性格是科刑的依据,但现代科学研究结果表明,只有当犯罪人的内部的危险性格表现为外部行为时,才能认识其内部的危险性格,才能科处刑罚。主观主义重视的是行为人,所以又被称为行为人主义;主观主义认为行为只具有征表犯罪人危险性格的意义,所以也被称为征表主义。^[1]

客观主义不是客观归罪。客观主义的产生有其历史背景:在前资本主义社会,法律与道德没有分离,认定犯罪没有客观标准,导致刑法干涉到个人生活的各个领域,形成法官恣意裁量,造成大量思想犯罪,因而侵犯个人权利。^[2]所以,旧派学者主张,刑事责任的基础是表现在外部的犯罪人的行为及其实害。但这决不意味着仅有外部行为及其实害就可以成立犯罪,犯罪论体系便能说明这一点。由旧派学者最先提出的、至今仍在大陆法系国家刑法理论中占通说地位的犯罪论体系是:构成要件符合性、违法性与有责性,这“三性”也就是犯罪成立条件,不管人们怎样理解构成要件,它始终只是成立犯罪的一个要件,而不等同于犯罪成立条件。构成要件符合性通常是指行为符合刑事法规所规定的某种犯罪的定型,它从结构、框架、轮廓上限定犯罪的成立;违法性实质上是指符合构成要件的行为客观上必须侵害或者威胁了法律所保护的利

* 中南政法学院教授。

[1] 参见[日]藤木英雄编:《刑法的争点》,有斐阁1984年增补版,第6页以下。

[2] 一般认为,封建刑法具有四个特点:一是干涉性,即刑法干涉个人生活的所有领域,包括干涉个人的私生活;二是恣意性,即定罪量刑没有法律标准,主要由法官进行自由裁量;三是身份性,即同样的行为,由于行为人的身份或者被害人的身份不同,可以决定处罚的有无与轻重;四是残酷性,即刑罚方法主要是死刑与身体刑(参见[日]平野龙一:《刑法总论1》,有斐阁1972年版,第5页)。

益(即法益),^[3]它从客观危害上限定犯罪的成立;有责性则是指可能就行为对行为人进行非难,^[4]它从主观责任(或主观恶性)上限定犯罪的成立。根据这一犯罪论体系,行为符合刑事法规所规定的构成要件,客观上侵害或者威胁了法益,主观上具有故意、过失及期待可能性时,才可能成立犯罪。显然,客观主义并不是客观归罪,而是主客观相统一地认定犯罪。但这种统一,不一定体现在犯罪构成要件中,而是体现在成立犯罪的三个条件中。

主观主义也不是主观归罪。主观主义虽然认为刑事责任的基础是犯罪人的危险性格,但同时认为,除了外部行为之外,还不能直接认识行为人内部的危险性格;只有当犯罪人的危险性格表征为外部的行为时,才能对之科处刑罚。从具体的犯罪成立条件来看,主观主义者也大多接受了构成要件符合性、违法性与有责性的主客观相统一的体系。即使不采取这一体系的学者,也没有否认行为对成立犯罪的意义。例如,德国学者李斯特的犯罪论体系是:作为行为的犯罪、作为违法行为的犯罪、作为有责行为的犯罪,作为可罚的不法的犯罪。这一体系与客观主义者贝林格的犯罪论体系相同,其中的“作为可罚的不法的犯罪”谈的就是犯罪构成要件问题,即在李斯特看来,要成立犯罪,首先必须有行为,这种行为只要求是身体动作;其次,行为必须侵害或者威胁了法益;再次,行为人对其行为必须具有应受谴责的心理状态;最后,行为必须符合刑事法规所规定的构成要件。^[5]可见,主观主义者李斯特并没有否认构成要件的意义,并不是主张只要有危险性格就构成犯罪。^[6]由此可见,主观主义并非主观归罪,也是主客观相统一地认定犯罪。但这种统一,既不是体现在构成要件中,也不是以客观行为作为基础的,而是以行为人的危险性格作为基础的。

总之,在大陆法系国家刑法理论中,由于存在“犯罪是行为”这一根本命题,又由于坚持“没有责任就没有刑罚”的责任主义原则,客观主义与主观主义都接受这种命题与原则,因此,客观主义与主观主义不可能分别等同于客观归罪与主观归罪。^[7]

[3] 大陆法系国家刑法理论中的违法性可分为形式的违法性与实质的违法性。形式的违法性是指行为违反了法规;实质的违法性是指行为侵害或者威胁了法益(通说)。二者不是对立的,但作为犯罪成立条件之一的违法性,通常是指实质的违法性(大体相当于我国刑法理论中的社会危害性)。因为构成要件符合性就可以说明行为的形式的违法性,如果将作为犯罪成立条件之一的违法性理解为形式的违法性,就没有意义了。

[4] 有责性就是非难可能性,但要针对行为非难行为人,就要求行为人主观上具有故意、过失以及期待可能性(期待可能性与故意、过失的关系则是存在争论的问题)。而其前提是行为人必须达到一定年龄并具有辨认、控制能力,此即所谓责任年龄与责任能力。

[5] 参见[日]早稻田司法考试研究室编:《刑法总论》,早稻田经营出版1990年版,第35页;[日]大冢仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁1986年版,第102页。

[6] 不少人认为李斯特(甚至认为所有的主观主义者)是不讲构成要件的(参见杨春洗等:《刑法总论》,北京大学出版社1981年版,第102页),这是一种误解。

[7] 有人在论述我国刑法中的主客观相统一原则时指出:“主客观相统一的原则是与奴隶制和封建制刑法中的主观归罪和客观归罪的刑事责任原则根本对立的,同时,也是对资产阶级刑法理论中的主观主义和客观主义两种片面的定罪学说的否定。主观归罪和主观主义把犯罪意思作为犯罪成立的基本要件,把人身危险性、反社会性格、犯罪动机等主观要素,作为认定犯罪和适用刑罚的标准。至于是否实施了危害社会的行为,行为是否造成了危害社会的结果,行为和结果与被告人的主观心理状态之间有无联系,则不影响犯罪的成立。而客观归罪与客观主义则把客观上发生的实际危害作为犯罪的基本要件,认为只要有危害行为或者发生了危害结果,就应当追究行为人的刑事责任,至于行为人对其所实施的行为及其造成的结果,在主观上是否有认识,则可以不问。”(赵秉志、吴振兴主编:《刑法学通论》,高等教育出版社1993年版,第43页)这段话将客观主义与客观归罪、主观主义与主观归罪作了完全相同的解释,显然不符合客观事实。

