

# 形式与实质的关系： 刑法学的反思性检讨

陈兴良\*

---

**内容提要：**形式与实质的关系，是刑法学中的一个重大理论问题，其在刑法学中的意义，可从犯罪的形式概念与实质概念、犯罪构成的形式判断与实质判断、刑法的形式解释与实质解释三个视角加以阐释。在罪刑法定原则下，应当倡导形式理性。因此，犯罪的形式概念具有合理性，犯罪构成的形式判断应当先于实质判断，对于刑法的实质解释应当保持足够的警惕。

**关键词：**形式 实质 刑法学 检讨

---

在刑法学中，尤其是在犯罪构成理论中，形式与实质的关系也许是最为混乱的一个问题。如何从刑法理论上对形式与实质的关系进行正本清源的清理，是当前我国刑法学中的一个重大课题，它对于推动我国刑法的知识转型具有重要意义。本文拟以形式与实质的关系为中心线索，对刑法学中的犯罪的形式概念与实质概念、犯罪构成的形式判断与实质判断、刑法的形式解释与实质解释这三个理论问题展开反思性检讨。

## 一、犯罪的形式概念与实质概念

在哲学上，形式与实质是对客观事物的性质的一种揭示。在刑法学中，形式与实质首先用来描述犯罪的概念。因此，在犯罪概念问题上如何处理形式与实质的关系，关乎刑法学的理论根基，值得进行追根溯源式的深入研究。

犯罪概念是刑法的基石范畴，也是刑法学研究的出发点。一般的刑法体系书，都必然涉及犯罪概念问题。在大陆法系国家刑法中，大多未对犯罪作出定义式的规定，例如德国、日本、意大利、法国的刑法典都是如此。这些国家的刑法典之所以未对犯罪概念作出规定，是因为从各国刑法典规定的罪刑法定原则中可以合乎逻辑地引申出犯罪的形式概念，即基于“法无明文规定不为罪”的命题必然得出法律明文规定的才是犯罪的结论。因此，尽管有些大陆法系国家刑法典规定了犯罪概念，也只是犯罪的形式概念。例如在论及犯罪的形式概念时，一般都援引1937年《瑞士刑法典》第1条的规定：“凡是用刑罚威胁所确实禁止的行为”就是犯罪行为。<sup>〔1〕</sup>但这一规定在1971年修

---

\* 北京大学法学院教授。

〔1〕 参见高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社1984年版，第61页。

订后的《瑞士刑法典》中已经不见其踪影，第1条代之以罪刑法定原则的规定；在2003年修订的《瑞士刑法典》中也是如此。由此可见，秉承罪刑法定原则的大陆法系国家刑法典，似乎没有规定犯罪概念之必要。当然，刑法典对犯罪概念不予规定，并不意味着在刑法理论上对犯罪概念不加研究。事实上，大陆法系国家的刑法学家都承认刑法学所研究的是犯罪的形式概念。例如意大利学者指出：“犯罪”（reato）是“刑事违法”的同义词。它意味着违反了刑法规范，即违反了以刑法典为“重罪”和“轻罪”规定的主刑为制裁措施的法律规范。这个以法定制裁措施为基础的犯罪概念，尽管是一个形式概念，但这个概念可以从形式上将犯罪行为与其他违法行为明确地区别开来，因而是保障正确适用刑法的首要条件。<sup>〔2〕</sup>犯罪的形式概念对于限定犯罪的范围，体现罪刑法定原则的精神，当然是具有实质意义的，但它对于犯罪认定的司法活动的意义是有限的。在这种情况下，在刑法学中就出现了所谓犯罪的实体概念。例如德国学者指出：犯罪是法秩序以刑罚作为制裁手段的人的行为。此等形式上的犯罪概念并没有说明，在何种实体条件下应当科处刑罚。也就是说，立法者可以对何种行为方式予以刑罚威胁。由于《基本法》（第2条第1款）是保障一般的行为自由，所以，刑法中的要求和禁止规定，只有当刑罚这一国家最为严厉的制裁方式，是在保障人类社会的共同生活的权利所必需时，始可提出（实体的犯罪概念）。<sup>〔3〕</sup>在这个意义上的犯罪，是指符合构成要件的违法而且有责的行为。显然，从犯罪的形式概念过渡到犯罪的实体概念，这是对犯罪现象认识的进一步深化。根据犯罪的实体内容，就可以为认定犯罪提供一般的法律标准。在这个意义上，犯罪的实体概念是犯罪论体系的逻辑起点。

犯罪的实体概念当然不能等同于犯罪的实质概念。犯罪的实质概念是从犯罪的本质这样一个问题中引申出来的，而在大陆法系国家刑法理论中，一般都把法益侵害当作犯罪的本质，这就是在犯罪本质上的法益侵害说。<sup>〔4〕</sup>犯罪的实质概念主要回答为什么将某一行为规定为犯罪的问题，因而具有明显的立法视角。如果说犯罪的形式概念是一个犯罪的司法概念，那么犯罪的实质概念就是一个犯罪的立法概念。在这个意义上说，犯罪的实质概念与犯罪的形式概念在功能上是存在明显差别的。对此，意大利刑法学者指出：在司法实践中，显然不能以这种伦理或道义意义的实质概念作为认定犯罪的标准（因为它没有抽象出所有犯罪所共同具有的、并能区别罪与非罪界限的共同特征）。于是，犯罪的实质概念的作用就从“教义构建”（dogmatico-costruttivo）（即本来是为了寻找界定现有体系中所有犯罪的总标准）转移到了刑事政策领域。由于现实中的犯罪并不总是符合这种实质意义的犯罪概念，提出并坚持这种概念实际上具有限制立法者的目的，即让立法者以犯罪的实质概念为基础来选择、决定可以被规定为犯罪的行为。<sup>〔5〕</sup>在这个意义上，犯罪的实质概念是一个应然的犯罪概念，而犯罪的形式概念则是一个实然的犯罪概念。刑法教义学中的犯罪概念只能是犯罪的形式概念，而犯罪的实质概念则是在对刑法进行超规范研究时所应当采用的犯罪概念。

犯罪的形式概念与犯罪的实质概念，是采用两种不同的标准对犯罪所下的定义。犯罪的形式概念是以刑法规定为根据定义犯罪，因此采用的是规范的标准。因为规范相对于社会生活来说具有形式的特征，因而被称为犯罪的形式概念。犯罪的实质概念是以一定的伦理道义或者政治教义为根据定义犯罪，因此采用的是价值的标准。这种价值内容是刑法规范的内容与实体，因而被称为犯罪的实质概念。由此可见，犯罪的形式概念与犯罪的实质概念各有自身的标准，亦各有自身的功能，两者只有对应性而无对立性。

〔2〕 参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》（注评版），陈忠林译评，中国人民大学出版社2004年版，第68页。

〔3〕 参见〔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64页以下。

〔4〕 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第91页。

〔5〕 参见前引〔2〕，帕多瓦尼书，第73页。

将犯罪的形式概念与犯罪的实质概念对立起来，并试图以犯罪的实质概念取代犯罪的形式概念的努力，肇始于十月革命以后的苏俄刑法学。1922年《苏俄刑法典》第6条首次规定了犯罪的实质概念，自此，犯罪的形式概念和犯罪的实质概念进入一个纠缠不清的时期。例如苏俄刑法学者指出：决定犯罪的概念，可以有两种方法，一种是对犯罪概念的形式定义，一种是实质定义。犯罪的形式定义就是规定：犯罪乃是法律所禁止将以刑罚为制裁之行为。形式的犯罪定义并不能揭示犯罪的实质。规定犯罪为法律所禁止将以刑罚为制裁之行为，这无异于说犯罪乃是立法者所认为犯罪之行为。形式的犯罪定义并不能使人理解：何以立法者承认此种或别种行为为犯罪行为。犯罪概念的实质定义旨在答复这一问题。实质定义应该规定出：在该国刑事立法中认为犯罪行为之实质的社会特征。苏俄学者在区分犯罪的形式概念和犯罪的实质概念的基础上进而指出：社会主义的刑事立法给予犯罪概念以实质定义。它规定实质上何种作为与不作为在我社会主义国家认为是犯罪的。在1992年《苏俄刑法典》第6条中，对犯罪所下定义是：“凡以反对苏维埃国家机构或破坏由工农政权所建立步向共产主义机构过渡时期之法定程序之一切作为与不作为，一概认为危害社会行为”。社会主义刑法在对犯罪概念作出实体的定义时，同时也就决定了社会主义刑法的社会意义。<sup>〔6〕</sup>在此，苏俄学者完全把犯罪的形式概念与犯罪的实质概念对立起来，并且打上了一种意识形态的标识：犯罪的形式概念是资产阶级刑法所特有的，而犯罪的实质概念则是社会主义刑法所具有的，两者的对立乃是资产阶级刑法与社会主义刑法之间的对立。例如苏俄学者指出：犯罪的实质概念，在苏维埃刑法中具有巨大的理论上和实际上的意义。它提示了作为上层建筑一部分的苏维埃刑事立法所具有的阶级的和政治上的意义，指出了苏维埃刑法和资产阶级刑法之间在原则上的、阶级上的直接对立的区别。<sup>〔7〕</sup>

