

中国刑法学发展评价 (2012—2013)

基于期刊论文的分析

本刊编辑部

一、刑法学论文数据与分布

本报告以 2012—2013 年公开发表的刑法学期刊论文〔1〕为对象,研究我国刑法学在此时段内的学术推进和学术特点。在正式展开学科评价之前,在此简单描述一下 2012—2013 年我国刑法学期刊论文发表的整体状况:

首先,全国各法学院系和科研机构发表在法学类 CSSCI 来源核心期刊(共计 21 种)上的论文共计 508 篇,其中犯罪论论文 206 篇,刑罚论论文 70 篇,刑法分论论文 232 篇。发表数量排名前十位的分别是清华大学法学院(49 篇)、华东政法大学(46 篇)、中国人民大学法学院(37 篇)、北京师范大学〔2〕(27 篇)、北京大学法学院(26 篇)、东南大学法学院(21 篇)、中国政法大学(20 篇)、南京师范大学法学院(20 篇)、苏州大学王健法学院(19)和中南财经大学(16 篇)。

其次,全国各法学院系和科研机构发表在非法学类 CSSCI 来源核心期刊(共计 120 种,其中包括 50 种综合性社科类核心期刊和 70 种高校综合性社会科学报)上的论文共计 321 篇,其中犯罪论论文 93 篇,刑罚论论文 83 篇,刑法分论论文 145 篇。发表数量排名前十位的分别是北京师范大学(27 篇)、吉林大学法学院(18 篇)、山东大学〔3〕(16 篇)、南京师范大学法学院(15 篇)、西南政法大学(13 篇)、北京大学法学院(10 篇)、中国政法大学(9 篇)、中国人民大学法学

〔1〕 本报告评价对象仅限于 2012—2013 年间公开发表的刑法总论和刑法分论论文。

〔2〕 北京师范大学刑事法律科学研究院和法学院的科研成果合并统计。

〔3〕 山东大学法学院和山东大学威海分校的科研成果合并统计。

院(9篇)、清华大学法学院(8篇)和上海交通大学法学院(6篇)。

最后,全国各法学院系和科研机构发表在法学类非核心期刊^{〔4〕}(共计21种)上的论文共计603篇,其中犯罪论论文162篇,刑罚论论文83篇,刑法分论论文358篇。发表数量排名前十位的分别是北京师范大学(45篇)、武汉大学法学院(32篇)、华东政法大学(28篇)、西南政法大学(23篇)、中国人民大学法学院(21篇)、清华大学法学院(18篇)、中国政法大学(18篇)、最高人民检察院(14篇)、苏州大学法学院(14篇)、北京大学法学院(11篇)、南京师范大学法学院(8篇)。

综上,即使未将非CSSCI非法学类期刊上发表的刑法学论文列为统计对象,在2012—2013年间,我国的刑法学论文发表总数仍然高达1432篇之多,这一数量与2010—2011年间的发表总数(1565篇)大致相当,反映出我国刑法学的平稳发展态势。当然,本报告所关注的并非这一时期论文的数量,而是我国刑法学做出了哪些值得肯定的学术贡献。由于2012—2013年间刑法学论文数量极其庞大,几乎涉及刑法总论和刑法各论的所有重要问题,因此无法在本报告中一一予以评价。本报告仅从刑法总论和刑法分论中选取一些我们认为比较重大的九个问题加以评述,因而难免挂一漏万。

二、刑法总论的学术推进

(一)刑法教义学和刑事政策

晚近以来,刑法教义学和刑事政策的关系成为我国刑法学的热点问题之一。这个研究热点的形成,既与社会公众和司法实践对刑法提出的功能性要求密切相关,也得益于中外两位刑法学大家——储槐植先生和罗克辛先生——原创性思想的理论辐射。1989年,储槐植先生提出了“刑事一体化”的主张,^{〔5〕}而罗克辛教授则在1970年发表了著名的“刑事政策与刑法体系”演讲,倡导建立刑事政策导向的目的理性的犯罪论体系。2010年,罗克辛关于刑法教义学和刑事政策关系问题的两篇演讲报告被译成中文公开出版。^{〔6〕}以此为契机,我国学者围绕刑法教义学和刑事政策的关系进行了初步的探索。研究主要围绕以下几个论题展开:

1. 刑法教义学是否需要与刑事政策相融合

劳东燕梳理了德国刑法教义学和刑事政策关系的历史,比较了刑事政策和刑法体系的两

〔4〕 本报告仅统计了以下21种比较有代表性的法学类非核心期刊:《犯罪研究》、《河北法学》、《法律适用》、《甘肃政法学院学报》、《北方法学》、《河南财经政法大学学报》、《国家检察官学院学报》、《人民检察》、《河南省政法管理干部学院学报》、《中国政法大学学报》、《西部法学评论》、《西南政法大学学报》、《青少年犯罪问题》、《海峡法学》、《云南大学学报法学版》、《昆明理工大学学报(社会科学版)》、《东方法学》、《法治研究》、《中国法律》、《福建政法管理干部学院学报》和《北京政法学院学报》。

〔5〕 参见储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,页294—302。

〔6〕 (德)克劳斯·罗克辛:“刑事政策与刑法体系”,蔡桂生译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第26卷),北京大学出版社2010年版;(德)克劳斯·罗克辛:“构建刑法体系的思考”,蔡桂生译,《中外法学》2010年第1期。

种关系模式,并主张我国刑法理论要考虑将刑事政策纳入刑法体系之中来进行研究。^{〔7〕}陈兴良一方面认为我国刑法需要站稳罪刑法定主义的立场,扎紧形式法治的篱笆,另一方面也承认刑法教义学需要将刑事政策纳入到体系框架内,从而使刑法不仅成为消极的人权保障的工具,而且还成为积极的实现正义的武器。^{〔8〕}孙国祥主张将刑事政策融入我国传统的犯罪论体系,进一步发挥刑事政策的功能,同时将刑事政策的功能发挥限制在合理的范围内。^{〔9〕}可见,在肯定刑法教义学需要与刑事政策相融合这一点上,上述学者具有基本共识。

2. 刑法教义学如何实现与刑事政策的融合

在肯定刑法教义学需要与刑事政策相融合的基础上,我国学者对两者融合的路径选择进行了探索。劳东燕认为,在解释刑法规范的过程中,有必要赋予其合乎时代精神与现实需要的价值判断,而概括性条款、规范性构成要件要素甚至描述性构成要件要素都可以充当法教义学与法外价值判断的联结点。^{〔10〕}陈兴良认为,罗克辛的客观归责理论运用了具有强烈的刑事政策色彩的目的性解释方法,这种方法在以刑事政策指导刑法教义学的解释过程中值得借鉴。^{〔11〕}杜宇表达了类似的看法,他指出,目的论解释在多种解释方法中占据着关键位置,唯有它可以引导出实质性的价值判断,并容纳刑事政策的考量。^{〔12〕}孙国祥则认为,犯罪论体系的实质违法性判断是刑事政策得以改变和重塑刑法规范的载体。^{〔13〕}