既然客观主义与主观主义在认定犯罪方面实际上都主张主客观相统一,为什么一个叫客观主义、一个叫主观主义呢?回答是,虽然客观行为(符合构成要件的违法行为)与主观责任(故意、过失、期待可能性)对客观主义与主观主义而言,都是成立犯罪的条件,但在各自理论中的地位不同。在客观主义那里,客观行为及其实害是刑事责任的基础,具有根本意义;主观责任虽然是成立犯罪的条件,但不能认为它是刑事责任的基础。在主观主义那里,主观责任是刑事责任的基础,具有根本的意义;客观行为虽然是成立犯罪的条件,但它只具有征表的意义,即只具有说明危险性格的意义,而不具有基础的意义。正如日本刑法学者町野朔所言:“犯罪由行为的客观要素与主观要素构成。现在,行为人对其实施的行为不具有可能非难的心理状态时就不能处罚的‘责任主义’是妥当的;由于行为在客观上产生了犯罪事实就处罚的‘结果责任’的观点,作为‘恶的客观主义’受到排斥。因此,犯罪概念中的客观主义与主观主义的对立,在于应否重视作为犯罪成立要件的客观要素。”^[8]

从表面上看,客观主义与主观主义的对立,对成立犯罪应否具有客观因素与主观因素没有影响,但由于它们二者之间的根本对立,除了导致是重视客观要素还是重视主观要素不同以外,还导致许多问题的对立,以致难以甚至不可能将二者完全统一起来。我国刑法与刑法理论坚持主客观相统一的原则,但这并不等于将大陆法系国家刑法理论中的“客观主义”与“主观主义”结合起来,因为二者在许多方面不可能调和。^[9]另一方面,我国需要坚持主客观相统一的原则,但这种主客观相统一是应以客观因素为基础,还是应以主观因素为基础,则是需要进一步研究的问题。

二、旧刑法:向主观主义倾斜

我国的旧刑法,^[10]坚持了主客观相统一的原则。^[11]但笔者认为,旧刑法是向主观主义倾斜的,即在主客观相统一的前提下重视主观要素。这主要表现为以下几个方面:

首先,旧刑法对犯罪构成要件的规定比较简单,多处使用“等”、“其他”之类难以限定范围的用语,过多地将“情节严重”、“情节恶劣”作为构成要件,对法定刑升格的条件没有具体规定等,这些都是主观主义所赞赏、而为客观主义所反对的。

其次,旧刑法对犯罪预备与犯罪未遂设立了一般处罚规定。与犯罪既遂相比,犯罪预备与犯罪未遂在客观危害上要轻得多,故许多国家只处罚几种严重犯罪的预备行为,对未遂的处罚也限于刑法分则有明文规定的情形。对犯罪预备与犯罪未遂一律处罚以及只是“可以”从宽处罚的规定,表明立法者主要考虑的是行为人的主观恶性。

再次,许多犯罪在客观方面相同或基本相同,罪过的内容也相同,甚至犯罪性质相同,但旧刑法根据行为人的目的(或动机)不同,规定为不同的犯罪。例如,同是故意杀人、伤害行为,根据是否具有反革命目的,规定为不同犯罪。又如,在旧刑法分则中,是否“以营利为目的”导致相同的客观行为具有不同的性质,“以营利为目的,制作、贩卖淫书淫画的”;构成制作、贩卖淫书

[8] [日]町野朔:《刑法总论讲义案1》,信山社1995年2版,第29页。

[9] 参见拙著:《刑法的基础观念》,中国检察出版社1995年版,第369页、第386页。

[10] 本文所称旧刑法,主要是指1979年制定的刑法典。

[11] 旧刑法第10条至第16条的规定充分说明了这一点。

画罪,以流氓动机制作、贩卖淫书淫画的,构成流氓罪。这也表明立法者重视主观要素。

最后,在限定犯罪成立方面,许多条文也只是从目的(或动机)着手。例如,赌博罪的成立要求“以营利为目的”,而许多国家的刑法则是从赌博的地点、方式等客观方面进行限定的。再如,刑法第164条的制造、贩卖假药罪,也是从目的上进行限定的,而不是从方式、结果等客观方面进行限定的。重视主观因素的思想从这里也可以清楚地反映出来。

旧刑法向主观主义倾斜的现象,^[2]在刑法理论中也基本上得到肯定。易言之,旧刑法时期的刑法理论,也基本上是向主观主义倾斜的。例如,刑法理论对旧刑法向主观主义倾斜的规定大多持肯定态度。从离开刑法本身的规定来看,最能说明这一点的是,关于未遂犯与不可罚的迷信犯的区别,刑法理论采取的是主观主义的观点。我国刑法理论的通说认为,行为人误认自己的手段能产生危害结果,事实上其手段不可能产生危害结果时,构成犯罪未遂。“例如,某甲意图毒死某乙,误将白糖当作砒霜放入某乙要吃的食物里,某乙吃后平安无事。在这种情况下,某乙之所以未死,并不是由于某甲主观上不愿意,而是由于某甲对杀人的手段认识上有错误,故某甲应负杀人未遂的刑事责任。”^[3]从事实上看,某甲的行为本身完全没有导致某乙死亡的危险性,即客观上并无造成危害结果的危险,因此,客观主义刑法理论认为这种行为是不可罚的不能犯,只有主观主义刑法理论认为这种行为是未遂犯。这一理论在我国居于通说地位,也说明我国刑法理论是侧重主观主义的。

我国旧刑法与刑法理论在主客观相统一的基础上重视主观因素,与以下四个方面有关:

第一,与法律文化传统有关。“中国自古以礼为本,以法为用。犯罪与违反伦理道德几乎是同义语。儒家的传统道德不仅是每个人日常生活中的行为准则,而且也是认定犯罪决定刑罚的重要依据。……如果把中国传统刑法称为‘伦理的刑法’,这种说法并非言过其实。在这种刑法中,道德规范与法律规范浑然一体,道义责任与刑事责任合二为一。”^[4]然而,道德是侧重人的内心的,法律是侧重人的行为的,将两者合二为一的结果,必然是重视行为人的内心因素、轻视客观内容。不能不认为,这种法律文化传统对旧刑法及相关理论产生了影响。