应当指出，苏俄学者是在犯罪的法定概念的意义上来论及犯罪的实质概念的。如前所述，大陆法系国家在刑法典中一般都没有明确规定犯罪概念，其犯罪的形式概念是罪刑法定原则的应有之义。但从1922年《苏俄刑法典》为始作俑，社会主义国家开始在刑法中规定犯罪概念，而且规定的都是犯罪的实质概念。在刑法中所规定的犯罪概念应当是一个犯罪的司法概念，为司法机关正确地认定犯罪提供标准，只有以规范为特征的犯罪的形式概念才能承担这一使命。但苏俄学者却对犯罪的形式概念进行了意识形态的批判，并在《苏俄刑法典》中确立了犯罪的实质概念。这一犯罪的实质概念直接否定了罪刑法定原则，为类推提供了理论根据，为罪刑擅断大开方便之门。苏俄学者正是从否定法律形式开始，陷入法律虚无主义的泥潭而难以自拔。例如苏俄学者E·B·帕舒卡尼斯把苏维埃的法说成是形式是资产阶级的，内容是社会主义的。E·B·帕舒卡尼斯把将来法的整个消亡过程看成是从资产阶级法律形式向取消一切法律形式的直接过渡。<sup>〔8〕</sup>基于“形式是资产阶级的，内容是社会主义的”这一命题，形式是必须坚决否认的，内容才是应当保留的。殊不知，相对于社会生活而言，法律本身就是形式，对形式的否定最终必然意味着对法律的否定。事实上，社会主义法的内容是不可能脱离法的形式而存在的。犯罪的实质概念正是这种法律虚无主义思想的产物，因为犯罪的实质概念摈弃了犯罪的违法性特征，从而为根据实质的价值判断认定犯罪提供了根据。例如苏俄学者T·И·沃尔科夫断言：由于苏维埃刑事立法是从实质上理解犯罪，必然得出不要规定具体犯罪行为的刑事责任制度。<sup>〔9〕</sup>根据这一构想，一个犯罪的实质概念可以代替整个刑法，它可以为法官认定犯罪提供实质根据，因而出现了“不需要刑法分则的刑法典”的荒谬命题，对刑事法治的破坏作用可想而知。直到20世纪30年代末期，对刑法持虚无主义态度的现象开始有所纠正。

〔6〕 参见[苏]孟沙金主编：《苏联刑法总论》（下册），彭译文译，上海大东书局1950年印行，第307页。

〔7〕 参见[苏]B·M·契柯瓦则：《与制定苏联刑法典草案有关的苏维埃刑法上的几个问题》，载《苏维埃刑法论文选译》（第1辑），中国人民大学出版社1955年版，第7页。

〔8〕 参见[苏]A·A·皮昂特科夫斯基等：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社1984年版，第17页。

〔9〕 同上书，第21页。

在这一背景下，出现了把犯罪的实质特征同形式特征结合起来的所谓犯罪的混合概念。

在苏俄最早提出犯罪的混合概念的是 Н·П·杜尔曼诺夫。杜尔曼诺夫将犯罪确定为“危害社会的、违反刑事法律的、有责任能力的和依法应受惩罚的作为或不作为。”按照杜尔曼诺夫的观点，根据犯罪的形式特征（依法应受惩罚性）可以给犯罪下一个全面的所谓形式上的定义。如果说犯罪的实质特征是行为的社会危害性，那么形式特征就是以违法性、罪过和人的责任能力为条件的应受惩罚性。<sup>〔10〕</sup>犯罪的混合概念在苏俄刑法中的确立，表明在一定程度上向法治的回归，例如类推的取消等，这当然是具有历史进步意义的。在犯罪的概念中恢复形式特征，这本来是对犯罪的实质概念的某种否定，也是犯罪的实质概念是社会主义刑法区别于资产阶级刑法的根本特征之类的政治命题破产的标志，正确的做法应当是彻底回归犯罪的形式概念。但由于所谓犯罪的混合概念在表面上具有超越犯罪的形式概念与犯罪的实质概念的全面性，反而具有讽刺意味地再次获得了政治正确性。

犯罪的混合概念认为，犯罪具有实质特征与形式特征：实质特征是指犯罪的社会危害性，形式特征是指犯罪的刑事违法性。例如苏俄学者在论述 1958 年《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》第 7 条关于犯罪的定义时指出：《纲要》首次提出了实质的和形式的特征二者兼有的犯罪定义。然而，这个规定并无损于犯罪的实质特征。《纲要》不仅没有摒弃实质特征，而且还使立法有了改进和发展。关于犯罪的实质特征与形式特征的关系，苏俄学者指出：刑事违法性是社会危害性的法律表现，因为只有社会危害行为才有可能触犯刑事法律。只有同时兼有社会危害性与刑事违法性这两个要件，犯罪的概念才能成立，缺少其中的任何一个要件，都不能构成犯罪。<sup>〔11〕</sup>如果说，犯罪的实质概念具有与罪刑法定原则之间的抵触性，那么，犯罪的混合概念则以一种貌似辩证统一的逻辑将实质特征与形式特征结合起来。在苏联解体以后，尽管有些俄罗斯学者强调犯罪概念的实质特征是同极权主义意识形态相联系的，因此主张恢复犯罪的形式定义，<sup>〔12〕</sup>但最终还是主张在犯罪概念中保留社会危害性这一特征的观点占据上风。1996 年《俄罗斯联邦刑法典》第 14 条第 1 款规定：“本法典以刑罚相威胁所禁止的有罪过地实施的危害社会的行为，被认为是犯罪。”这一犯罪概念去除了《苏俄刑法典》关于犯罪概念表述中的政治意识形态的内容，以极为抽象的形式表述社会危害性。俄罗斯学者认为，这一规定保留了 1958 年《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》首次提出的犯罪的实体—形式定义。犯罪的这一定义再次给予其实体特征——行为的社会危害性以优先地位，同时指出其有罪过性、违法性和应受刑罚的性质。<sup>〔13〕</sup>可见，犯罪的混合概念目前在俄罗斯仍然是主流的观点。

我国 1979 年刑法第 10 条关于犯罪概念的规定，是以《苏俄刑法典》第 7 条的规定为摹本的。这一犯罪概念从一开始就被我国学者认为是犯罪的实质概念，并以此与犯罪的形式概念相对立。<sup>〔14〕</sup>这种把犯罪概念理解为是犯罪的实质概念的观点，还停留在苏俄上个世纪 50 年代初期的认识水平上，即使与苏联在 1958 年以后将犯罪的实质概念已经转变为犯罪的混合概念的理论也已经相当隔膜。此后，在我国刑法学界才出现犯罪的混合概念的观点，认为我国 1979 年刑法第 10 条是从犯罪的阶级实质和法律形式的统一上给我国社会的犯罪所下的一个完整的定义。<sup>〔15〕</sup>目前，

〔10〕 参见前引〔8〕，皮昂特科夫斯基书，第 22 页。

〔11〕 参见〔苏〕Н·А·别利亚耶夫、М·И·科瓦廖夫主编：《苏维埃刑法总论》，马改秀、张广贤译，群众出版社 1987 年版，第 65 页。

〔12〕 参见薛瑞麟：《俄罗斯刑法研究》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 104 页。

〔13〕 参见〔俄〕斯库拉托夫、列别捷夫主编：《俄罗斯联邦刑法典释义》（上册），黄道秀译，中国政法大学出版社 2000 年版，第 21 页。

〔14〕 参见高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，法律出版社 1981 年版，第 36 页。

〔15〕 参见高铭喧主编：《新中国刑法学研究综述》，河南人民出版社 1986 年版，第 87 页。

犯罪的混合概念已经成为我国刑法学界的通说,在社会危害性理论在我国占据着正统地位的情况下,犯罪的混合概念获得了存在的合理性。<sup>[16]</sup>笔者从对社会危害性理论进行反思性检讨的立场出发,对犯罪的混合概念进行了批判,主张在刑法中规定犯罪的形式概念。<sup>[17]</sup>我国1997年刑法第13条关于犯罪概念的规定基本上承袭了1979年刑法第10条的规定,因此,从实然上来说我国目前刑法中的犯罪概念仍然是一个混合概念,但从应然上提出犯罪的形式概念,尽管在立法上尚未被采纳,笔者认为对于刑法法理上正确地界定犯罪仍然具有积极意义。

相对于犯罪的形式概念与犯罪的实质概念,犯罪的混合概念更容易获得政治上的正确性。在对犯罪的混合概念进行深入反思的时候,笔者认为犯罪的混合概念存在以下三个明显缺陷:

#### (一) 方法的谬误

犯罪的混合概念以形式与实质相统一为标榜:既照顾了犯罪的法律特征,又揭示了犯罪的实质内容。形式与实质相统一,是哲学原理。但基于实质决定形式这一命题,在将形式与实质相统一这一哲学原理用于对犯罪现象作分析的时候,往往出现贬低形式的倾向。苏俄学者对犯罪形式概念的抨击,主要思想武器之一就是形式主义,大陆法系刑法学也被妖魔化为形式主义法学。例如苏俄学者就将古典派刑法学称为概念法学,指出:“古典学者”在刑法方面反映了资产阶级的民主原则,他们在研究刑法问题时,遵循了严格的形式主义的方法。“古典学者们”不仅把阶级斗争和犯罪的阶级性的问题置于刑法科学的范围之外,而且连作为实际生活现象的犯罪的问题也置于刑法科学的范围之外。正因为如此,所以在古典学派的信徒们看来,刑法科学具有概念法学的一切特征。<sup>[18]</sup>这里的概念法学一词完全是在贬义上使用的,其实概念法学是法教义学的另一种表述,它应该具有在特定语境中的褒义。我国学者亦将犯罪的形式概念指摘为法律形式主义,指出:这种犯罪概念(指犯罪的形式概念——引者注),是只强调行为特征的、超阶级的、法律形式主义的概念,它没有也不可能说明犯罪的本质。<sup>[19]</sup>对法律形式主义的指摘,恰恰暴露了对法治的本质理解上的偏差。法治当然可以分为形式法治与实质法治,但形式法治是法治的逻辑前提,只有在法律形式所提供的空间范围内,实质理性才有可能获得。例如德国学者韦伯揭示了在法律当中存在着的形式与实质之间的冲突,指出:法律逻辑的抽象的形式主义与他们欲以法律来充实实质主张的需求之间,存在着无可避免的矛盾。但韦伯认为法律形式本身是具有独立价值的,它也是法治的应有之义。因为法律形式主义可以让法律机制像一种具有技术合理性的机器那样来运作,并且以保证各个法利害关系者在行动自由上,尤其是对本身的目的行动的法律效果与机会加以理性计算这方面,拥有相对最大限度的活动空间。<sup>[20]</sup>但苏俄学者在犯罪的实质概念中完全否认犯罪的形式特征,使犯罪的司法判断取决于政治目的,从而陷入法律虚无主义。在犯罪的混合概念中,虽然强调犯罪的形式特征与实质内容相统一,但仍然坚持犯罪实质内容对于形式特征的优越性,因此仍然无法满足法治的形式要求。形式与实质相统一是对客观事物认识的一种哲学方法,当然具有其科学性,犯罪现象也确实存在形式与实质这两个层面。但在刑法典中确立犯罪概念是为法官认定犯罪提供法律标准,从而体现罪刑法定原则。在这种情况下,犯罪的形式概念才是合理的、能够胜任的。而犯罪的混合概念为认定犯罪提供的标准是模糊的,因而会混淆罪与非罪的界限。因为犯罪的形式特征与实质内容并不总是能够统一的,在两者存在矛盾与冲突的情况下,到底是按照形式特征认定犯罪还是按照实质特征认定犯罪,法官会面临两难选择。基于实质优于形式的观念,在这种情况下,法官往往会根据犯罪

[16] 关于为犯罪的混合概念的合理性辩护的观点,参见刘艳红:《社会危害性理论之辩证》,《中国法学》2002年第2期。

[17] 参见陈兴良、刘树德:《犯罪概念的形式化与实质化辩证》,《法律科学》1999年第6期。

[18] 参见[苏]A·H·特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,王作富等译,中国人民大学出版社1958年版,第13、14页。

[19] 参见曾宪信等:《犯罪构成论》,武汉大学出版社1988年版,第12页。

[20] 参见[德]马克斯·韦伯:《韦伯作品集IX法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第220页以下。

的实质内容而认定为犯罪。在这个意义上说，犯罪的混合概念只不过是变相的犯罪的实质概念，它并没有彻底清除犯罪的实质概念背后的法律虚无主义，而是使这种法律虚无主义以一种更为隐蔽的方式存在。我们应该毫不留情地揭露犯罪的混合概念所具有实质主义性质，为恢复犯罪的形式概念提供方法论上的辩护。

### （二）功能的混淆

苏俄学者将犯罪的实质概念与犯罪的形式概念对立起来，在犯罪的混合概念中又将犯罪的形式特征与实质内容统一起来，都是以只有一个犯罪概念，尤其是只有一个官方的犯罪概念为逻辑基础的。在只有一个犯罪概念这样的前提下，犯罪的混合概念当然是最为可取的，因为它吸收了犯罪的形式特征与实质内容，超越了犯罪的形式概念与犯罪的实质概念。但恰恰是只有一个犯罪概念这个逻辑前提本身是不能成立的。实际上，犯罪是一种复杂的社会现象和法律现象，可以从不同角度加以定义，因此存在各种不同的犯罪概念。例如英国著名学者边沁就意识到在犯罪概念上的混乱，并指出了这种混乱的危害性：通常意义上，犯罪这一术语，不仅不完善，而且容易产生歧义。除非我们从重构犯罪概念入手，否则，在刑事法律科学中我们将永远无法消除这些歧义。根据边沁的观点，应当从立法与司法这两个层面界定犯罪：如果这个概念（指犯罪——引者注）指的是已经建立的法律制度，那么，犯罪就是被立法者基于无论何种理由所禁止的行为。如果这个概念指的是为创建一部尽可能好的法典而进行的理论研究，根据功利原则，犯罪是指一切基于可以产生或者可能产生某种罪恶的理由被人们认为应当禁止的行为。<sup>〔21〕</sup>边沁从犯罪概念的功用对犯罪概念作了区分，除此以外还可以根据学科的性质对犯罪概念作区分，例如刑法学的犯罪概念与犯罪学的犯罪概念，如此等等。因此，犯罪的形式概念与犯罪的实质概念本无所谓对错，关键是在何种语境中使用。如果在犯罪学研究中使用犯罪的形式概念，显然是荒谬的，正如同在刑法学（这里是指刑法教义学）中使用犯罪的实质概念一样荒谬。

现在的问题在于：在刑法中规定犯罪的概念，也就是犯罪的法定概念，其功能到底是什么？对此，苏俄学者在论述中往往语焉不详。刑法规范具有行为规范与裁判规范的双重属性，因此犯罪概念的规定也是如此。一方面，犯罪的法定概念对于公民具有行为引导机能，为刑法禁止的行为提供一张清单。另一方面，犯罪的法定概念对于法官具有规制机能，要求法官在刑法规定的范围内定罪处罚。在这种情况下，如果给法官提供的是一个犯罪的实质概念而不是一个犯罪的形式概念，实际上是赋予了法官一种实质判断的权力，其必然结果是导致罪刑擅断，苏俄发生在20世纪30年代的大屠杀以一种血淋淋的事实充分地说明了这一点。因此，笔者主张在刑法中应当规定犯罪的形式概念并不是对犯罪的实质概念的否认，而是基于犯罪的法定概念的功能而得出的结论。在刑法中应当规定犯罪的实质概念的主张，恰恰是混淆了犯罪的法定概念的功能。

### （三）角色的错乱

犯罪的形式概念、实质概念抑或是混合概念，都不仅仅是一个犯罪如何定义的技术问题，背后反映的是定义者的角色定位问题。如前所述，犯罪的实质概念是犯罪的立法概念，而犯罪的形式概念是犯罪的司法概念。只有立法者按照立法的思维逻辑，才能作出犯罪的实质定义。而司法者按照司法的思维逻辑，只有对犯罪进行形式定义而不能脱离法律规定对犯罪加以实质定义。由此可见，犯罪的形式概念与犯罪的实质概念的分立及其在各自语境中的使用，是以立法权与司法权的分立、立法者与司法者的角色定位为前提的。刑法的法定概念采用犯罪的实质概念，实际上是使司法者充当立法者，使刑法限制司法权的规制机能荡然无存。而刑法的法定概念采用犯罪的混合概念，则使立法者与司法者的角色错乱，也同样损害刑法机能的正常发挥。正是在这个意义上，苏俄刑法中的犯罪的实质概念，以及后来的犯罪的混合概念，都是其一体化的权力格局与政治体制在刑法中的折