3. 刑法教义学刑事政策化的限度

刑法教义学与刑事政策相融合,意味着刑法教义学的刑事政策化。刑法教义学的刑事政策化,绝不意味着刑事政策可以僭越法治国家刑法的基本原则以及刑法教义学的基本法则。因此,陈兴良强调,刑法的刑事政策化应保持在如下合理的限度内:应当尽可能消解刑法的稳定性与刑事政策的变动性之间的矛盾,实现刑法典演变的延续性;应当协调刑法的规范性与刑事政策的价值性;应当妥善处理刑法的公正性与刑事政策的功利性,使刑事政策对功利性目的的追求受到刑法的限制。^{〔14〕}孙国祥主张,刑事司法中的刑事政策应当秉持以下原则:刑法社会保护机能的有限性原则;不利于被告人的扩张解释应有边界;刑事政策的非犯罪化和非刑罚化事由应具有刚性。^{〔15〕}

〔7〕 参见劳东燕:“刑事政策与刑法体系关系之考察”,《比较法研究》2012年第2期。

〔8〕 参见陈兴良:“刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——中国语境下的展开”,《中外法学》2013年第5期。

〔9〕 参见孙国祥:“论司法中刑事政策与刑法的关系”,《法学论坛》2013年第6期。

〔10〕 参见劳东燕:“刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的‘以刑制罪’现象”,《政法论坛》2012年第4期。

〔11〕 参见陈兴良,见前注〔8〕。

〔12〕 参见杜宇:“刑事政策与刑法的目的论解释”,《法学论坛》2013年第6期。

〔13〕 参见孙国祥,见前注〔9〕。

〔14〕 参见陈兴良:“刑法的刑事政策化及其限度”,《华东政法大学学报》2013年第4期。

〔15〕 参见孙国祥,见前注〔9〕。

4. 以刑制罪抑或量刑反制定罪?

在刑法教义学与刑事政策相融合的语境下,“以刑制罪”抑或“量刑反制定罪”的学术争鸣逐渐浮上水面。我国最早使用“以刑制罪”说法的可能是储槐植先生,但他所说的“以刑制罪”是指以刑罚压制犯罪,与“刑不压罪”相对。^{〔16〕} 2006年,冯亚东基于对罪刑关系的反思与重构,提出了“以刑制罪”的构想。^{〔17〕} 2008年,梁根林提出了“量刑反制定罪”的观点,主张“在某些疑难案件中亦存在着逆向地立足于量刑的妥当性考虑而在教义学允许的多种可能选择之间选择一个对应的妥当的法条与构成要件予以解释与适用”的可能性。^{〔18〕} 高艳东则将“量刑反制定罪”的观点贯彻于对许霆案的分析之中,^{〔19〕}更进一步主张为了量刑公正可以变换罪名。^{〔20〕} 劳东燕对高艳东“为了量刑公正可以变换罪名”的观点进行了批评,提出了另一种版本的“以刑制罪”,即解释犯罪成立条件时“以相关法条所规定的法定刑及其适用作为解释的基点”,换言之,“应予适用的刑罚的严厉程度反过来会制约与影响犯罪成立要件解释”。^{〔21〕} “以刑制罪”或者“量刑反制定罪”的主张甫经提出,即遭到学界同仁的强烈质疑,认为可能对罪刑法定原则、罪刑关系的基本逻辑以及刑法教义学法则构成直接威胁冲击,甚至被认为是司法实用主义逻辑。^{〔22〕} 面对这一系列质疑,倡导者理当认真予以回应。

值得指出的是,我国学者近年关于刑法教义学和刑事政策相融合的探讨,在相当程度上是以德国刑法教义学和刑事政策相互交融的趋势为理论渊源的。在当下中国法治语境下倡导刑法教义学刑事政策化,可能存在着偷换概念和语境错位的双重风险:第一,在罗克辛的理论体系中,刑事政策进入刑法体系的功能在于限缩刑罚处罚范围,然而,我国有的学者却打着刑法教义学刑事政策化的旗号,为扩张犯罪圈、加重刑罚处罚辩护,这显然与罗克辛学说主张的旨趣完全背道而驰。第二,刑法教义学和刑事政策有机融合固然是一种理想的、可欲的状态,但这并不当然意味着,当下我们的主要任务就是努力将刑法教义学刑事政策化。正如陈兴良所言,我国还没有建立严格意义上的刑法教义学,因此,当务之急应当是,努力构建出一个相对成熟的刑法教义学体系。^{〔23〕} 在这个意义上,对于刑事政策向刑法教义学的渗透,应当秉持一种积极而审慎的态度。

(二)因果关系与客观归责

因果关系问题一直以来都是刑法教义学中最具争议的一个领域。作为因果关系判断的前

〔16〕 参见储槐植:“刑罚现代化:刑法修改的价值定向”,《法学研究》1997年第1期。

〔17〕 参见冯亚东:“罪刑关系的反思与重构——兼谈罚金刑在中国现阶段之适用”,《中国社会科学》2006年第5期。

〔18〕 梁根林:“许霆案的规范与法理分析(编者按)”,《中外法学》2009年第1期。

〔19〕 参见高艳东:“从盗窃到侵占:许霆案的法理与规范分析”,《中外法学》2008年第3期。

〔20〕 参见高艳东:“量刑与定罪互动论:为了量刑公正可变换罪名”,《现代法学》2009年第5期。

〔21〕 劳东燕,见前注〔10〕。

〔22〕 参见陈兴良,见前注〔8〕。

〔23〕 参见陈兴良,见前注〔8〕。

提,条件说(事实因果关系)已经得到学界的普遍认同,问题是如何在条件说的基础上对因果关系进行规范性的判断(法律因果关系)。对此,我国学界早先借鉴了日本刑法学中的相当因果关系说,但最近几年,来自德国刑法学的客观归责理论获得了越来越多的支持。可以说,当前我国学界对因果关系的研究主要围绕客观归责理论展开。总体上看,这些研究可以分为以下两个方面:

1. 客观归责理论的是非之争

这场争论主要在刘艳红、周光权和张明楷三位学者之间展开。其具体争点主要包括客观归责理论的定位、客观归责理论与犯罪论各阶层的关系、客观归责理论与主观归责的关系、客观归责理论的机能等。作为客观归责理论的批评者,刘艳红认为,客观归责理论是因果关系理论而非归责理论,它透支了违法性阶层和有责性阶层中的有关内容,混淆了主客观归责的关系,削弱了犯罪论体系所具有的人权保障机能。^{〔24〕}站在为客观归责理论辩护的立场上,周光权认为,客观归责理论是规范性的归责理论,它不仅没有混淆主客观归责的关系,而且还有助于理顺二者之间的关系,它的评价具有层次性和充分性,确保了刑法判断的客观化,展示了一般预防的刑罚效果,最终有利于人权保障。^{〔25〕}而作为客观归责理论的谨慎支持者,张明楷认为,客观归责理论不仅是归责理论,而且是构成要件理论,它不会侵蚀违法性和有责性阶层的内容,不过其下位规则之一的“创设法所不允许的风险”与违法性阶层中的内容很难明确地区分开,它没有混淆主客观归责的关系,有助于归责判断的客观化,不过它也会在一定程度上削弱罪刑法定主义机能。^{〔26〕}当下中国刑法学正处于以德日刑法学为师的刑法知识转型过程中。在经历了初步的学说引介阶段后,我国刑法学将进入更为实质性的学说选择和学说本土化的阶段。在这一阶段,我国学者将长期面临着是否以及如何将域外理论真正纳入到中国刑法学中的问题。从这个意义上说,客观归责理论的是非之争,实际上是一系列域外理论的是非之争的开始。应当说,就争论本身的深度和广度而言,目前的客观归责理论是非之争已经达到了相当高的水准。更为值得肯定的是,无论是客观归责理论的批评者,还是其支持者,都恪守了学术批评的基本方法,都坚持了人权保障的立场诉求,这种方法论和价值论层面上的共识毫无疑问是学术争论得以深入、健康、有序进行的前提。就此而言,客观归责理论的是非之争,为以后将陆续展开的其他域外理论的是非之争开了一个好头。