第二,与刑罚目的有关。因为刑罚目的中的特殊预防是要消除犯罪人的主观恶性,使其改恶从善、重新做人,这反过来决定了必须重视主观恶性。如果没有主观恶性,也就没有特殊预防的必要。如果象旧派的报应刑论那样,认为刑罚目的只是一般预防,则反过来决定了必须重视客观方面。

第三,与刑事责任的哲学根据有关。旧派学者认为,人具有绝对的意志自由,在是否实施犯罪行为方面,人具有选择的自由。这一基本观点,一方面导致犯罪人的责任是一种道义的责任,另一方面导致不可能强调特殊预防,因为人的意志绝对自由,刑罚是不可能预防他选择犯罪行为的。所以,对犯罪的认定必须重视客观内容,刑罚也必须与客观危害相适应。新派学者认为,人完全没有意志自由,一个人实施犯罪是由人的素质与社会环境造成的,因此刑罚的任务是改善人的素质,即消除犯罪人的危险性格;刑事责任的基础是危险性格,所以,对犯罪的认定必须重视主观内容。我国是根据马克思主义的相对意志自由观点来看待这一问题的。“根据物质第一性,思维第二性的原理,人的意识和意志是受社会物质生活条件决定的,人的行为必然要受

[2] 不可否认,旧刑法也有少数条文的规定是向客观主义倾斜的,如规定盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪必须数额较大等。

[3] 高铭喧主编:《刑法学》(修订本),法律出版社1982年版,第160页。

[4] 陈晓枫主编:《中国法律文化研究》,河南人民出版社1993年版,第303页。

到客观外在条件的制约,这种制约作用永远是以人的意识和意志作为媒介实现出来的。但意识和意志不是消极的,而是积极的。客观外界条件并不能注定某人只能实施这种行为而不能实施那种行为;或者只能采取这种决定,而不能采取那种决定。究竟实施怎样的行为或者采取怎样的决定,需要通过意识和意志的积极作用来实施。人完全有选择自己行为的自由。实施犯罪行为也是如此。实施或不实施,都是通过人的意识或意志的积极作用来实现的。他可以实施犯罪,也可以不实施犯罪,这两者之间完全可以选择。他主观上可以选择有利于国家与人民的决定,但他却不予选择,而实施了犯罪行为,这就是他对自己的犯罪行为应负刑事责任的理论根据”。^[5]本来,采取这一观点时,应当与旧派的观点接近,导致重视客观因素。但由于旧派走向了极端,完全否认了刑罚对犯罪人思想的制约意义,故形成了客观主义;而我们在肯定物质第一性的前提下,肯定了人的意志自由,肯定了犯罪的行为人自由选择的结果,肯定刑罚对犯罪人思想的制约作用,行为人自由选择了犯罪行为,当然说明他的主观恶性,这就导致了重视主观内容。

第四,与旧刑法的制订经过有关。我国的刑法受到原苏联刑法的影响,而原苏联刑法在很大程度上受到了德国旧刑法的影响,德国旧刑法又是典型的主观主义刑法,这使得我国刑法在主客观统一的基础上侧重于主观主义。

应当承认,向主观主义倾斜的旧刑法以及其理论,不利于发挥刑法的机能。^[6]

其一,不利于发挥刑法的规制机能。刑法是行为规范,它使得对犯罪行为的规范评价得以明确,表明犯罪行为在法律上是无价值的(评价的机能),同时命令人们作出不实施犯罪行为的意识决定(决定的机能)。虽然行为是主客观的统一体,但行为的重心在于其客观方面,这正是刑法与伦理道德的重要区别。^[7]重视行为及其实害的刑法,就有利于规制人们的行为;重视行为人的内心的刑法,则不利于规制人们的行为。这种显而易见的道理说明向主观主义倾斜的旧刑法不利于发挥刑法的规制机能。

其二,不利于发挥保护合法权益的机能。刑法的目的是保护合法权益,^[8]因此,只有当行为客观侵害或者威胁了合法权益时,才可能适用刑法。而向主观主义倾斜的旧刑法,由于侧重行为人的主观恶性,容易导致即使没有侵害或者威胁合法权益,但由于行为人的主观恶性过于严重,而予以定罪量刑。另一方面,本来行为客观上侵害或者威胁了合法权益,行为人主观上也具有故意或者过失,但只是由于罪过以外的主观恶性不大,^[9]则不以犯罪论处。于是形成了以下结局:定罪量刑不是以行为是否侵害或者威胁了合法权益为根本标准,而是以行为人主观上是否为了自己的个人利益为标准。这就不利于保护合法权益。

其三,不利于发挥保障公民自由的机能。从常理来说,向主观主义倾斜的结果,是过于重视主观因素;对于客观因素而言,主观因素(特别是目的、动机)又是难以认定的;在既难以认定又

[5] 前引 [3],高铭喧书,第145页以下。

[6] 刑法理论一般认为,刑法具有三个方面的机能,即行为规制机能、法益保护机能和自由保障机能(参见[日]大冢仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁1992年改订增补版,第5页以下;[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版社1994年第2版,第8页)。外国学者的这种观点,近年来也得到了我国学者的肯定(参见何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社1995年第二次修订版,第14页)。

[7] 参见[日]小仓志祥编:《伦理学概论》,吴潜涛译,中国社会科学出版社1990年版,第52页以下。

[8] 参见前引 [9],拙著,第41页以下。

[9] 如对许多行为以行为是否中饱私囊作为区分罪与非罪的界限,而忽视行为对合法权益的侵害或者威胁。

必须认定的情况下,必然使认定具有随意性;一旦在认定上具有随意性,就必然不利于保障公民个人的自由。从刑法规定来看,过于抽象的规定,不利于人们掌握定罪量刑的标准;况且司法人员的素质相对低下,司法体制存在缺陷;标准难以掌握再加上掌握标准的人素质不高,也必然导致侵犯公民个人的自由。