〔21〕 参见 [英] 吉米·边沁：《立法理论》，李贵方等译，中国人民公安大学出版社2004年版，第286页以下。

射，并且深刻地反映了工具主义的刑法观念。例如苏俄学者指出：刑法是同私有制、社会划分为阶级和国家一起产生的。刑法从它产生的第一天起就是统治阶级用来镇压被剥削者反抗的工具。<sup>〔22〕</sup>基于这种统治阶级与被统治阶级对立的国家观，以及建立在此基础之上的刑法工具主义，打击犯罪成为刑法的唯一功能，而罪刑法定原则所具有的对国家刑罚权的限制机能是根本没有存在余地的。出于打击犯罪的需要，立法权与司法权的划分，以及用立法权来限制司法权的必要性都不复存在。这一切都统一在人民意志之下。正如苏俄学者指出：苏维埃刑法没有、也不必向任何人隐瞒自己的阶级实质。因为，苏维埃刑法从产生之日起就表达了绝大多数人民——劳动人民的意志。目前，它仍体现了全体人民的意志。所以，苏维埃刑事立法必将提出犯罪的实质和阶级的定义。<sup>〔23〕</sup>在这种政治与法律不分、权力没有分化的情况下，立法者与司法者的角色区分也没有出现。因此，犯罪的实质概念以及犯罪的混合概念，是政治刑法或者说是敌人刑法的必然结果，它与市民刑法或者说是法治刑法是格格不入的，罪刑法定原则所要求的犯罪的法定概念只能是犯罪的形式概念。

## 二、犯罪构成的形式判断与实质判断

犯罪构成是指犯罪成立条件，大陆法系刑法理论称之为犯罪论体系。在犯罪论体系中如何处理形式判断与实质判断的关系，对于犯罪论体系的构造具有重大意义。

值得注意的是，我国刑法学界在关于刑法方法论的讨论中，引入了形式的犯罪论与实质的犯罪论这一对范畴，赞同实质的犯罪论，进而主张由实质的犯罪论上升到实质的刑法立场，并提倡与之适应的实质刑法解释学。<sup>〔24〕</sup>关于刑法的形式解释与实质解释的问题，在本文第三部分讨论，在此笔者仅就形式的犯罪论与实质的犯罪论问题加以辨析。

形式的犯罪论与实质的犯罪论之分，来自于日本学者大谷实。大谷实指出：承认构成要件的独立机能，以社会的一般观念为基础，将构成要件进行类型性地把握的犯罪论，通常被称为形式的犯罪论，与此相对的就是实质的犯罪论。实质的犯罪论对形式的犯罪论进行批判，认为作为形式的犯罪论的中心的犯罪的定型或类型的内容不明，因此，在形式的犯罪论中，追求保障人权、保护国民利益的处罚范围难以适当划定，主张在刑罚法规的解释特别是构成要件的解释上，应当从处罚的合理性和必要性出发的观点，换句话说，应当从当罚性这一实质的观点出发来进行。按照这种观点，刑法是行为规范，但更应当是以法官为对象的裁判规范，即不外乎是为了导入实质的当罚性判断的规范，因此，罪刑法定原则中的明确性原则或刑法的严格解释原则并不重要，应当从处罚的必要性和合理性的立场出发，对刑罚法规或构成要件进行实质性的解释。<sup>〔25〕</sup>从大谷实以上对形式的犯罪论与实质的犯罪论的对比论述中，我们可以看出：两者的根本区别在于对构成要件是作形式解释还是实质解释。其实，就犯罪论而言，无所谓形式的犯罪论与实质的犯罪论之分，任何犯罪论都包含形式判断与实质判断，当然两者的关系如何处理那是另外一个问题。按照笔者的理解，只有构成要件才有形式的构成要件与实质的构成要件之分。因此，所谓形式的犯罪论是指坚持形式的构成要件论的犯罪论，而所谓实质的犯罪论是指坚持实质的构成要件论的犯罪论。尽管大谷实宣称自己是主张形式的犯罪论的，但从大陆法系犯罪论体系的历史演变过程来看，存在一个构成要件逐渐从形式化向实质化转变的过程。对此，日本学者西原春夫曾经作过以下评论：本来作为价值无涉的概念来

〔22〕 参见前引〔11〕，别利亚耶夫等主编书，第1页。

〔23〕 同上书，第60页。

〔24〕 关于实质的犯罪论，在我国是张明楷教授首倡的，张明楷教授在构成要件论意义上的实质解释论指的就是实质的犯罪论，不同于法律解释意义上的实质解释论。参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第95页以下；另参见刘艳红：《走向实质解释的刑法学——刑法方法论的发端、发展与发达》，《中国法学》2006年第5期。

〔25〕 参见〔日〕大谷实：《刑法总论》，黎宏译，法律出版社2003年版，第73页。

把握的构成要件概念，包含着越来越多的价值，更多地包含着主观性和规范性这两种要素。因此，本来被认为具有独立于违法性之机能的构成要件，与违法性的关系也越来越紧密，最终埋在违法性之中，在考察这一段历史时，已经无法看到构成要件光辉繁荣的景象了。使构成要件概念内容丰富起来的，就是从构成要件论的繁荣、发展中所体现出来的；但是，其发展的结果表现出来的是由于内容过于丰富、包含了太多的价值，反而使构成要件埋在价值中，变得没有什么内容，从而便失去了其本身固有的机能。必须注意的是，构成要件论发展的历史实际上也正是构成要件论崩溃的历史。<sup>[26]</sup> 构成要件论崩溃之说，当然不无危言耸听之嫌，但说形式的构成要件论崩溃，则是符合实际情况的。从形式的构成要件论向实质的构成要件论的演变，带来的不仅是对构成要件论自身的影响，而且对整个犯罪论体系的构造造成了重大的冲击。

在大陆法系的犯罪论体系中，以构成要件作为犯罪成立的首要条件，它最初承担的是形式判断的使命。构成要件理论主要是由德国学者贝林创立的，在李斯特—贝林的古典犯罪论体系中，构成要件理论占有重要地位。尽管在贝林那里，从早期将构成要件看作是犯罪类型到晚年改变为指导形象，存在一个演变过程。但构成要件的客观性与记叙性是始终强调的。例如小野清一郎指出：按照贝林的想法，构成要件是纯客观的、记叙性的，也就是说，构成要件是刑罚法规所规定的行为的类型，但这种类型专门体现在行为的客观方面，而暂且与规范意义无关。构成要件相符性与违法性和责任完全没有关系。一件事符合构成要件，而它是否违法或是否有责任，则完全是另外的问题。规范的违法性和主观的责任问题，应与构成要件相符性分别审查。构成要件充其量不过是记叙性的、客观的东西，这就是贝林的观点。<sup>[27]</sup> 这是贝林在1906年出版的《犯罪论》中的观点，及至1930年出版的《构成要件理论》一书中，面对构成要件中的主观要素与规范要素的发现，贝林对此不得不予以承认，但以更为广义的“法定构成要件”概括之，竭力将其与构成要件加以区分，并对两个概念的混淆发生了某种担忧，指出：倘若人们把“构成要件”理解为法律的抽象观念，即“法定的构成要件”，就会有误解的危险，因为这样会使人进一步将“总的犯罪构成要件”当作犯罪概念性要素的整体，名义上包含了违法性和有责性，因为人们随后就会再次把“总的犯罪构成要件”当作犯罪概念性要素的整体，在名称上包含着违法性和有责性，从而与“刑法特论分则”也即单独的犯罪类型相提并论，混为一谈。<sup>[28]</sup> 贝林的意思是：构成要件仍然是纯客观的、记叙性的，包含主观的、规范要素的构成要件可以称为“法定的构成要件”，但若无限地扩张构成要件的内容，将违法性、有责性都包含进来，那么构成要件就成为犯罪类型的同义词。同时，贝林还为构成要件所具有的形式特征作了有力的辩护，指出：因为人们认识到，刑法法定构成要件只是一些——当然是非常重要的——方法论的指示概念（Ordnungsbegriff），人们也就相信，刑法规定内容就会受到概念“形式主义”的威胁。这是杞人忧天！因为如果构成要件使明确的地位和层次成为可能，那么它就不会给本质上合理的解释法则造成任何损害。就法律强制我们进入犯罪类型并因而引入构成要件中而言，法律本身就是“形式的”，在此方面，构成要件肯定无可非议。<sup>[29]</sup> 贝林所倡导的纯客观的、记叙性的构成要件论，本身就具有通过构成要件所具有的这种形式性，起到防止法官的恣意与推断的限制作用，因而实现罪刑法定主义的价值。

如果说，新古典派发现的主观的违法要素和规范的构成要素，在一定程度上使构成要件的形式化产生动摇。那么，威尔泽尔的目的行为论则进一步加剧了构成要件的实质化。这里的构成要件的实质化，是指更多的行为在构成要件中出罪，这意味着实质判断的前移。例如，医师用手触摸女患