2. 客观归责理论的具体研究

周光权考察了客观归责理论在我国理论研究和司法实践中的现状,并由此提出,我国司法裁判的方法论和客观归责理论基本一致,我国司法实务对疑难案件的处理和德日等国没有太大差异。^{〔27〕}以往我国学者对客观归责理论的讨论比较抽象,很少涉及司法案例,即便偶有涉

〔24〕 参见刘艳红:“客观归责理论:质疑与反思”,《中外法学》2011年第6期。

〔25〕 参见周光权:“客观归责理论的方法论意义——兼与刘艳红教授商榷”,《中外法学》2012年第2期。

〔26〕 参见张明楷:“也谈客观归责理论——兼与周光权、刘艳红教授商榷”,《中外法学》2013年第2期。

〔27〕 参见周光权:“客观归责方法论的中国实践”,《法学家》2013年第6期。

及,也都是国外的司法判例或教学案例。而周光权教授的研究则紧扣我国司法实践,不仅得出的结论新颖且有说服力,而且其所运用的实证考察的方法也值得提倡。孙运梁通过分析我国传统因果关系理论的弊端,论证了引进客观归责理论的必要性。他认为,我国传统因果关系理论功能定位不清导致了理论研究和司法实务的混乱;因果关系应当解决构成要件行为与构成要件结果之间是否存在客观关联的问题,而结果能否归责于行为则是刑法归责理论的任务;在判断结果可否归责时,应当借鉴客观归责理论。^{〔28〕} 吕英杰考察了客观归责理论在过失犯场合的运用,并由此认为,客观归责理论站在新过失论的立场上,在实质化、规范化、精细化的方向上改造、发展了传统过失犯理论;对于客观归责理论框架下的过失不法,在制造危险的判断上,应站在事前的立场,参考行政规则、交往规范等因素,以“一般人+特别的人”的能力为标准进行考察;在危险实现的判断上,应站在事后的立场,考察结果回避可能性、规范保护目的以及介入其他因素时对于归责的影响。^{〔29〕}

(三)罪量与客观处罚条件

不同于外国刑法通常采用的“立法定性+司法定量”的二元化定罪模式,我国《刑法》采用了“立法定性+定量”的一元化定罪模式。^{〔30〕} 如何理解与评价这一极具中国特色的定罪模式,尤其是,如何理解与评价其中的罪量要素,找到其在犯罪论体系中的适当定位,发挥其应有的入罪或出罪功能,是刑法知识转型与犯罪论体系转换语境下我国刑法学者无法回避的课题,也是阶层犯罪论体系本土化、中国化必须解决的重大前置性问题。以2011年通过的《刑法修正案(八)》新增了扒窃、入户盗窃型盗窃罪和危险驾驶罪为契机,我国学界对该问题进行了更为深入的探讨。相关研究主要分为以下四个方面:

1. 立法论上但书与罪量要素的存废

陈兴良曾于若干年前对我国《刑法》中的但书提出了批评。其主要理由是,那些因但书出罪的人往往会受到劳动教养或治安管理处罚,而劳动教养和治安管理处罚并不属于司法范畴,难以受到有效的监督,不利于人权保障。^{〔31〕} 针对陈兴良的上述观点,屈学武提出了反驳意见。她指出:我国现行体制下的劳动教养制度的不合理并不必然地证成罪量要素的不合理;从比较法的角度看,二元制的制裁体系其实并存于世界各国;我国的传统文化和社会制度对犯罪人有普遍的歧视,若废除罪量要素,势必会扩大犯罪圈,给更多人的贴上犯罪人的标签,不利于人权保障。^{〔32〕} 尽管作为争论背景之一的劳动教养制度在2013年已被正式废除,但这个争论本身并没有失去意义。劳动教养制度废除以后,该如何处置那些原本受到劳动教养制度规制的行为,是否以及如何将其中部分行为分流到刑法规制对象之中,仍然是理论界和实务界需要

〔28〕 参见孙运梁:“客观归责理论的引入与因果关系的功能回归”,《现代法学》2013年第1期。

〔29〕 参见吕英杰:“论客观归责与过失不法”,《中国法学》2012年第5期。

〔30〕 参见储槐植:“我国刑法中犯罪概念的定量因素”,《法学研究》1988年第2期。

〔31〕 参见陈兴良:“社会危害性理论:进一步的批判性清理”,《中国法学》2006年第4期。

〔32〕 参见屈学武:“中国刑法上的罪量要素存废评析”,《政治与法律》2013年第1期。

进一步探讨的问题。

2. 解释论上罪量要素的体系性地位

在现行立法规制下,如何从解释论上安排刑法分则条文中的罪量在犯罪论体系中的位置,是一个极具挑战的理论问题。这个问题的复杂性主要来自两个方面:其一,罪量要素是否需要行为人主观认识;其二,行为人若不具备罪量要素,是不成立犯罪还是构成犯罪未遂?正是由于这两个问题的困扰,我国学者在罪量要素的体系性地位问题上产生了激烈的争议,大体上存在处罚条件说、构成要件要素说以及区别对待说三类观点。^{〔33〕} 陈兴良从刑罚限缩事由的角度出发,论证了客观处罚条件说的正当性。他指出:我国刑法对罪量要素的规定,表明我国刑法限制犯罪范围,因而限制司法权,同时赋予公安机关较大的治安处罚权。因此,从刑事政策的观念出发,将罪量要素看作是刑罚限缩事由,从而把罪量要素界定为客观处罚条件,在逻辑上并没有太大问题。^{〔34〕} 梁根林则对客观处罚条件说提出了批评。他认为罪量要素无论如何都是至少与不法相关的犯罪成立条件;如果将罪量要素定位为与不法、罪责无关的客观处罚条件,则可能在相当程度上瓦解责任主义原则;即使在德日阶层犯罪论体系的语境中,客观处罚条件虽然有其立法根据,但德国刑法教义学对客观处罚条件是否真正存在、其功能为何,始终充满争议。在此基础上,梁根林指出,数量型罪量要素和后果型罪量要素可以归入定量构成要件要素;而情节型罪量要素具有特殊性与复杂性,其地位还需进一步思考和厘清。^{〔35〕} 王强认为,罪量要素内容涉及面广,无法统一对待,既可能是真正的客观处罚条件,也可能是不真正(内在)的客观处罚条件,还可能是罪量构成要件要素。他主张,基于对罪刑法定、责任主义原则的坚持,应当将真正的客观处罚条件、不真正的客观处罚条件的罪量要素限制在极个别的范围内,而将绝大多数罪量要素还原为构成要件要素。^{〔36〕} 此外,王莹专门研究了情节犯之情节的体系性地位,她认为我国立法和司法解释规定的情节犯“情节严重”的情况包括两类:一类是构成要件基本不法量域之内的情节,另一类是溢出构成要件基本不法量域的情节。后者又具体包括属于结果加重犯的情形、属于客观处罚条件的情形、多次实施构成要件行为的情形以及其他刑事政策因素三种具体情形。^{〔37〕} 涂龙科则立足于我国四要件的犯罪构成理论,研究了数额犯之数额的体系性地位,认为数额犯之数额是犯罪成立要件要素。^{〔38〕}