由此看来,向主观主义倾斜的旧刑法存在缺陷,^[20]这或许是修改刑法的一个重要原因。

三、新刑法:向客观主义倾斜

新刑法虽然以保持连续性、稳定性为其指导思想,^[21]但却明显反映出向客观主义倾斜的态度。这主要表现在以下几个方面:

首先,新刑法的规定相当具体。如新刑法将原来的一个罪分解为许多具体的犯罪;对一些新类型犯罪的构成要件作了具体规定;对法定刑升格的条件作了具体规定;法定刑的幅度进一步缩小;一些刑罚制度的适用条件更为具体。这种具体规定,正是客观主义理论所赞赏的。这不仅因为具体规定往往表现为对客观因素的具体规定,而且因为具体规定有利于实现客观主义所崇尚的罪刑法定、罪刑等价等原则。

其次,新刑法对客观行为相同、罪过内容相同的犯罪,一般规定为一种犯罪,不规定为不同的犯罪。^[22]例如,取消反革命罪,代之以危害国家安全罪,而且取消了关于反革命目的的规定;将以反革命为目的的各种具体犯罪,进行了修改或者调整,如将反革命杀人罪、反革命伤害罪,归入普通故意杀人罪与故意伤害罪。目的犯的减少,正是重视犯罪的客观要素的表现。

再次,新刑法的许多条文,通过对客观行为的描述来限定主观要素。例如,新刑法分则第三章第五节规定了金融诈骗罪,其规定的具体犯罪实际上都是以非法占有为目的的,但其第194条至第198条没有明文要求以非法占有为目的,而是通过对客观行为的描述,使得我们认为只要实施了其规定的客观行为,就说明行为人主观上具有非法占有的目的。^[23]类似的规定还有一些,也说明新刑法重视的是客观因素。

最后,新刑法对常见、严重犯罪中影响法定刑升格的因素作了具体规定,但影响法定刑升格的因素只限于客观因素,没有任何条文明文将犯罪动机卑鄙、主观恶性严重等作为法定刑升格的条件。此外,新刑法只规定了两种常业惯犯,^[24]而没有规定常习惯犯。犯罪动机是否卑鄙、行为人是否具有犯罪的常习性,是主观主义刑法及其理论十分重视的问题。而新刑法却不重视这些问题,这从另一方面说明新刑法向客观主义倾斜。

[20] 向主观主义倾斜的刑法还存在其他许多缺陷,请参见下述向客观主义倾斜的刑法的优点。

[21] 参见王汉斌1997年3月6日在第八届全国人民代表大会第五次会议上《关于中华人民共和国刑法(修订草案)的说明》。

[22] 当然也有例外,如新刑法第363条与第364条,对于传播淫秽物品的行为,根据有无牟利目的,规定为不同的犯罪。

[23] 新刑法第192条与第193条虽然要求以非法占有为目的,但这主要是为了使集资诈骗罪、贷款诈骗罪与相关犯罪(如非法吸收公众存款罪)及经济纠纷相区别。

[24] 即第303条的以赌博为业的犯罪和第336条的非法行医罪。

新刑法向客观主义倾斜的态度,^[25]值得称道。

第一,向客观主义倾斜有利于发挥刑法的三个机能。刑法之所以具有行为规制机能,不仅因为它是一种规范,而且因为它是行为规范。向客观主义倾斜、重视行为及其实害,就确实确实地向一般人提供了行为规范,而不只是提供心理上的规范,必然有利于发挥刑法的规制机能。刑法之所以具有法益保护机能,不仅因为它将侵犯或者威胁合法权益的行为规定为犯罪并追究刑事责任,而且因为它以保护合法权益为出发点和归宿。向客观主义倾斜、重视行为及其实害,就实实在在地将保护合法权益作为其任务,而不是为了惩罚而惩罚,必然能有效地保护合法权益。刑法之所以具有自由保障机能,不仅因为对没有违反刑法的人不得适用刑法,而且因为即使对违反刑法的人也只能在刑法的范围内科处刑罚。向客观主义倾斜、重视行为及其实害,就清清楚楚地将处罚对象限定为违反刑法的犯罪行为,而不是想处罚就可以处罚,必然能充分发挥保障公民自由的机能。

第二,向客观主义倾斜有利于实现刑法的三个理念。“法理念是以三个基本价值的紧张关系表现出来的,这三个基本价值是正义、合目的性与法定的安定性。”^[26]正义是实定法的基本价值,是立法者的目标;与真、善、美一样,正义是绝对价值,以其自身为基础,而不是从更高价值派生出来的;平等是正义的本质。但是,“正义只有通过良好的法律才能实现”。^[27]良好法律的标志之一,是它为人们的行为以及法官的判断提供了切实可行的规范与标准;行为及其实害是易于认定的客观外在的现象,重视行为及其实害的法律,有利于人们的遵守以及法官的裁判,因而有利于正义的实现。“正义是形式的理念,无数的法规范根据正义采取其形式,即采取对万人平等对待和由法律规制的普遍性。而其内容必须由与正义不同的、因而与正义并列的、也属于法理念的原理来决定,这个原理就是合目的性。”^[28]即法律要追求利益、价值,这种利益与价值,表现在刑法上就是法律所保护的利益即法益,刑法的目的正是通过对侵害或者威胁法益的行为追究刑事责任以保护法益的。^[29]而侵害或者威胁法益的是行为,不是单纯的内心;给法益造成侵害的行为总是比给相同法益造成威胁的行为要严重。因此,重视行为及其实害,有利于实现刑法的合目的性的理念。但是,在刑法制定之前,应受刑法保护的利益显然是相对的,而为了确定哪些利益必须受保护,就需要制定法律,于是作为法理念的第三个构成要素的法的安定性就表现出来了。法的安定性具有以下四个含义:其一,法是实定的,是制定法;其二,制定法本身是安定的,对各个具体案件的处罚不受法官恣意的左右;其三,作为法的基础的事实必须尽可能准确无误地予以确认;其四,不轻易变更实定法。^[30]可以认为,法的安定性表现在刑法上就是罪刑法定原则,罪刑法定原则的各个派生原则,都是法的安定性的理念在刑法上的表现。不难看出,重视行为及其实害的制定法,有利于排除法官的恣意判断,有利于实现法的安定