[26] 参见 [日] 西原春夫：《犯罪实行行为论》，戴波、江溯译，北京大学出版社2006年版，第56页。

[27] 参见 [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社2004年版，第22页。

[28] 参见 [德] 贝林：《构成要件理论》，王安异译，中国人民公安大学出版社2006年版，第20页以下。

[29] 同上书，第31页以下。

者的生殖器官,按照贝林的构成要件理论,这是具有猥亵罪的构成要件该当性的行为,只不过行为人在主观上不具有猥亵的意图,因而具有主观的正当化事由而在违法性中予以排除而已。但若在构成要件判断阶段就考虑主观上是否具有猥亵意图,则根本不存在猥亵行为,因而不具有构成要件该当性。目的行为论最初是将故意移入构成要件,后来又将过失移入构成要件。因为行为是受目的支配的,如果不联系行为人的主观心理性要素,是无从认定行为性质的。在这种情况下,构成要件的客观性不复存在。主观要素在构成要件中的引入,意味着构成要件更多地包含实质判断。尤其是威尔泽尔提出的社会相当性理论,在构成要件中直接引入了价值判断。社会相当性理论(Lehre von der sozialen Adaequanz)表明,以符合义务的注意而为之行为,且该行为属于历史形成的社会共同生活秩序范围内的行为,不属于犯罪构成要件范畴,即使它与侵害刑法所保护的法益的危险有联系。<sup>[30]</sup>当然,社会相当性的判断到底是属于构成要件判断还是属于违法性的判断,在刑法理论上一直存在争议。即使是首创社会相当性理论的威尔泽尔,对于社会相当性理论在犯罪论体系中的地位亦多次反复。开始将社会相当性理论定位于构成要件该当性的范围,成为构成要件该当的阻却事由。后来,又将社会相当性视为习惯法的正当事由,亦即将社会相当性定位为违法判断的范畴,而是为阻却违法的事由。此后,又回复构成要件该当性的范畴。<sup>[31]</sup>将社会相当性纳入构成要件判断,主要是担忧因其判断标准的暧昧性而损及构成要件的确定性,降低构成要件的保障功能。尤其是发生混淆构成要件该当性与违法性判断的层次,使违法性判断混杂到构成要件判断之中。笔者认为,这种担忧是没有必要的。因为社会相当性作为一种实质的价值判断,是在构成要件的形式判断之后进行的,即使存在标准模糊的问题,因为它只涉及出罪而没有入罪功能,并不会影响构成要件的保障功能。而且,在违法性中只作违法阻却的判断,即使在构成要件中进行社会相当性的判断也不会损害违法性要件的独立性。类似于社会相当性理论,日本学者宫本英修创立了可罚的违法性理论。所谓可罚的违法性,是指行为的违法性需要刑罚这种强力的对等,具有与刑罚相适应的质与量。而且,作为量的问题,是指在犯罪中都各自被预定了一定严重程度的违法性,即使看起来行为符合犯罪类型(构成要件),但是,其违法性极其轻微(零细的反法行为),没有达到法所预定的程度时,就不成立犯罪;作为质的问题,是指违法性虽然并不能说是轻微的,但是,其违法行为的质与刑罚不相适合。<sup>[32]</sup>对于可罚的违法性在犯罪论体系中的地位,同样存在争议。例如藤木英雄就把可罚的违法性当作构成要件阻却事由,这种见解明显受到威尔泽尔社会相当性理论的影响,认为社会相当性理论与可罚的违法性(实质的违法性)理论在基础上是共通的,两者之间属于表里一体的关系,从而为其构成要件该当性阻却说提供了理论支持。<sup>[33]</sup>当然,主张形式的构成要件论的学者,例如大塚仁、大谷实都主张把可罚的违法性在犯罪论体系上的位置放在违法性论之中讨论。例如大谷实指出:以可罚的违法性为基准来判断有无构成要件该当性的话,在判断抽象的、类型的、形式的构成要件该当性的时候,就会加入具体的、非类型性的、实质的价值判断,使构成要件该当性的判断变得不明确,损害构成要件的人权保障机能。<sup>[34]</sup>将可罚违法性放在构成要件中讨论,当然是一种构成要件实质化的做法,它是否会损害构成要件的保障机能,笔者的回答是否定的,正如同社会相当性理论一样。

社会相当性理论判断标准的模糊性是最为形式的构成要件论所诟病的,因而在形式的构成要件

[30] 参见前引[3],耶赛克等书,第310页以下。

[31] 参见黄丁全:《社会相当性理论研究》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第5卷),中国政法大学出版社2000年版,第324页。

[32] 参见前引[4],大塚仁书,第314页。

[33] 参见刘为波:《可罚的违法性理论》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第10卷),中国政法大学出版社2002年版,第80页。

[34] 参见前引[25],大谷实书,第184页。

论在“二战”复苏以后，又被纳入违法性中讨论，成为违法阻却的根据，尤其是超法规的违法阻却的实质根据。但德国学者罗克辛的客观归责理论，以一种具体标准的建构，为构成要件的实质化提供了巨大的理论支撑。罗克辛指出：过去信条学的出发点是，客观行为构成会由于行为人举止行为对结果具有因果性而得到满足。在那些刑事惩罚显得不恰当的案件中，人们在故意实施的犯罪中，试图通过否定故意来免除刑罚。罗克辛以威尔泽尔经常使用的“在暴风雨就要来的时候，把别人派到森林里去，希望他会被雷劈死”为例，以往的理论认为在这个案例中，存在杀人行为，因为对杀人行为作了形式判断，只要引起他人死亡的行为就是杀人行为。而且，根据条件说，该杀人行为与死亡结果之间存在“若无前者，即无后者”的关系，因而存在因果关系。威尔泽尔认为，该人的行为之所以不构成犯罪是因为没有杀人故意。在此，行为人对他人死亡显然存在着一种希望或者愿望，但不是故意所要求的那种对事件的发生真正产生影响的强大意志。罗克辛认为，这种观点是不能成立的。行为人主观上故意是有的，之所以不构成犯罪，是因为事件客观偶然性。仅仅因为我们没有把一个纯粹偶然造成的死亡在客观上评价为法律意义上的杀人。<sup>[35]</sup>显然，客观归责理论对杀人作了实质的而非形式的解释。客观归责理论以危险为核心概念，形成制造不被允许的危险、实现不被允许的危险等一系列具体判断标准，对构成要件进行实质性的价值判断。客观归责理论基于法秩序的目的和要求，着眼于行为客观方面的性质，在客观构成要件中就可以确定不法行为的类型，而且能够消除传统构成要件形式性判断的弊端，大大缩减了条件理论适用产生的过度扩张，因而使犯罪的重心能移到客观构成要件方面。<sup>[36]</sup>当然，主张形式的构成要件论的学者对客观归责理论是持否定态度的。例如大塚仁就认为，客观归责理论想抑制条件说对因果关系范围的扩大，在这一点上，具有与相当因果关系说同样的志向，其适用的实际，可以说也与相当因果说没有大的差别。但是，所谓客观归责的观念本身和其刑法理论体系上的地位等，尚缺乏明确性，存在不少问题。应该说，没有放弃相当因果关系说而采用这种理论的必要。<sup>[37]</sup>因此，大塚仁仍然坚持相当因果关系说，否定客观归责理论。其实，客观归责理论与因果关系理论还是存在重大区分的。因果关系理论基本上是以自然科学为基础的，在采用条件说的情况下，是对行为与结果之间关系的一种形式判断。在相当因果关系中虽然以相当性为内容引入了一定程度的实质判断，但因为它是条件说所确定的因果关系为框架的，因此它仍然具有因果性的方法论特征。所谓因果性的方法论特征是指因果关系是以行为与结果的客观存在为前提的。因此，在行为、结果、因果关系三者之间呈现出递进式关系。即使没有因果关系，也不能否认行为与结果的客观存在。但客观归责的判断则与之不同，尽管它是条件说为前提的，但若缺乏客观归责，则行为不属于构成要件的行为，因而这是基于归责而对构成要件行为的一种实质判断。例如在暴风雨来临时把别人派到森林里去，希望他会被雷劈死的案例中，指派行为与被指派者被雷劈死以及两者之间的条件关系都是具备的，但由于指派行为没有制造法所禁止的危险，因而在客观上不能将被雷劈死的结果归责于指派行为。在这种情况下，杀人行为不存在，即否定了指派行为具有杀人的性质。客观归责所具有的回溯性的实质审查方法，是不同于因果性判断的，这是客观归责理论的特色。当然，我国也有学者认为客观归责理论是以将实行行为概念形式化为前提的，只要实质地理解“类型化”的实行行为概念，客观归责理论似乎也是不需要的。<sup>[38]</sup>这是从实质的构成要件论角度对客观归责理论的批评。但笔者认为，客观归责理论本身也是一种实质的构成要件论，只不过它采用的归责性方法不同于直接对实行行为作实质判断的方法。