3. 客观处罚条件理论

尽管罪量问题属于中国独有的理论问题,但我国学者在解决罪量问题的过程中,尝试着借鉴了德日刑法学中的有关理论。其中最为重要的,就是德国刑法学中的客观处罚条件理

〔33〕 参见王强:“罪量因素:构成要素抑或处罚条件”,《法学家》2012年第5期。

〔34〕 参见陈兴良,见前注〔8〕。

〔35〕 参见梁根林:“但书、罪量与扒窃入罪”,《法学研究》2013年第2期。

〔36〕 参见王强,见前注〔33〕。

〔37〕 参见王莹:“情节犯之情节的犯罪论体系性定位”,《法学研究》2012年第3期。

〔38〕 参见涂龙科:“犯罪论中数额的地位”,《法律科学》2012年第4期。

论。^{〔39〕}上文已述,在罪量要素的体系性地位问题上,客观处罚条件说是一个重要学说,这反过来促使学界加深对客观处罚条件理论本身的研究。王钰对德国刑法教义学中的客观处罚条件作了一个历史考察。不同于以往认为客观处罚条件的目的在于限缩处罚范围的观点,王钰指出,客观处罚条件理论是学术界的一个发明,其目的在于扩张处罚范围,它的存在是结果责任的最后残留。^{〔40〕}与之相反,柏浪涛考察了客观处罚条件和不法构成要件要素的关系后认为,客观处罚条件分为积极的和消极的两个面相,积极的客观处罚条件增加需罚性,消极的客观处罚条件减少需罚性,二者均具有限制处罚的机能,不会冲击责任主义。^{〔41〕}

经过数年的犯罪论体系之争,德日刑法学中的三阶层犯罪论体系在我国刑法学界已经登堂入室。在充分吸收、借鉴阶层犯罪论体系之后,我国学界需要承担起将其本土化、中国化的使命。这也是我国刑法学者为中国刑法学乃至世界刑法学做出自己独特贡献的绝佳良机。就问题讨论的广度和深度而言,目前我国学界对罪量问题的研究已经达到了较高的水准,这是值得肯定和赞赏的。不过,罪量问题的讨论还远没有结束,还没有到盖棺论定的时候。不难发现,随着问题讨论的深入,传统的一元的观点——无论是构成要件要素说,还是客观处罚条件说——都暴露出了明显的不足。因此,结合对罪量要素的类型化研究,对罪量要素的体系性地位与入罪出罪功能作具体讨论,应是一个更为可行的思路。

(四)共犯论

共犯论一直是刑法教义学中一个非常复杂的研究领域。从2012—2013年发表的刑法论文的数量来看,相对于刑法总论的其他问题而言,共犯论的论文在数量上无疑是遥遥领先的。而且,从这些论文涉及的具体论题来看,几乎涉及共犯论的所有重要问题,可以说这一时期共犯论的研究硕果累累,出现了一些相当有分量的成果。

1. 共犯的立法体例

对于整个共犯论而言,共犯的立法体例毫无疑问是一个前提性的问题。众所周知,在世界各国的共犯立法上,主要存在单一制(以《意大利刑法典》和《奥地利刑法典》为代表)和区分制(以《德国刑法典》和《日本刑法典》为代表)两种立法体例。我国现行《刑法》关于共同犯罪的规定比较概括与含糊,存在着较大的解释或者归属的空间。在2012—2013年,旗帜鲜明地主张我国的共同犯罪立法属于单一制的是刘明祥。他指出,我国《刑法》并未区分正犯与共犯,而是将犯罪参与者主要区分为主犯与从犯,并给予轻重不同的处罚。这种立法方式避免了区分制的诸多问题,使定罪更为合理、简便。当然,由于立法上对主犯、从犯的区分标准规定不够明确,因此有必要通过立法和司法加以完善。^{〔42〕}在坚持单一制的前提之下,刘明祥批判了用“正犯”概念来代替“主犯”概念的主张,认为这种观点不仅违反了罪刑法定原则,而且忽视了我

〔39〕 除此之外,还包括日本刑法学中的可罚的违法性理论。

〔40〕 参见王钰:“对客观处罚条件性质的历史性考察”,《清华法学》2012年第1期。

〔41〕 参见柏浪涛:“构成要件符合性与客观处罚条件的判断”,《法学研究》2012年第6期。

〔42〕 参见刘明祥:“论中国特色的犯罪参与体系”,《中国法学》2013年第6期。

国共同犯罪立法是单一制的事实。^{〔43〕}

与这种主张单一制的立场不同,大多数学者认为我国共同犯罪立法采取的是区分制共犯立法体例。^{〔44〕}周光权认为,无论是从我国现行立法还是从刑法理论上,我国共同犯罪立法所采取的都是区分制而非单一制。^{〔45〕}在赞成区分制的前提之下,钱叶六认为我国共同犯罪立法采取了一种不同于德日刑法的所谓“双层区分制”,即在定罪层面按照分工分类法区分不同参与形态,而在量刑层面则区分主犯与从犯。这种双层区分制与德日的单层区分制的不同之处在于:在德日刑法上,定罪层面的正犯与共犯的区分会同时决定量刑层面的刑罚轻重;而在我国的双层区分制之下,定罪层面参与形态的区分并不决定量刑层面的刑罚轻重,量刑层面的刑罚轻重是由主犯与从犯这一区分来完成的。^{〔46〕}

与以往完全不考虑我国共同犯罪立法、盲目照搬照抄德日共犯理论的做法不同,近年来学界对我国共犯立法体例到底属于单一制还是区分制的探讨无疑是值得肯定的。当然,在这场争论中还存在许多似是而非的成分,其中最重要的问题在于:单一制和区分制的区分标准到底是什么?如果不确定两种立法体例之间的区分标准,就无法对我国共同犯罪的立法体例做出正确的判断。事实上,当前两种学说有一个默认的共同前提,即只要是区分了参与形态的立法体例就是区分制;相反,只要是在不法层面不区分参与形态的立法体例就是单一制。因此,单一制和区分制的区分标准就在于不法层面是否区分参与形态。但是,很显然,这一逻辑前提存在问题。从比较法的角度上看,在单一制体例内部,不仅存在完全不区分参与形态的形式性单一正犯体系(例如《意大利刑法典》),而且存在区分参与形态的功能性单一正犯体系(例如《奥地利刑法典》)。^{〔47〕}功能性单一正犯体系之所以仍然是单一制而非区分制,根本原因就在于其在不法层面对参与形态的区分仅仅具有限定处罚范围的作用,而不具有决定各参与者刑罚轻重的功能。各参与者刑罚轻重则由量刑层面来加以确定,换言之,与形式性单一正犯体系完全相同的是,在功能性单一正犯体系之下,定罪层面与量刑层面也是分离的。从这个意义上说,单一制与区分制的区分标准并不在于不法层面是否区分参与形态,而在于定罪层面与量刑层面是否分离:将两者予以分离的是单一制,而将两者合二为一的是区分制。按照这一标准,

〔43〕 参见刘明祥:“主犯正犯化质疑”,《法学研究》2013年第5期。

〔44〕 参见周光权:“‘被教唆的人没有犯被教唆的罪’之理解:兼与刘明祥教授商榷”,《法学研究》2013年第4期;钱叶六:“双层区分制下正犯与共犯的区分”,《法学研究》2012年第1期;张开骏:“区分制犯罪参与体系与‘规范的形式客观说’正犯标准”,《法学家》2013年第4期;谭堃:“单一制正犯体系之质疑——兼论我国犯罪参与体系的归属”,《法治研究》2013年第2期。支持单一制的论文,参见瞿俊森:“正犯与正犯体系研究”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第32卷),北京大学出版社2013年版。