[25] 由于本次修改的重点在于刑法分则,故旧刑法总则中体现向主观主义倾斜的规定没有修改,如对犯罪预备与犯罪未遂仍然设立了一般处罚规定。但这并不影响我们得出新刑法向客观主义倾斜的结合。因为新刑法只是向客观主义倾斜,而不是全面向客观主义方向发展。正因为新刑法中还存在部分倾向于主观主义的规定,笔者才采取“向客观主义倾斜”的表达。

[26] [德] G. Rudbruch 著:《法学入门》,碧海纯一译,东京大学出版会 1973 年版,第 33 页。

[27] 参见张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 270 页。

[28] 前引 [26], G. Rudbruch 书,第 34 页。

[29] [日] 丸山治:《刑法的目的与机能》,阿部纯二等编《刑法基本讲座》第 1 卷,法学书院 1992 年版,第 7 页。

[30] 前引 [26], G. Rudbruch 书,第 36 页。

性,从而有利于实现罪刑法定原则。旧派学者贝林格等人极力主张将主观的、规范的要素排斥在构成要件之外,使构成要件只包含客观的、记述的要素,也正是为了贯彻罪刑法定原则。^[61]

第三,向客观主义倾斜有利于合理保护社会利益与个人利益。这里的社会利益包括国家利益、公共利益(集体利益)。个人利益,则主要是指行为人的利益。一般认为,主观主义重视保护社会利益,客观主义重视保护个人利益。根据主观主义的观点,具有危险性格的人,是可能侵害或者威胁社会的人,将具有这种危险性格的人作为犯罪人处理,就可以防卫社会。根据客观主义的观点,只能将现实行为及其实害作为科处刑罚的根据,因此,对没有实施行为的人以及虽然实施了行为但没有触犯刑法的人,即使其具有一定的危险性格,也不能将其作为犯罪人处理,这就有利于保护个人利益。^[62]在笔者看来,主观主义有利于保护社会利益而不利于保护个人利益,是可以肯定的;但客观主义在有利于保护个人利益的同时,也有利于保护社会利益。因为人的内心本身并不能侵害或者威胁合法权益,只有行为才可能侵害或者威胁合法权益;从实质上讲,根据行为是否侵害或者威胁了合法权益来决定是否犯罪、根据行为是侵害了合法权益还是只威胁了合法权益来决定犯罪的轻重,足以保护社会利益。因此,向客观主义倾斜的新刑法,必然有利于同时保护社会利益与个人利益。

第四,向客观主义倾斜有利于合理对待犯罪化与非犯罪化。犯罪化是扩大刑法处罚范围的思想在刑法上的反映;非犯罪化则是限制刑法处罚范围的思想在刑法上的表现。虽然犯罪化与非犯罪化并不是绝对的,易言之,没有一个国家只进行犯罪化或者只进行非犯罪化,犯罪化与非犯罪化是以行为是否侵害或者威胁的合法权益及其程度、处罚的必要性等因素为根据的。^[63]但是,“一般来说,除共犯以外,与客观主义相比,主观主义肯定犯罪成立的范围要广”。^[64]因为处罚的根据是行为人的危险性格,故只要某种行为表现出行为人的危险性格,就具备了处罚的根据,刑法就可以将其规定为犯罪,审判实践就可以将其作为犯罪处理。例如,自己是被害人的犯罪,^[65]没有被害人的犯罪,^[66]之所以成其为犯罪,就是因为这种行为征表出行为人的危险性格,对之实行犯罪化正是主观主义的表现。再如,虽然想杀人却因认识错误提供了保健药品的,即使完全没有侵害或者威胁任何合法权益,也因为该行为反映出行为人的主观恶性而将其认定为犯罪,这也是主观主义的反映。我国刑法历来实行惩办与宽大相结合的刑事政策,力求控制处罚范围,既然如此,就不能向主观主义倾斜;只有向客观主义倾斜,才能实现控制处罚范围的要求。因为客观主义也将故意、过失、期待可能性作为成立犯罪必不可少的因素,但同时将现实行为及其实害作为处罚根据,进而从实质上将侵害或者威胁合法权益作为处罚根据。于是,仅有主观恶性,或者没有侵害、威胁合法权益的行为表现出行为人的主观恶性时,不得将其规定为犯罪,审判实践上也不得将其作为犯罪处理。这正好实现了控制处罚范围的要求。由此看来,向客观主义倾斜的新刑法,从实质上体现了控制处罚范围的思想。