应该指出，上述构成要件的实质化仍然是以维持构成要件该当性、违法性和有责性的犯罪论体

[35] 参见 [德] 罗克辛：《德国刑法学总论（第1卷）》，王世洲译，法律出版社2005年版，第245页。

[36] 参见王扬、丁芝华：《客观归责理论研究》，中国人民公安大学出版社2006年版，第129页。

[37] 参见前引[4]，大塚仁书，第164页。

[38] 参见周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2007年版，第157页。

系为前提的。但在日本刑法学界也存在否认构成要件与违法性分立的犯罪论体系，例如西原春夫就主张采取并不承认构成要件或者构成要件该当性是独立的犯罪要素的立场，而是把构成要件作为违法性的标记并入违法性中讨论，由此脱离构成要件论的犯罪论体系。<sup>〔39〕</sup>这一观点的基本逻辑是这样的：本来作为价值无涉的概念来把握的构成要件概念，包含了越来越多的价值。因此，具有独立于违法性之机能的构成要件，与违法性的关系越来越紧密，最终埋在违法性之中。正是在这个意义上，西原春夫得出了“构成要件论发展的历史实际上也正是构成要件论崩溃的历史”的命题。构成要件的实质化的最终结果导致其命运的终结，在西原春夫看来这是构成要件的一种宿命。当然，这也只是一种学说而已。此外，日本学者前田雅英也是以实质的犯罪论而自称的学者，在犯罪论体系上自成一统。前田雅英认为构成要件该当性的判断，具有“选择值得处罚的法益侵害行为的机能”。换言之，符合构成要件的行为具有值得科处刑罚的违法性，他反对形而上学地、形式主义地解释构成要件。<sup>〔40〕</sup>在这种情况下，前田雅英形成了以下的犯罪论体系：首先探讨客观的构成要件（实行行为、构成要件的结果、因果关系等），然后说明虽然符合客观构成要件却不具有违法性的事由（即违法阻却事由）；其次探讨主观的构成要件（故意、过失、目的等），然后说明虽然符合主观构成要件却不具有责任的事由（即责任阻却事由）。<sup>〔41〕</sup>显然，前田雅英是以构成要件为框架，纳入客观性要素与主观性要素，然后将违法阻却与责任阻却作为消极性的排除事由，由此最终实现构成要件的实质化。

综观上述大陆法系犯罪论体系的演变，可以看出如何处理形式与实质的关系是一条基本线索。其中，构成要件从形式向实质的发展是最为引人瞩目的。无论犯罪论体系的结构如何调整与变动，但一个基本原则从来没有动摇过，这就是形式判断先于实质判断。任何犯罪论体系都包含形式判断与实质判断，问题只是在于两者的位置如何摆放。例如，贝林的犯罪论体系，构成要件是形式化的，属于形式判断，而实质判断是在违法性与有责性中完成的。大谷实、大塚仁都坚持形式的犯罪论，但并不能由此认为在其犯罪论中不包含实质判断，这一点大谷实讲得很清楚：以处罚的合理性、必要性为基准的实质的判断，只要在查清是符合构成要件之后，在违法性以及责任的阶段进行个别、具体判断就够了。<sup>〔42〕</sup>而此后随着构成要件的实质化，也并没有否认构成要件所具有的形式判断功能。例如客观归责理论就是对客观构成要件的双重考察：首先考察行为与结果的因果关系，这是一种形式判断；然后考察结果的客观归咎，这是一种实质判断。在这种情况下，实质判断始终受形式判断的限制，它仅具有出罪功能。即使是西原春夫以违法性取代构成要件，也还是把构成要件当作认定违法性的标识。正是在这个意义上，我们必须破除对形式的犯罪论与实质的犯罪论的以下认识误区：以为形式的犯罪论否认实质判断的必要性，实质的犯罪论则否认形式判断的必要性。

形式判断与实质判断的混乱是从苏俄刑法学开始的，并且与苏俄刑法典确立的犯罪的实质概念有着密切联系。例如，苏俄学者指出：作为苏维埃刑法指导原则的犯罪实质概念，应当成为整个《苏联刑法典》的基础。一般的实质定义，无论在刑法典的体系结构中，无论在其个别制度的规定中，以及在犯罪构成的叙述中，都应当加以具体化。<sup>〔43〕</sup>在这种情况下，犯罪构成纳入了以犯罪的实质概念为中心的刑法学体系，社会危害性成为犯罪构成体系性建构的基础。在此基础上建立起来的犯罪客体—犯罪客观方面—犯罪主体—犯罪主观方面的犯罪构成体系，社会危害性是基石范畴。正如特拉伊宁所称：不仅在分析和判断犯罪时，必须从它作为社会危害行为的实质内容出发，就是

〔39〕 参见前引〔26〕，西原春夫书，第47页。

〔40〕 参见李海东主编：《日本刑事法学者》（下），法律出版社、成文堂联合出版1999年版，第348页。

〔41〕 同上书，第329页。

〔42〕 参见前引〔25〕，大谷实书，第74页。

〔43〕 参见前引〔7〕，契柯瓦则文。

在分析和判断犯罪构成及其各个因素时，也应当考虑到社会主义审判的这项极重要的原则；无论是理解犯罪的整个构成或是理解构成的各个因素，都应当采取作为社会危害行为的犯罪的概念所要求采取的方法。<sup>〔44〕</sup>在犯罪的实质概念的指导下，苏俄的犯罪构成具有明显的实质主义色彩。尤其是在犯罪构成要件的排列顺序上，犯罪客体放在第一位，犯罪客体的认定就是实质判断的过程。

犯罪客体是苏俄刑法学的犯罪构成体系中极具特色的一个要件，它是以马克思的以下论断而根据而建立的：“犯罪行为（盗窃林木的行为——引者注）的实质并不在于侵害了作为某种物质的树木，而在于侵害了林木的国家神经——所有权本身”。<sup>〔45〕</sup>在这一论述中，马克思通过盗窃林木行为的表象得出该行为的实质是侵犯国家所有权这一结论，这显然是实质判断的结果。苏俄学者对犯罪客体的规范学说进行了批判，被纳入犯罪客体的规范学说的有李斯特关于法益的观点、塔干茨夫关于犯罪的客体即表现在生活利益中的法律规范的观点。苏俄学者认为这些学说是在与社会关系的隔离中研究规范，因而提示了犯罪客体是一定的社会关系。<sup>〔46〕</sup>显然，作为犯罪客体的社会关系具有超规范的意蕴。按照苏俄的犯罪构成理论，犯罪的认定从犯罪客体开始，就是把超规范的实质判断放到了第一位，此后的形式判断都不能不受到这一实质判断结论的主导。在这个意义上说，苏俄的犯罪构成是实质判断先于形式判断的。正如我国学者指出：将犯罪客体作为要件，可能使实质判断过于前置。通说的刑法理论中客体作为犯罪成立的首要条件，所谓客体是刑法所保护而为犯罪所侵害的社会关系，这就涉及实质判断。此判断一旦完成，行为就被定性，被告人无法为自己进行辩护，这是一种过分强调国家权力的作用的做法，它可能会导致司法适用上先入为主的危险，不利于保障人权和实现法治。<sup>〔47〕</sup>笔者认为，这一论断是十分正确的，它一针见血地指出了苏俄及我国目前的犯罪构成体系存在的根本缺陷。

以犯罪的实质概念为逻辑起点建构的犯罪构成体系，把实质判断放在形式判断之前，从而损害了犯罪构成体系的内在合理性，这也是我国目前的犯罪构成体系非改不可的重要理由。值得注意的是，我国刑法学界在引入日本刑法理论中的形式的犯罪论与实质的犯罪论的同时，以其实质的犯罪论作为我国犯罪构成的四要件理论辩护的一个重要理论根据。例如我国学者提出了犯罪构成符合性判断的价值属性的命题，认为：在立法层面，犯罪构成要件是立法者所作的价值判断；在司法层面，犯罪构成要件符合性判断是司法者所作的价值判断；在我国与大陆法系犯罪论体系之比较层面，我国的犯罪构成符合性判断也应是价值判断。因而，价值判断当属我国犯罪构成符合性判断的灵魂。<sup>〔48〕</sup>论者这里所说的犯罪构成符合性判断肯定不同于大陆法系犯罪论体系中的构成要件该当性判断，而应该相当于定罪的概念。论者强调定罪中的价值判断，也即实质判断的重要性当然是对的，但问题在于：将定罪中的规范判断，也即形式判断置于何地？规范判断与价值判断、形式判断与实质判断，这两者的关系究竟应当如何处理？这才是当前我国犯罪构成理论迫切需要解决的问题。笔者以为，脱离规范判断、形式判断这一前提而奢谈价值判断、实质判断是极为危险的。我们必须建立起形式判断先于实质判断的理念，使实质判断只有出罪功能而无入罪功能。

### 三、刑法的形式解释与实质解释

刑法的形式解释与实质解释是我国学者提出的，在德、日刑法学中并无形式解释论与实质解释论的对峙。在我国刑法学界，较早论及形式解释与实质解释的是梁根林教授。梁根林在刑法解释的