〔45〕 参见周光权,同上注。

〔46〕 参见钱叶六,见前注〔44〕;钱叶六:“中国犯罪参与体系的性质及其特色”,《法律科学》2013年第6期。赞成钱叶六教授这种学说的论文,参见张伟:“我国犯罪参与体系与双层次共犯评价理论”,《刑法论丛》2013年第4期。

〔47〕 参见江溯:“单一正犯体系的类型化考察”,《内蒙古大学学报》2012年第1期;江溯:“《奥地利刑法典》犯罪参与体系研究”,《刑法论丛》2012年第1期。

我国共同犯罪立法显然属于单一制而非区分制。此外,即使在主张我国共同犯罪立法是单一制这一前提之下,依然存在问题:单一制必须采取参与者独立性说,还是可以融合参与者从属性说?对于这一点,当前单一制的主张者认为只能采取独立性说。但是,无论是单一制还是区分制,在某种程度上都只是用来说明犯罪参与体系的“理想类型”,并不表示任何国家的立法都必须完全符合这些理想类型。因此,即使在单一制之下,出于法治国家的明确性要求以及限定处罚范围的考虑,吸纳具有区分制下的共犯从属性成分的学说(例如主张间接参与者与直接参与者之间的“事实依存性”〔48〕)也是完全有可能的。

2. 共同犯罪的本质

由于大多数学者认为我国共同犯罪立法采取的是区分制,因此绝大多数共犯论的具体问题都是在区分制的话语体系之下展开的。就共同犯罪的本质而言,我国传统学说和司法实践采取的是完全的犯罪共同说,即如果参与者具有不同的犯罪故意,那么就无法成立共同犯罪。这种学说被认为不当地缩小了共同犯罪的成立范围,因此在我国学界,支持这种学说的学者越来越少。张明楷首先在学界主张以部分的犯罪共同说取代完全的犯罪共同说,并且获得了许多学者的支持。〔49〕晚近以来,有一些学者开始主张行为共同说,开始形成与部分犯罪共同说分庭抗礼之势。〔50〕由于部分犯罪共同说存在罪数判断、结果双重评价、在无法确定究竟是持重罪故意者还是持轻罪故意者的行为引起重罪结果的情况无法归责以及不符合司法实践等问题,〔51〕因此从结论上说,行为共同说是更为可取的学说。

3. 正犯与共犯的区分

在正犯与共犯(或者在犯罪参与者)的区分问题上,由于在德日区分制的立法上,对于正犯与共犯的处罚轻重不同,因此,根据罪刑法定原则,如何区分正犯与共犯就成为一个至关重要的问题。在学说史上,对于如何区分正犯与共犯存在各种各样的客观说和主观说,目前在德日刑法学界占主导地位的是融合主观说和客观说的犯罪支配说。但是,由于在我国共同犯罪立法中,犯罪参与形态并未直接与量刑轻重挂钩,因此,正如主张区分制的学者所主张的那样,在我国,正犯与共犯的区分无需过分地实质化或者采取犯罪支配说,而是采取形式客观说或者所谓规范的形式客观说即可。〔52〕然而,这在一定程度上也说明我国共同犯罪中犯罪参与形态的区分意义和功能与德日区分制中的正犯与共犯的区分意义和功能完全不同。

4. 正犯与共犯的关系

在正犯与共犯的关系上,围绕教唆犯的性质特别是对《刑法》第29条第2款的理解,我国

〔48〕 参见江溯:《犯罪参与体系研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,页252—253。

〔49〕 不过,近年来,张明楷也倒向了行为共同说的阵营,参见张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,页358—360。

〔50〕 参见黎宏:“共同犯罪行为共同说的合理性及其应用”,《法学》2012年第1期;王昭武:“论共谋的射程”,《中外法学》2013年第1期;钱叶六:“共犯与正犯关系论”,《中外法学》2013年第4期。

〔51〕 参见王昭武,同上注。

〔52〕 参见钱叶六,见前注〔44〕;张开骏,见前注〔44〕。

学界逐步摆脱了似是而非的二重性说,一些学者开始明确主张共犯从属性说。^{〔53〕}在共犯的可罚性是否取决于正犯着手实行犯罪的问题上,实行从属性说开始占据主流地位;^{〔54〕}在要素从属性问题上,则仍然存在限制从属性说^{〔55〕}与最小从属性说^{〔56〕}之争。

总体而言,这些争论在很大程度上深化了近年来我国共犯论的研究水平,今后学界努力的方向一方面应该在于进一步构建逻辑自治的共犯论,另一方面在于将共犯理论落实到我国司法实践具体共同犯罪问题的解决之中。从这两个方面看,我国共犯论依然还有很长的路要走。

(五)被害人教义学

近年来,随着刑法学研究的不断深入,在借鉴德日刑法学知识的基础上,我国学者开始尝试从行为人和被害人的二元互动关系出发,研究被害人对行为人归责(不法或责任)的影响,从而形成了被害人教义学这一新兴的理论领地。^{〔57〕}近年来,被害人教义学已逐渐成为我国刑法理论上的一个热点,相关的高质量的佳作不断涌现。其中既有对被害人教义学“总论”即被害人教义学基本原理的宏观研究,也有对被害人教义学“分论”即被害人同意、被害人自陷风险等理论问题的具体探讨。下面分而述之。

1. 被害人教义学的基本原理

从自我决定权和刑法家长主义二元关系的视角出发,车浩开始了其构建被害人教义学理论体系的努力。他指出,自我决定权的解释力可以辐射到被害人同意、被害人自陷风险、狭义的被害人教义学、自诉和刑事和解等领域,而家长主义则是自我决定权在刑法上的对立者与保护神。二者的关系呈现出既有正面排斥又有逆向制约、既要积极保障又要拒绝溺爱性保护的复调结构。在此基础上,他认为,自我决定权和刑法家长主义之间这种二元互动的理论框架,可以为被害人教义学问题提供理论支撑。^{〔58〕}作为一个具有浓厚的法哲学色彩的教义学研究,车浩的论述具有诸多创新之处。其一,以自我决定权和刑法家长主义二元互动的理论框架解读刑罚的正当性及其边界的问题,从而给这个刑法的元问题提供了一个有别于传统思路(报

〔53〕 参见周光权,见前注〔44〕;钱叶六:“共犯的实行从属性说之提倡”,《法学》2012年第11期;钱叶六,见前注〔50〕;张开骏:“共犯从属性理论的体系建构”,《清华法学》2013年第6期;张开骏:“共犯从属性理论的贯彻与应用”,《中国刑事法杂志》2013年第8期;闫二鹏:“从属性观念下共犯形态论之阶层考察”,《法学论坛》2013年第4期。