第五,向客观主义倾斜有利于合理区分刑法与道德。法律与道德的关系,是争论不休的法

[61] 参见前引[6],早稻田司法考试研究室书,第18页以下。

[62] 参见前引[6],町野朔书,第27页。

[63] 参见前引[9],拙著,第142页以下。

[64] 前引[1],藤木英雄书,第7页。

[65] 如单纯吸食毒品的行为。

[66] 如成人之间基于相互同意秘密实施的同性恋行为。

哲学问题。一般来说,在古代,由于文化水准相对低下,社会关系比较简单,既无制定完整法律的能力,也无制定完整法律的必要,作为人类良知的道德观念是维护社会秩序的有效规范,所以违反道德者即受制裁,法律与道德合二为一。在十八、十九世纪,由于个人主义、自由主义极盛,价值多元化观念冲击着伦理体系,法律与道德合二为一的观念与做法,很不利于保护个人权利与自由,于是主张法律与道德的严格区别,只有当行为被刑法规定为犯罪时才受刑罚制裁,单纯违反道德的行为不再被认定为犯罪。在现代,由于社会关系进一步复杂化,个人利益与社会利益不可分割地交织在一起,权利与义务越来越统一,于是主张法律与道德相互渗透、相互融化、相互交叉。^[67]即“法律与道德代表着不同的规范性命令,其控制范围在部分上是重迭的。道德中有些领域是位于法律管辖范围之外的,而法律中也有些部门几乎是不受道德判断影响的。但是,存在着一个具有实质性的法律规范制度,其目的是保证和加强对道德规则的遵守,而这些道德规则乃是一个社会的健全不可少的。”^[68]但是,不管法律与道德如何相互渗透、相互融化、相互交叉,二者肯定存在区别。关于法律与道德的区别,法与伦理学提出了许多观点。^[69]“一个颇具影响的理论认为,法律与道德区别存在于这样一个事实之中,即法律调整人们的外部关系,而道德则支配人们的内心生活和动机。这一理论最初由托马斯(Thomasius)提出,尔后又得到康德(Kant)的详尽阐述;自此以后,该理论一直为广大攻读法理学的学生所接受。……根据这一观点,法律不考虑潜在的动机如何而要求对现行规则与法规进行外部服从,而道德则求助于人的良心。道德规则要求人们根据高尚的意图——首先是根据伦理责任感——而行为,它还要求人们为了善而去追求善。”^[40]换言之,法律关注的是外在性,而道德关注的是内在性。当然,事实上,法律也关注内在性,^[41]道德也关注外在性,^[42]但从总体上来说,承认上述区别还是具有意义的。首先是法律关心方向的外在性。法律虽然在关注外在性的同时也关注内在性,但是,“在这种场合,心情只是作为外部行为的潜在的源泉而成为法律上的问题的”;而道德只是关注内心本身。其次是法律判断方法的外在性。得出合法性的结论,只要通过事后的判断能确认其行为的合法性就行了;而要得出合乎道德的结论,“仅仅是其外部合乎道德还不够,同时还要求其内心是出于道德的动机,即要求行为出于对道德律的敬畏之念,出于良心、义务感的驱使,实施履行义务的行为。”再次是目的主体的外在性。负有法律上的义务时,通常有与之相对应的权利主体;而负有道德上的义务时,通常并无与之相对应的主体。易言之,法律上的义务是对他人的义务,而“道德上的义务是对良心的义务,是对自己的义务,是对自己心目中的神的义务。”^[43]最后是法律存在的外在性。法律是成文的,存在于人的外部;而道德是不成文的,存在于人的内心。总之,法律的外在性与道德的内在性的区别是客观存在的。这种区别清楚地告诉我们,法律应当重视行为及其事实,而不应当过于重视行为人的内心。重视

[67] 参见林纪东:《法学通论》,台湾远东图书公司1953年版,第60页。

[68] [美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第368页。

[69] 如:(1)法律是注重权利,而伦理注重义务;(2)法律上的义务是对他人的义务,而伦理上的义务是对自己的义务;(3)法律是国家意志,以国家强制力作后盾,而伦理并非如此;(4)法律容易接受社会生活规则的习惯、技术,而道德并非如此;(5)法律一般制定为条文,而道德却并非如此;(6)法律重视行为,而道德重视动机;如此等等。

[40] 前引[68],E·博登海默书,第350页以下。

[41] 如意外事件不成立犯罪,区分故意犯罪与过失犯罪、故意犯罪中区分为目的犯与非目的犯罪等等。

[42] 如果一个人不将其恶的内心表现出来,我们就不可能对其进行道义上的谴责。

[43] 参见前引[6],G·Rudbruch书,第11页。

故意、过失、与期待可能性是理所当然的,但对没有必要重视的目的与动机予以过分重视,则有混淆法律与道德之嫌。新刑法向客观主义倾斜,正是反映了法律与道德的实质区别。

第六,向客观主义倾斜有利于合理处理刑事立法(权)与刑事司法(权)的关系。^[44]根据刑事立法权与刑事司法权的基本关系以及罪刑法定原则,刑事立法权只能由国家立法机关行使,立法机关不能同时行使刑事司法权;刑事司法只能严格执行立法机关所颁布的刑法,而不能介入刑事立法。但是,刑法是成文法,它本身具有局限性。^[45]于是矛盾便出现了:一方面立法机关必须运用文字制定刑法,^[46]使刑事司法严格执行刑法,尽可能使法官不具有自由裁量权,乃至采取严格规则主义;另一方面又必须尽量克服成文法的局限性,而要做到这一点,就必须使法官有较大的自由裁量权。一般来说,主观主义者主张自由裁量乃至绝对的自由裁量。例如,纳粹德国时代的刑法理论可以说是主观主义的顶峰,其自由裁量实际上在法律上得到了确认,^[47]1935年对刑法进行修改所增设的第2条就规定:“从事法律上宣言为可罚的行为,或者从事根据刑罚法规的基本思想及健全的国民感情应当处罚的行为的人,应科以刑罚。不存在直接适用于行为的刑法之时,得根据具有对该行为最相适合的基本思想的法规处罚之。”这一规定明确否定了罪刑法定原则,法官能够以所谓“健全的国民感情”为根据处罚他人,也可以进行类推解释,其自由裁量权可想而知。又如,概念法学主张严格规则主义、自由法学主张自由裁量主义,^[48]而日本的主观主义者牧野英一极力排斥概念法学,竭力提倡自由法学,强调解释的无限性,十分主张缓解乃至取消罪刑法定原则,从而为绝对自由裁量主义提供理论依据。^[49]由此看来,主观主义与自由裁量主义具有不解之缘,却与罪刑法定原则难以相处。^[50]客观主义者一般维护罪刑法定原则,主张在不违反罪刑法定原则的前提下对法条进行合理解释,从而主张在符合罪刑法定原则前提下的一定限度的自由裁量主义。^[51]我国新刑法规定了罪刑法定原则,但我国地域辽阔、人口众多,各地发展不平衡,再加上司法人员的素质相对低下,这就决定我国在刑事审判上应当实行罪刑法定原则下的一定限度的自由裁量主义。新刑法向客观主义倾斜,正是有利于做到这一点。

向客观主义倾斜的新刑法,要求刑法理论和审判实践选择与新刑法相协调的发展方向。

四、余论:刑法理论与审判实践的方向

如前所述,旧刑法向主观主义倾斜,旧刑法时代的刑法理论与审判实践亦然。但在向客观

[44] 实质上是有利于实现罪刑法定原则,从而实现该原则的思想基础,即实现民主、自由与秩序(参见前引[9]),拙著,第117页)。

[45] 参见拙文:《妥善处理粗疏与细密的关系力求制定明确与协调的刑法》,《法商研究》1997年第1期;另参见徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1993年版,第137页以下。