〔44〕 参见前引〔18〕，特拉伊宁书，第79页。

〔45〕 参见《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1972年版，第168页。

〔46〕 参见前引〔6〕，孟沙金主编书，第326页。

〔47〕 参见前引〔38〕，周光权书，第93页。

〔48〕 参见齐文远、苏彩霞：《犯罪构成符合性判断的价值属性辩正》，《法律科学》2008年第1期。

目的的名目中论及是形式解释论还是实质解释论,指出:在形式的罪刑法定观念支配下的19世纪的刑法解释论,一般倾向于采纳形式解释论与主观解释论,20世纪以来,在实质的罪刑法定观念的主导下的刑法解释论则多坚持实质的解释论与客观解释论。<sup>[49]</sup>从这一论述来看,梁根林基本上是把形式解释等同于主观解释,实质解释等同于客观解释,并按照这一逻辑展开讨论的。但形式解释与实质解释是相对于刑法文本解释而言的,而主观解释与客观解释则是以刑法解释追求的宗旨而论的,两者似乎不能混同。此后,在引入日本刑法学形式犯罪论与实质犯罪论的基础上,进一步展开对形式解释论与实质解释论的研究。例如刘艳红教授提出了“走向实质解释的刑法学”的命题,<sup>[50]</sup>苏彩霞博士则提出了实质的刑法解释论的立场。<sup>[51]</sup>这些讨论,对于推动我国刑法教义学的研究当然是有所裨益的。但是,不可否认在其中也存在一些误读与误解,若不对此加以辨析,则必将不利于我国刑法学的健康发展。

形式解释论与形式犯罪论、实质解释论与实质犯罪论,这两者之间到底是否存在逻辑上的关联性,这是首先需要厘清的问题。我国学者往往认为两者之间存在直接关联,并从形式犯罪论引伸出形式解释论,从实质犯罪论引伸出实质解释论。例如,我国学者指出:形式的犯罪论者主张对犯罪构成要件进行形式的解释。根据实质的犯罪论者的主张,对刑法中的犯罪构成要件的判断不可避免地含有实质的内容,即某种行为是否构成犯罪应从处罚的必要性和合理性的角度进行判断。因此,对刑罚法规和构成要件的解释应该从这种实质角度进行。总之,实质的犯罪论者主张的是实质的刑法解释。<sup>[52]</sup>应当说,这样一种结论是似是而非的。形式犯罪论并非只主张形式判断,而是认为应当在实质判断之前先进行形式判断。例如大谷实指出:在构成要件的解释上,在进行处罚的必要性或合理性的实质判断之前,应当从具有通常的判断能力的一般人是否能够得出该种结论的角度出发,进行形式的判断。<sup>[53]</sup>同样,主张实质犯罪论也不是否认形式判断。之所以发生上述误解,笔者认为是对解释一词的误读以及和没有把解释与判断两个概念区别有关。关于形式犯罪论与实质犯罪论的论述中,也经常提到对构成要件是作形式解释还是实质解释。其实,这里的形式解释与实质解释,应当是指形式判断与实质判断。尽管判断也可以在一定意义上理解为解释,但两者之间还是存在重大区分的。对构成要件作形式解释,是指对一个行为是否符合构成要件作形式上的判断,这是一种规范判断。例如,对杀人行为作形式判断,只要在客观上引起他人死亡结果的行为就是杀人行为。因此,暴风雨就要来的时候把别人派到森林里去,希望他会被雷劈死这一行为就属于杀人行为。而对构成要件作实质解释,是指对一行为是否符合构成要件作实质上的判断,这是一种价值判断。例如,对杀人行为若作实质判断,则上述行为就不能认定为杀人行为,因为该行为没有制造法所禁止的危险。而刑法解释学中的解释,是指对刑法条文的文字进行阐释,使之被理解并被适用。由此可见,这是两种含义完全不同的解释,但我们现在却经常将两者混淆。当然,也有学者已经看到这一点。例如张明楷教授指出:在刑法学研究中,形式解释与实质解释在不同场合可能具有不同含义。<sup>[54]</sup>在形式解释与实质解释的题目下,张明楷分别讨论了构成要件的解释和刑法解释学意义上的解释,但在笔者看来对两者的区分还是不够的。考虑到在不同场合混用解释一词容易引起误解,笔者主张在形式犯罪论与实质犯罪论意义上采用判断一词,即对构成要件作形式判断还是实质判断。在刑法解释学意义上采用解释一词,对某一刑法条文作形式解释还是实质解释。只有在澄清了上述解释一词含义的基础上,我们才能进入对形式解释论与实质解释论的评论。

[49] 参见梁根林:《罪刑法定视域中的刑法适用解释》,《中国法学》2004年第3期。

[50] 参见前引[24],刘艳红文。

[51] 参见苏彩霞:《实质的刑法解释论之确立与展开》,《法学研究》2007年第2期。

[52] 参见前引[24],刘艳红文。

[53] 参见前引[25],大谷实书,第73页。

[54] 参见张明楷:《刑法学研究中的十大关系论》,《政法论坛》2006年第2期。

如前所述，在传统的刑法解释方法中，并无形式解释与实质解释之分，梁根林教授将其和主观解释与客观解释相提并论，显然不是一种具体的刑法解释方法，而是指刑法解释的基本理论，对此大体上不会存有争议。在主观解释论与客观解释论之争中，目前客观解释论在我国刑法学界与司法实践中较为通行。例如最高人民法院有关业务庭室在李宁组织男性从事同性性交易案的裁判理由中明确指出：根据刑法解释原理，对于刑法用语，应当适应社会发展，结合现实语境，作出符合同时代一般社会观念和刑法精神的解释。<sup>〔55〕</sup>除了极端的主观解释论与客观解释论以外，两者的差别也许没有我们想象的那么大。当然，在目前我国刑法规定相对滞后的情况下，倡导客观解释论是具有现实合理性的。但客观解释论又不能完全同实质解释论划等号，因为客观解释仍然要受罪刑法定原则限制，罪刑法定原则为刑法解释划定了边界，无论是形式解释还是实质解释都不能违背罪刑法定原则。这里涉及刑法解释与罪刑法定原则的关系，这是在评价形式解释与实质解释时最需要认真对待的。

在论及形式解释与实质解释时，我国学者分别对应于形式的罪刑法定与实质的罪刑法定。例如我国学者提出：形式的刑法解释论只能满足罪刑法定原则的形式侧面，实质的刑法解释论则体现了现代罪刑法定原则形式侧面与实质侧面之要求。<sup>〔56〕</sup>在罪刑法定原则问题上，存在形式主义的罪刑法定原则或称罪刑法定原则的形式侧面与实质主义的罪刑法定原则或者罪刑法定原则的实质侧面之分。但对于这个问题，在理解上存在巨大差别。例如陈忠林教授在介绍意大利学者曼多瓦尼的实质的合法性原则，即实质主义的罪刑法定原则时指出：坚持“实质的合法性原则”必然推出的两点结论是：（1）只要行为的社会危害性达到了犯罪的程度，即使在没有法律明文规定的情况下，也应受刑罚处罚；（2）只要行为不具有应有的社会危害性，即使有法律的明文规定，也不得当做犯罪来处理。<sup>〔57〕</sup>这是一种赤裸裸的实质主义，它既无罪刑法定之形又无罪刑法定之神，根本不能称为实质主义的罪刑法定原则。通常来说，罪刑法定原则在初始时，其形式侧面更多地受到强调，因而罪刑法定原则具有形式主义的特征，这是为人权保障所必需。此后，为克服罪刑法定原则的僵硬性，开始强调罪刑法定原则的实质侧面，即实质主义的罪刑法定原则。但实质主义的罪刑法定原则并非对罪刑法定原则的形式侧面的完全否定，而是在形式理性的基础上以及框架内追求实质理性，因而是将更多的虽然符合法律规定但却不具有处罚必要性或者合理性的行为排斥在犯罪范围之外。例如基于实质主义的罪刑法定原则，容许有利于被告人的类推等。经由形式主义的罪刑法定原则演变为实质主义的罪刑法定原则，这当然是一种历史性的进步。但我国目前正处在从以往不受规范限制的恣意司法到罪刑法定原则转变的过程之中，形式理性的司法理念在我国还没有建立起来。在这种情况下，过于强调实质主义的罪刑法定原则，不能不令人担忧。因此，笔者还是强调目前我国迫切需要的是形式理性而非实质理性。

基于以上对形式主义的罪刑法定原则与实质主义的罪刑法定原则的界分，再来考察形式解释与实质解释，笔者认为不能简单地贬形式解释而褒实质解释，而是强调在罪刑法定原则所允许的范围内进行刑法解释。例如，类推解释是一种本义上的实质解释，但在罪刑法定原则下是绝对禁止类推解释的。因此，到底什么是罪刑法定原则所允许的解釋限度，这才是我们所关心的，对于这种解释结论是通过形式解释获得还是通过实质解释获得，那才是无关紧要的。