〔54〕 参见周光权,见前注〔44〕;钱叶六同上注。

〔55〕 参见钱叶六,见前注〔50〕;张开骏,见前注〔53〕。

〔56〕 参见闫二鹏,见前注〔53〕。

〔57〕 需要说明的是,尽管我国的被害人教义学的研究深受德日刑法学的影响,但它并不等同于德日刑法学中的被害人教义学。后者主要研究的是诈骗罪等少数犯罪中被害人的保护可能性和需保护性的问题,而前者不仅包括了后者,而且还涵盖了被害人同意、被害人自陷风险等理论领域。二者呈现出一种包含和被包含的关系。下文将述,这种有别于德日刑法学被害人教义学的我国被害人教义学的构建,是我国学者的理论贡献。为了言说的便利,下文将我国意义上的被害人教义学仍称为“被害人教义学”,而将德日刑法学意义上的被害人教义学称为“狭义的被害人教义学”。

〔58〕 参见车浩:“自我决定权与刑法家长主义”,《中国法学》2012年第1期。

应论、预防论、二元论等)的全新方案。其二,在对自我决定权和刑法家长主义分别作出了具有新意的界定之后,对二者的关系进行了系统的梳理,尤其是,基于认识错误是否导致被害人同意无效这一具体问题,提出了二者存在教育关系(刑法家长主义不能提供无限的保障)的观点,颇具启发性。其三,车浩的本意,当然也是其论述的最大贡献,在于以自我决定权为理论基础,以自我决定权和刑法家长主义的二元关系为框架,构建一个统合被害人同意、被害人自陷风险、狭义的被害人教义学等内容的被害人教义学,从而使“被害人教义学”这一原本模糊的称谓成为了一个具有明确内涵和外延的法教义学概念和法教义学领地。不过也要看到,构建被害人教义学的理论工作还没有全部完成,还有很多问题需要进一步探讨。例如,狭义的被害人教义学研究的主要是被害人的保护可能性和需保护性的问题。一般认为,其上位原则是刑法辅助性原则、刑法谦抑原则以及刑法最后手段性原则。^{〔59〕}若从自我决定权和刑法家长主义的关系去解读狭义的被害人教义学,那些被刑法认为被害人欠缺需保护性的场合(例如被害人被简单、拙劣的欺诈行为所欺骗时),与其说是被害人自我决定权的体现,毋宁说是刑法家长主义的体现。因此,能否以自我决定权作为狭义的被害人教义学的基本原理,换言之,能否将狭义的被害人教义学纳入到被害人教义学之中,理论上还存在进一步讨论、辩驳的余地。

2. 被害人同意

在被害人教义学的具体领域中,被害人同意(或曰被害人承诺)问题得到关注最早,理论研究也最为充分。在早先诸多总论性研究的基础上,车浩率先考察了被害人同意在具体各罪中的解释力。他将被害人同意和盗窃罪构成要件的具体特征相结合,运用“预设的同意”理论解决ATM机等自助型机器类案件中的疑难问题,根据是否存在同意区分盗窃陷阱场合中盗窃的既遂和未遂,按照“客观权限+审核义务”的标准区分盗窃罪间接正犯与三角诈骗,从而既检验和彰显了被害人同意的理论解释力,又促进了盗窃罪教义学的纵深发展。^{〔60〕}

3. 被害人自陷风险

随着德日刑法学知识的引进,尤其是随着罗克辛客观归责理论的引介,被害人自陷风险(或曰“危险接受”)问题开始进入了我国学者的视野。其中,张明楷和江溯对这个问题作了较深入的且具有一定新意的研究。在德国刑法学中,被害人自陷风险的功能及其体系性地位经历了一定的变迁。德国现在的通说观点认为,被害人自陷风险可以分为参与他人的自我危害(或曰“自我危险化的参与”)和同意他人危害化(或曰“基于合意的他者危险化”),前者阻却构成要件该当性,后者阻却违法性。^{〔61〕}针对这一通说观点,张明楷和江溯从不同的角度展开了批评。张明楷对以往区分两种被害人自陷风险的标准提出了批评,主张以由谁支配实害结果发生作为区分二者的标准。在此基础之上,他反对所有的被害人自陷风险都可以排除不法的

〔59〕 参见申柳华:《德国刑法被害人信条学研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,页166—214。

〔60〕 参见车浩:“盗窃罪中的被害人同意”,《法学研究》2012年第2期。

〔61〕 参见江溯:“过失犯中被害人自陷风险的体系性位置——以德国刑法判例为线索的考察”,《北大法律评论》2013年第1辑。

观点,进而主张参与他人的自我危害(或曰“自我危险化的参与”)可以阻却构成要件该当性,而同意他人危害化(或曰“基于合意的他者危险化”)原则上不排除犯罪的成立,但若能认定被害人处于间接正犯的地位,则被害人不成立犯罪。^{〔62〕}不难发现,张明楷主要对被害人自陷风险的理论功能作了不同于通说观点的论述。与之相对,江溯赞同通说关于被害人自陷风险理论功能的观点,但对通说关于被害人自陷风险的体系性地位提出了批评。他认为,区分被害人自陷风险两种类型的做法既不具有正当性根据,也缺乏适当的区分标准。对于这两种类型的被害人自陷风险,应当给予相同的规范评价,即承认两者均有排除行为人不法的效力,并在这一前提下探讨这种排除不法的正当化根据。^{〔63〕}

总体上看,最近几年我国学者对被害人教义学的研究呈现出一幅“向上研究”、“向下研究”和“向深处研究”多管齐下的可喜面貌。所谓“向上研究”,就是指探讨被害人教义学的基本原理,构建被害人教义学理论体系;所谓“向下研究”,就是指将既有的被害人教义学的理论研究成果和具体各罪结合起来,通过解决具体各罪教义学中的疑难问题,检验和展现被害人教义学的理论解释力;所谓“向深处研究”,就是指对被害人自陷风险等我国传统刑法学没有涉及的问题展开研究,并且在研究过程中不满足于对德日刑法学既有理论成果的简单移植,而是在充分吸收借鉴这些成果的基础之上,尝试提出原创性的见解主张。应当说,这些研究在提升我国刑法教义学水平的同时,也充分展现了我国刑法学者的理论自信和抱负。这是值得充分肯定的。此外,还要看到,我国被害人教义学的兴起,与阶层犯罪论体系的引进密切相关,其中探讨的很多问题,只有在阶层犯罪论体系中才有意义。这也进一步说明,推动我国刑法教义学由四要件犯罪构成体系向三阶层犯罪论体系的知识转型势在必行。

三、刑法分论的理论发展

在刑法理论中,总论研究与分论研究各有特色。陈兴良教授曾经用山色之别来加以比喻,“刑法总论是基础性理论,正如同天门山雄浑的山体,安卧于大地,以其雄浑令人震撼。而刑法各论则是延展性理论,正如同袁家界神奇的山峰,挺拔在云端,以其秀美使人陶醉。刑法总论的理论一体性如同盘踞的山体,刑法分论的个罪独立性宛若林立的山峰,同样令人向往。”^{〔64〕}但是,回顾1997年以来的近二十年的研究历程,就实际成果来看,我国学界在刑法分论方面的理论特色表现得并不明显,在整体的学术水平上要弱于总论部分。这其中有多方面的原因。很多分则规范的立法,常常是“法与时转”的产物,规范目的附着在本身就处在剧烈变动之中的政治经济社会形势之中,在这种情况下,理论上往往难以精确提炼规范要素的含义,进而发展出有普遍解释力的、稳定的学说模型。此外,关于分则条文的司法解释的频繁出台,为大量本