[46] 此即罪刑法定原则中的法律主义或成文法主义。

[47] 参见[日]丸山雅夫:《学派之争》,阿部纯二等编《刑法基本讲座》第1卷,法学书院1992年版,第128页。

[48] 参见前引[45],徐国栋书,第251页以下。

[49] [日]牧野英一:《刑法总论上卷》,有斐阁1988年全订版,第28页以下。

[50] 不可否认,也有主观主义者极力推崇罪刑法定原则,德国学者李斯特便是如此。但李斯特本人为了维护罪刑法定原则,极力主张犯罪概念的客观性,在犯罪论方面可谓客观主义者(参见[日]平野龙一:《刑法决论》,有斐阁1972年版,第10页。)

[51] 参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版社1994年第2版,第44页。

主义倾斜的新刑法颁布后,刑法理论与审判实践也应当向客观主义倾斜。下面只选择犯罪论方面的几个问题,将刑法理论与审判实践结合起来进行探讨。

第一是社会危害性的评价问题。犯罪的本质属性是应当追究刑事责任程度的社会危害性,而社会危害性的内部结构应当是主客观统一的,即只有客观上侵害或者威胁了合法权益(行为的侵犯性),主观上又具有侵害或者威胁合法权益的罪过(行为人的罪过性)时,才可能具有社会危害性。⁶²⁾但是,这其中实际上存在着是重视行为的侵犯性、还是重视行为人的罪过性的问题。在这个问题上,客观主义与主观主义之间,存在结果无价值论与行为无价值论的争论。一般而言,结果无价值论主张,刑法的目的是保护法益,违法性的本质是对法益的侵害或者威胁,⁶³⁾因此行为现实生产的危害结果就是违法性的根据;行为无价值论主张,违法性的本质是对作为法规范基础的社会伦理秩序的违反,在违法性判断上重视行为的反伦理道德性,因此,恶的内心、恶的行为本身是违法性的主要根据。⁶⁴⁾这两个观点在许多情况下会得出不同结论。例如,就偶然防卫而言,⁶⁵⁾结果无价值论者主张无罪,行为无价值论者主张故意犯罪既遂。再如,丈夫以强奸故意实施行为但由于发生认识错误实际上奸淫了自己的妻子时,结果无价值论者主张无罪,行为无价值论者主张强奸既遂。笔者认为,我们应当采取以结果无价值为基础同时考虑行为无价值的立场,即既坚持社会危害性的内部结果是主客观相统一的观点,同时又重视其中的行为的侵犯性。因此,对上述偶然防卫,可以认为是故意犯罪未遂;对上述强奸案件,可以认为是强奸未遂。因为在这两种情况下,行为虽然造成了某种结果,但它并不是刑法所禁止的结果,⁶⁶⁾因而不能作为既遂处理。但考虑到行为人有犯罪的故意和行为,故应认定为犯罪未遂。这样来考虑,才真正坚持了主客观相统一的原则,才使对犯罪行为的社会危害性的评价公平合理。总之,对于社会危害性的评价,应当坚持以行为的侵犯性为基础的主客观相统一的标准。

第二是犯罪构成体系问题。我国刑法理论的通说认为,犯罪构成是由犯罪客体、犯罪客观要件、犯罪主体、犯罪主观要件组成。⁶⁷⁾笔者认为,如果认为犯罪构成由上述四个方面组成的话,⁶⁸⁾其排列顺序就不宜轻易改变。这种排列顺序反映了认定犯罪从客观到主观的思想,符合司法实践认定犯罪的方法与过程,并且注重了客观因素;在新刑法之下,其合理性更为明显。但是,近年来,有的学者开始改变这种顺序,或者将犯罪主体置于重点。例如,有的教科书提出:“犯罪构成共同要件应当按照如下顺序排列:犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客观方面、犯罪客体。”并且认为,“犯罪构成其他三方面要件都是以犯罪主体要件为基础的,……犯罪主体要件

62) 参见拙著:《犯罪论原理》,武汉大学出版社1991年版,第70页以下。

63) 如前所述,这里的违法性是指实质的违法性,与社会危害性的含义大体相当(当然,如果坚持客观的违法性论,则违法性只相当于客观的社会危害性)。因此,行为无价值论与结果无价值论也就是关于社会危害性的评价根据的争论。

64) 参见前引[6],早稻田司法考试研究室书,第112页以下。

65) 指行为人没有防卫认识与意图而实施的故意犯罪行为,客观上却符合了正当防卫的条件情况。

66) 并非发生任何结果的都是既遂,只有发生犯罪行为性质所决定的逻辑结果时才是既遂,而致不法侵害者伤亡或者奸淫自己的妻子,并非故意杀人罪、故意伤害罪、强奸罪的结果,因而并不是刑法禁止的危害结果,不能将其作为既遂的标志。

67) 参见高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第75页以下。

68) 笔者认为,犯罪客体不是构成要件(参见前引[6],拙著,第134页以下)。

是犯罪构成诸要件中的第一要件,它是犯罪构成其他要件乃至犯罪构成整体存在的前提条件,也是主客观相统一的定罪原则的基础。”⁵⁹⁾还有人指出:“犯罪构成,作为主体对客体的侵害性的对象性的犯罪活动过程,自始至终打着犯罪主体的烙印,都是主体的人身危险性的表现和实现。它意味着主体的个性特点特别是其人身危险性决定着、制约着整个犯罪活动过程的结构和特性。我们可以把主体对犯罪构成的控制和决定作用称之为犯罪构成的主体性。”⁶⁰⁾笔者认为,这是向主观主义倾斜乃至属于主观主义的观点,其中隐含着许多危险。