为使我们对在罪刑法定原则下如何把握刑法解释的限度有更为深刻的理解，在这里笔者想以故意毁坏财物罪为例加以探讨。根据我国刑法第 275 条的规定，故意毁坏财物罪是指故意毁坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的行为。在认定本罪的时候，关键问题是如何界定这里的毁坏？

〔55〕 参见最高人民法院刑一庭、刑二庭编：《刑事审判参考》2004年第3辑，法律出版社2004年版，第142页。

〔56〕 参见前引〔51〕，苏彩霞文。

〔57〕 参见陈忠林：《意大利刑法纲要》，中国人民大学出版社1999年版，第11页。

我国刑法学界通常将毁坏解释为毁灭或者损坏。毁灭,是指使用各种方法故意使公私财物的价值和使用价值全部丧失。损坏,是指将某项公私财物部分毁坏,使其部分丧失价值和使用价值。<sup>[58]</sup>根据以上解释,毁坏是使财物的价值或者使用价值全部或者部分丧失的行为,因而一般来说是指对财物的物理性毁坏。但在日本刑法学中,对类似于我国刑法中的毁坏的毁弃、损坏的解释,并不限于物理性毁坏,而是指有害于物之效用的一切行为,也就是采用效用侵害说而非物质性毁坏说。<sup>[59]</sup>根据日本判例,以下行为均属于毁弃、损坏:向餐具撒尿的行为;放走鱼池内鲤鱼的行为;放走小鸟的行为等。我国学者也引入日本的学说,对毁坏作较为广泛的解释。例如张明楷教授主张一般的效用侵害说,认为毁坏不限于从物理上变更或者消灭财物的形体,而是包括丧失或者减少财物的效用的一切行为。所谓财物效用的丧失与减少,不仅包括因为物理上、客观上的损害而导致的效用丧失或者减少(使他人鱼池的鱼游失、将他人的戒指扔入海中),而且包括因为心理上、感情上的缘故而导致财物的效用丧失或者减少(如将粪便投入他人餐具,使他人不再使用餐具);不仅包括财物本身的丧失,而且包括被害人对于财物占有的丧失(如将他人财物隐藏)等情况。<sup>[60]</sup>周光权教授也有类似的论述:毁坏,原本的意义是指物理上的毁损,但是故意毁坏财物中的毁坏又不限于此,有必要对其作广义上的理解,不仅是指毁弃、损坏,还包括其他使财物丧失其效用的行为。在特殊情况下,不具有不法取得的意图,但是又剥夺所有人的财物占有权的抛弃、隐匿、在原财物中掺入其他成分的行为,也可以视为财产毁坏行为。<sup>[61]</sup>从上述解释来看,物理性毁坏,是形式解释的结论,也是本义解释。效用毁损,已经是一种扩大解释,是实质解释的结论。因为效用毁损具有与物理性毁坏在价值上的等同性,都是使财物的价值或者使用价值全部丧失或者部分丧失。在这个意义上理解毁坏,还是在罪刑法定原则所允许的范围之内。但进一步地将毁坏引申为使被害人对于财物占有的丧失,甚至使被害人财物遭受损失的一切行为,则逾越了罪刑法定的界限。在司法实践中存在值得研究的案例,例如上海市静安区人民检察院诉朱建勇故意毁坏财物案,<sup>[62]</sup>被告人朱建勇为泄私愤,侵入他人股票交易账户并修改密码,在他人股票交易帐户内,采用高进低出股票的手段,造成他人资金损失数额巨大。对此,法院认定被告人朱建勇犯故意毁坏财物罪,判处有期徒刑1年6个月,宣告缓刑2年。关于本案,法官在裁判理由中作了以下论证:

使财物的价值降低或者丧失是故意毁坏财物的本质特征。所谓毁坏,就是毁灭或损坏。这种行为的本质就是使其侵害的对象全部或部分丧失其价值或使用价值。毁坏的方式通常以一种直观的物理的方式表现出来,如打碎杯子或者将杯子上的手柄打断等等。但随着社会的进步,新生事物与新现象日益增多,毁坏财物的方式也呈现出多样性。具体表现是,某些有形物即使不使其物理上发生变更,也同样可以降低其价值或使用价值,某些无形物在客观上往往都是通过非物理的手段使其价值降低或灭失。在此情况下,如果我们仍坚持传统思维,将物理上的毁损方式视为故意毁坏财物罪的唯一行为方式,就不能适应实践中保护公私财产的客观需要,就背离了立法者设立故意毁坏财物罪的立法原意。

我们认为,认定毁坏财物的行为,不应将眼光局限于行为手段是否具有物理性质,而应着眼于毁坏行为的本质特征,即该行为是否使刑法所保护的公私财物的价值或使用价值得以降低或者丧失,只要能使财物的价值或使用价值得以降低或丧失,都可以视为毁坏行为。本案中,被告人朱某利用高进低出买卖股票的方法使被害人的股票市值降低,实际上使作为财产性利益代表的股票丧失

[58] 参见胡康生、郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2006年版,第425页。

[59] 参见[日]西田典之:《日本刑法名论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第213页。

[60] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第750页。

[61] 参见周光权:《刑法各论讲义》,清华大学出版社2003年版,第148页。

[62] 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年卷,人民法院出版社2005年版,第303页。

部分价值，这就是毁坏他人财物的行为。<sup>〔63〕</sup>

这一论证明显地采用了实质解释论的方法，对此并无异议。关键在于：这一解释结论是否超出了在罪刑法定原则下刑法解释所应有的限度？如果本案高进低出买卖股票使他人财产受到损失的行为可以解释为毁坏，那么，刑法规定的毁坏一词就丧失了界限功能，故意毁坏财物罪就演变成故意使他人财物遭受损失的犯罪。无论对毁坏一词作何种宽泛的解释，高进低出买卖股票的行为都难以为毁坏一词所涵摄。在此，存在一个符合普通公众语言习惯，因此具有法的可预期性的问题。在司法实践中，还有类似的案例。例如将装在袋中、摆在庭院周围大量不同型号的钮扣倒在地上，掺杂在一起。这些钮扣有成品，也有半成品；有合格品，也有不合格品。经有关鉴定机构的鉴定，损失为12万元。对于本案，控方以故意毁坏财物罪起诉。<sup>〔64〕</sup>在此，又提出了将各种钮扣“掺杂在一起”的行为是否属于毁坏财物的问题。如果将毁坏理解为使他人财物造成损失，则该行为也属于毁坏。但如此理解毁坏，确实在很大程度上超出了公众的认知能力。

## 结 语

形式与实质的关系，是我国刑法学中的一个重大理论问题。以往我们习惯于重视实质轻视形式，或者以形式与实质相统一这类模棱两可的话语界定刑法学中形式与实质的关系。笔者认为，在罪刑法定原则下，应当倡导形式理性。因此，犯罪的形式概念具有合理性，犯罪构成的形式判断应当先于实质判断，对于刑法的实质解释不能逾越罪刑法定原则的藩篱，这就是本文的结论。

### 《法治蓝皮书：中国法治发展报告》2009年卷即将出版

由中国社会科学院法学研究所主编的《法治蓝皮书：中国法治发展报告》2009年卷即将出版，该书对中国2008年的法治发展状况以及一些热点问题进行了总结分析，并预测了今后的立法进展。本书作者阵容庞大，不仅有来自法学研究所相关领域颇有建树的学者、专家，还有来自其他学术机构、国家立法机关、司法机关、行政机关的实务专家。

《法治蓝皮书：中国法治发展报告》2009卷分为总报告、分报告、专题报告、国情调研篇等部分。总报告回顾了改革开放30年来中国法治化进程，分报告则从立法、行政、司法等角度对2008年中国法治状况进行了评点。专题报告部分讨论了2008年的热点法治问题，比如体育法制、突发事件的政府应急法律体系、公益法实践的进展、城管执法、政府信息公开条例的制定与实施等问题。国情调研篇选取了冰雪自然灾害下的政府应急法治、服刑人员的未成年子女生存状况、中国个人信息保护的现状与立法展望等内容。本书采用理论和实践相结合方法，从各个方面总结了2008年中国法治发展的经验和教训，具有一定权威性、前沿性和实证性，为研究者、政府相关部门一窥中国法治全貌提供了宝贵的资料。

〔63〕 参见卢方主编：《经济、财产犯罪案例精选》，上海人民出版社2008年版，第416页以下。

〔64〕 参见邓子滨：《就一起故意毁坏财物案向虚拟陪审团所作的辩护》，载陈泽宪主编：《刑事法前沿》（第4卷），中国人民公安大学出版社2008年版，第187页以下。本文虽是向“虚拟”陪审团所作的辩护，但据笔者所知，这是作者为一起真实案件所作的辩护。