〔62〕 参见张明楷:“刑法学中危险接受的法理”,《法学研究》2012年第5期。

〔63〕 参见江溯,见前注〔61〕。

〔64〕 陈兴良教授为日本刑法学者山口厚教授的《刑法各论》(王昭武译)一书所作的中文版序言。

来有待探讨的疑难问题统一规定了标准答案,使得一些争论未及深入就偃旗息鼓,加之实务工作者对司法解释的路径依赖,也在一定程度上窒息了刑法分论的学术争鸣和探讨的空间。

另一方面,在刑法分论研究方面,国外理论研究的传统和积累对我国影响相对较小。“我国刑法学是从苏俄引入的,但就刑法各论而言,苏俄刑法学并没有为我国提供更多的理论资源。正是王作富教授这一代刑法学人的学术拓荒,才达致我国目前刑法各论的理论水平。由于我国是在没有外来知识借鉴的情况下,在一个相对封闭的学术环境下开展刑法各论研究的,因此,我国刑法各论的研究水平不能不说是处在一个较低的水平。”^{〔65〕}可以说,在过去相当长一段时间内,我国刑法分论的研究是在一种“独立自主、自力更生”的环境中展开,没有得到过有力的理论外援,基本停留在法条注释和经验总结的层面。虽然做了大量关于现象归纳和案例整理的工作,对问题的考虑也比较细致,但是,一些观点往往是就事论事,很多论证往往是基于刑事政策或预设了惩罚必要性的说辞,与形成具有普遍性解释力的理论模型这一学术标准,还有较大的距离。

可喜的是,这种现象正在发生改变。近年来,越来越多的分论研究不满于对策性或注释性的论述,而是表现出一种理论上的自觉,在问题意识、研究方法、理论视角等各个方面均有新的突破。这些进展主要表现为三点:

第一,逐渐从法条注释走向教义学构建。以往是在解释具体条文的时候,多以实践中的案例来举例说明,或者多采用现象列举式的方法来说明法条的适用范围。现在的一些研究开始有意识地努力从各种经验现象中提取规律,萃取出教义学规则,构建可以面向未来的、指导未知案件的一般性理论模型。

第二,逐渐从以案说法走向对判例理由的研究。以往我国学界虽然也很重视案例,但主要是通过案情来说明法律,以及检验案件结论是否符合理论的逻辑,简言之就是“以案说法”。但是近年来关于判例的研究越来越受到重视,很多学者认真对待法官的裁判理由并与之对话,努力挖掘裁判要旨中可以被提升为一般理论的要素。在这方面,无论是英美法系国家还是大陆法系国家,都有很多成功经验可以借鉴。国内刑法学界在这方面的作为,也很切合国际学术界重视判例理由的一贯传统。

第三,逐渐从研究方法的单纯封闭走向开放和多元化。作为成文法国家,刑法研究易受刑法典的封闭性的影响。上世纪90年代由陈兴良教授倡导的刑法哲学研究,曾经对此形成过一波冲击,进入21世纪之后,受到德日刑法理论的影响,国内刑法学研究重新回归解释学和教义学,更加注重司法视角的同时,也开始出现越来越技巧化和封闭性的倾向。但是,近年来又有一些新的气象。一些学者努力将法理学甚至其他学科的知识和视角引入刑法学,在相互撞击中寻求理论创新的灵感。

罗马不是一日之功。上述的进展和变化,还远远未达到高潮,甚至还只是零星地散布在分

〔65〕 陈兴良:“山色不言语:王作富教授学术印象”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第31卷),北京大学出版社2012年版。

论研究的各个领域。在过去的两年(2012—2013)中,我们捕捉到这样一些变化。不仅是在刑法修正案规定的新型犯罪的研究中,而且在一些传统的经典犯罪类型的研究中,都可以看到这些变化。接下来,以关于危险驾驶罪、杀人罪、盗窃罪和诈骗罪这四个新老组合的犯罪的研究作为平台,说明和展示我们在上面提到的这些变化,这是一种描述,也是一种倡导。

(一)危险驾驶罪

危险驾驶罪是2011年《刑法修正案(八)》新增的罪名。该罪名在立法酝酿期就备受争议,新的法律正式颁布生效后,更是引发了实务界和理论界的激烈争论。中国源远流长的酒文化与新法刚性着陆后的内在抵触,特殊的法外制裁机制,抽象危险犯的立法模式,主观罪过模式的模棱两可,这些因素都加剧了该罪在司法适用中的争议。然而,也正是在这场理论考验中,刑法学界产生了可观的知识增量。

1.“但书”与罪量理论

以“醉驾是否一律入刑”引发的争论为契机,“但书”与罪量理论得以推进。醉驾型危险驾驶罪在立法模式上被规定为抽象危险犯,对其能否适用“但书”出罪,在司法实务界和学界都引发了广泛的争论。这场争论在很大程度上激活了《刑法》第13条“但书”条款的生命力,学界对于“但书”的理解与适用取得了富有成效的进步。一方面,以醉驾“但书”适用为讨论平台,罪量理论得以进一步展开。梁根林的论文推动了“但书”和罪量理论在刑法分则中的适用,其明确提出醉驾型危险驾驶罪中的暗示罪量要素,具有独特的理论创见。^[66] 另一方面,抽象危险犯与“但书”适用的关系问题,也引起了学界的深入探讨。周详的论文从“醉驾不必一律入刑”的现实合理性出发,论证了抽象危险犯也存在“情节显著轻微危害不大”适用的空间。^[67] 熊伟的论文则将“但书”理解为对于醉酒驾驶进行实质性限缩解释的法律依据。^[68] 这两个方面的探讨意味着对于“但书”的理论研究发展到了新的阶段。

2.危险驾驶罪的主观罪过

危险驾驶罪主观罪过问题,在激烈的理论碰撞中也取得了一些新的理论成果。目前,认为该罪责任形式为故意的观点占相对多数,冯军、梁根林等则认为醉驾型危险驾驶罪的罪过形式为过失。^[69] 张明楷的论文对“危险驾驶罪的责任形式是过失”的观点进行

[66] 参见梁根林:“‘醉驾’入刑后的定罪困扰与省思”,《法学》2013年第3期。相反的观点请参见:殷磊:“论刑法第13条功能——兼论(醉酒型)危险驾驶罪应一律入刑”,《政治与法律》2012年第2期。谢望原、何龙:“‘醉驾型’危险驾驶罪若干问题探究”,《法商研究》2013年第4期。另外还有学者从刑罚、行政处罚二者立法沿革关系的角度出发,否定“但书”立法和司法适用的空间。参见李克杰:“‘醉驾入刑’争议的立法学思考——兼及《刑法》第13条的逻辑解读”,《法治研究》2013年第4期。

[67] 参见周详:“‘醉驾不必一律入罪’论之思考”,《法商研究》2012年第1期。类似观点请参见何荣功、罗继洲:“也论抽象危险犯的构造与刑法‘但书’之关系——以危险驾驶罪为引例”,《法学评论》2013年第5期。

[68] 参见熊伟:“论‘醉驾不必一律入罪’”,《法学论坛》2012年第6期。

[69] 参见冯军:“论《刑法》第133条之一的规范目的及其适用”,《中国法学》2011年第5期。梁根林,见前注[66]。

了反驳。^{〔70〕}此外,李翔的论文质疑了过失抽象危险犯在我国刑法罪名体系中的正当性,认为该罪的责任形式应当是故意。^{〔71〕}王耀忠的论文则从“过失犯法律有明文规定才可处罚”这一依据出发,也得出了类似观点。^{〔72〕}与王耀忠的论证思路相反,谢望原和何龙的文章对《刑法》第15条中的“法律有规定”这一表述进行了深入分析,得出危险驾驶罪既可以由故意也可以由过失构成的结论。^{〔73〕}