首先,上述观点有导致侵犯人权的危险。坚持从客观到主观认定犯罪,是人类经过多少世代才形成的进步成果与经验,因为在合法权益受到侵害或者威胁后,才进一步确认是什么行为造成,再追究是什么人实施的行为以及该人当时的主观心理状态,这是保障人权不受侵犯的最好途径,同时也有利于保护合法权益。反之,如果从主观到客观认定犯罪,即先考虑行为人,再分析行为人的心理状态。进而追查行为人实施了何种行为,侵害或者威胁了何种合法权益,其结果必然是“先抓人、后找事实,”然而,由于绝大多数人都是符合犯罪主体条件的,于是,司法机关遇到任何人都可以进行盘问乃至采取强制措施,再追查所谓犯罪事实。这其中隐含的导致侵犯人权的危险,是不言而喻的。其次,上述观点有导致刑法学与审判实践偏离方向的危险。诚然,犯罪主体“提出犯罪目的,制定犯罪计划,选择犯罪客体或行为对象,确定犯罪的方式方法和手段,并把自己作为物质力量运动起来,运用一定的物质工具,实际地作用于现实的客体,控制或克服来自客体方面的反抗,根据自己需要的形式实际侵害或者占有客体。”⁶¹⁾但是,这是犯罪行为发生的顺序,或者说这是犯罪学、犯罪心理学研究的顺序。司法实践认定犯罪是从客观到主观的,即因合法权益受到了侵害或者威胁,并且证明是由人的行为造成时,才开始进行司法活动。刑法理论首先是为司法实践服务的,其研究理所当然必须符合司法实践认定犯罪的合理顺序或过程。如果排斥从客观到主观认定犯罪的顺序或过程,按照犯罪行为发生的顺序或过程研究刑法学,显然会使刑法学偏离自己的方向,进而使审判实践偏离方向。最后,上述观点有导致犯罪构成形式化的危险。如果认为犯罪客体是要件,那么将犯罪客体放在首位,就有利于对犯罪构成进行实质解释,从而有利于犯罪构成理论的深化。因为刑法的目的是保护合法权益,而犯罪客体所研究的就是规定具体犯罪的条文所要保护的合法权益的性质;正确理解客体,就有利于以客体(合法权益或法益)为指导来确定其他犯罪构成要件。换言之,犯罪构成其他要件都是以客体为核心确定的。正如我国台湾学者林山田所说:“一切犯罪之构成要件系针对一个或数个法益,构架而成。因此,在所有之构成要件中,总可找出与某种法益之关系。换言之,即刑法分则所规定之条款,均有特定法益为其保护客体。因之,法益可谓所有客观之构成要件要素与主观之构成要件要素所描述之中心概念。准此,法益也就成为刑法解释之重要工具。”⁶²⁾正因为如此,对客体的认识不同,对其他构成要件的确定就不同。例如,如果认为诬告陷害的客体只是公民的人身权利,那么,得到被诬告人承诺的诬告行为,就不成立本罪;如果认为本罪的客体是国家的司法制度,那么,即使得到被诬告人承诺的诬告行为,也成立本罪。⁶³⁾

59) 前引 ①, 赵秉志、吴振兴主编书, 第 84 页、第 91 页。

60) 何秉松主编:《刑法教科书》, 中国法制出版社 1995 年第二次修订版, 第 98 页。

61) 同上, 第 97 页以下; 另参见前引 ①, 赵秉志、吴振兴主编书, 第 84 页。

62) 林山田:《刑法特论》(上册), 台湾三民书局 1978 年版, 第 6 页。

63) 参见[日]前田雅英:《刑法各论讲义》, 东京大学出版社 1995 年第 2 版, 第 530 页。

又如,如果认为非法侵入住宅罪的客体是住宅权,则只要没有经过住宅人同意而进入其住宅的,就应构成本罪;如果认为本罪的客体是住宅人的安宁,则只有以危险方式或者以恶意进入他人住宅时,才成立本罪。⁶⁴⁾再如,如果认为盗窃罪的客体是所有权,则被盗人窃回被盗财物的不成立盗窃罪;如果认为盗窃罪的客体是对财物的占有,则上述行为成立盗窃罪。⁶⁵⁾不难看出,客体对犯罪客观要件和主观要件的确定起着决定性作用。既然如此,将客体放在犯罪构成之首,先明确各种犯罪的客体内容,再探讨犯罪构成的其他要件,就有利于根据刑法的保护目的确定构成要件内容,从而对构成要件进行实质性解释,使犯罪构成理论进一步深化。⁶⁶⁾因此,在新刑法之下,我们更应该坚持从客观到主观的犯罪构成理论,不可轻易改变其顺序。应当清醒认识到,从主观到客观的顺序,与向客观主义倾斜的新刑法难以协调。

第三是不能犯问题。我国刑法理论认为未遂犯包括不能犯,即不能犯均为未遂犯。这就导致将一些客观上完全没有任何危害的行为,也认定成为未遂犯。如某甲意图毒死某乙,误将白糖当作砒霜放入某乙要吃的食物里,某乙吃后平安无事。但认定甲的行为构成故意杀人未遂。⁶⁷⁾这在不能犯问题上采取的是主观说,是标准的主观主义的观点。如果将这种观点进一步延伸,意图毒杀他人结果误用了健身药品时,也成立杀人未遂。可是,这种行为在客观上没有侵害或者威胁任何人的生命,将其作为犯罪处理,实际上只是将主观恶性作为认定犯罪的根据,违背了主客观相统一的原则,背离了保护合法权益的刑法目的,与向客观主义倾斜的新刑法相去甚远。因此对于不能犯理论应当进行反思。笔者认为,只有当行为人主观上具有罪过,其客观上实施的行为具有侵害合法权益的危险时,才能认定为未遂犯;对行为人主观上具有罪过,其客观行为没有侵害合法权益的任何危险时,不能认定为未遂犯,而应认定为无罪。在刑法理论与审判实践上贯彻这一观点,有利于坚持主客观相统一的原则,有利于发挥刑法的机能,有利于与向客观主义倾斜的新刑法协调一致。

总之,刑法理论与审判实践应当与向客观主义倾斜的新刑法协调一致,舍弃与新刑法及中国国情相抵触的主观主义观点,舍弃一些貌似主客观统一实际上是主观归罪的观点。需要说明的是,笔者并不主张刑法理论与审判实践全面向客观主义转化,更不是主张客观归罪,而是主张在主客观相统一的前提下向客观主义倾斜,将客观因素置于比主观因素更为重要的地位,或者说,与主观要素相比更为重视客观因素。

64) 参见[日]关哲夫:《侵入住宅罪研究》,成文堂1995年版,第151页以下。

65) 参见[日]木村光江:《财产犯论的研究》,日本评论社1988年版,第13页以下。

66) 这里显然是就刑法学的研究过程而言,即是从规范学而言;如果从认定犯罪来说,则是先看客观事实与主观内容,再确定行为侵犯了何种法益,从而认定行为符合何种犯罪的构成要件,但这是从事实学而言。

67) 前引[13],高铭暄书,第160页。