3. 危险驾驶罪与他罪的关系

过去的两年,我国学界对危险驾驶罪与交通肇事罪、以危险方法危害安全罪、过失以危险方法危害公共安全罪的关系进行了具体研究。实际上,危险驾驶罪中主观罪过形式的探讨,与危险驾驶罪相关罪名关系问题紧密联系在一起。张明楷认为危险驾驶罪属于故意抽象危险犯,而冯军的论文则认为,危险驾驶罪仅限于过失的危险驾驶行为,应将故意的危险驾驶行为定位为以危险方法危害公共安全罪的未遂。^{〔74〕}由此可见,学界关于危险驾驶罪的探讨已经不仅仅局限于个罪本身,而是进一步从体系协调性的角度,细致考察相关罪名之间的关系。

4. 危险驾驶罪的国外借鉴

对于危险驾驶罪的理解与适用,有学者积极引入外国刑法理论作为参考。李川的文章借鉴了德国刑法学中的“显见可能性”标准,分别在立法和司法上分析危险驾驶行为;^{〔75〕}其另一篇文章则对比考察了中、德两国酒精临界值的立法模式和理论定位,为研究危险驾驶罪打开了域外视角。^{〔76〕}谢望原、何龙的论文提出了借鉴美国《模范刑法典》中的微罪概念,具有一定启发意义。^{〔77〕}当然,刑法分则罪名的立法具有一定的本土性、国别性的特点,因此在刑法分论的比较法研究中,如何提取域外理论与经验为我所用,是国内学界普遍面临的问题。

5. 研究方法的多元化

在危险驾驶罪的研究中,有研究方法更为多元化的趋势。储陈城的论文用具体的案例和数据分析了危险驾驶罪司法判决中存在的罪刑不均衡现象,并提出了一系列衡量“危险度”的综合标准来确定危险驾驶罪的量刑,具有一定实证性。^{〔78〕}褚志远的论文运用SPSS软件对大量判决书进行了实证分析,研究了不同情节对醉驾型危险驾驶罪刑罚裁量的作用,实证研究水

〔70〕 参见张明楷:“危险驾驶罪的基本问题——与冯军教授商榷”,《政法论坛》2012年第6期。同样和冯军商榷的论文有黄继坤:“论醉酒驾驶中的主观有责性问题——兼与冯军教授商榷”,《法学》2013年第3期。

〔71〕 参见李翔:“危险驾驶罪主观方面新论”,《法商研究》2013年第6期。

〔72〕 参见王耀忠:“危险驾驶罪罪过等问题之规范研究”,《法律科学》2012年第5期。

〔73〕 参见谢望原、何龙,见前注〔66〕。

〔74〕 参见张明楷,见前注〔70〕;冯军,见前注〔69〕。类似于张明楷的观点请参见李翔,见前注〔71〕。

〔75〕 参见李川:“论危险驾驶行为入罪的客观标准”,《法学评论》2012年第4期。

〔76〕 参见李川:“醉驾犯罪酒精临界值标准法定定位与适用思辨”,《法学》2012年第10期。

〔77〕 参见谢望原、何龙,见前注〔66〕。

〔78〕 参见储陈城:“以危险度构建‘醉驾’案件的罪刑关系”,《法学》2013年第3期。

平程度较高。^{〔79〕}但是,总体而言,实证研究与理论分析的有机结合程度仍然有待提升。

(二)故意杀人罪

故意杀人罪是刑法分论中最重要也是最古老的罪名之一,杀人罪的研究成果已经蔚为大观,实现理论研究的突破比较困难。尽管如此,晚近两年来学界对于杀人罪的研究仍然出现了一些令人欣喜的成就,特别是在故意杀人罪的量刑与司法适用、自杀与参与自杀行为的定性以及胎儿生命权益的认定等三个方面,一些论文的观点和论证让人眼前一亮。

1.故意杀人罪的量刑与司法适用

关于故意杀人罪的量刑与司法适用,理论研究更加细密和贴近实践。传统有关故意杀人罪的探讨主要集中在犯罪论层面,如故意杀人罪的构成要件(包括作为与不作为杀人、杀人行行为定型化分析、因果关系与客观归责等)、故意杀人与过失致人死亡、故意伤害之区分等等,仅有少数文章探讨了刑罚论层面的问题。近两年,学界围绕故意杀人罪的量刑问题展开了较多的讨论,进一步推进了关于本罪司法适用方面的研究。陈兴良对故意杀人罪的“手段残忍”及其死刑裁量展开了详细的研究,^{〔80〕}指出司法实践中故意杀人“手段残忍”、“情节恶劣”以及“后果严重”等术语被混淆使用以致于成为法律套语的乱象。在陈兴良看来,故意杀人手段残忍是指故意折磨被害人,致使被害人死亡之前处于肉体与精神的痛苦状态。^{〔81〕}该文以刑事指导案例为研究素材,通过案例分析引出并支撑自己的教义学论证,对理论研究和司法实践均有较大的参考价值。徐立从刑法分则中为数众多的“致人死亡”条款出发,针对这些条款在司法实践中的适用混乱而尝试对其进行类型化分析。^{〔82〕}与传统的研究进路不同,该文使用数学思维,通过给需要考量的因素赋值,依据加总后的数值范围判断罪过形式是故意还是过失。^{〔83〕}这一借助自然科学思维来讨论刑法问题的研究路径,脱离了近年来盛行的教义学思维,在方法论上有一定新意。

2.参与自杀行为的可罚性

教唆、帮助他人自杀等行为的可罚性,是近两年来讨论较多的问题。我国《刑法》关于故意杀人罪的立法比较简单,一直以来,学界就教唆、帮助自杀的认定存在较大的争议。学界多数意见认为,教唆行为、帮助行为对自杀者的死亡提供了原因力,所以应当按照故意杀人罪定罪从宽处罚。当然,有许多学者主张参与自杀不可罚,但是各自的分析角度大相径庭,包括因果

〔79〕 参见褚志远:“醉酒型危险驾驶罪量刑规律实证研究”,《政治与法律》2013年8月。

〔80〕 参见陈兴良:“故意杀人罪的手段残忍及其死刑裁量——以刑事指导案例为对象的研究”,《法学研究》2013年第4期。

〔81〕 参见同上注。

〔82〕 参见徐立:“我国刑法中的致人死亡问题研究”,《政法论坛》2013年第2期。当然,本文的讨论实际上跳出了故意杀人罪的范畴,作者将总论学说与分论具体问题的探讨紧密结合,对不同条款中“致人死亡”的罪过形式、最终处理等进行了类型化的分析。

〔83〕 这里具体需要考虑的因素包括行为本身的致死性和介入因素的作用力,具体赋予的数值包括三类:1、 >0 、 <0 ;行为必然致死赋值为1,可能致死赋值为 >0 ,不可能致死赋值为0;介入因素有促进可能性赋值为 >0 ,介入因素必然致死赋值为1,妨碍性介入因素赋值为 <0 。具体的计算公式参见该文内容。

关系、自我答责、自我决定权以及规范保护目的等等。近两年学者们在这些传统视角的基础上,又进行了一些新的尝试。例如,钱叶六主张自杀行为符合故意杀人罪的构成要件,具有违法性,只是基于刑事政策的理由而不罚,但是,依据共犯的从属性理论,参与他人自杀的行为可以被解释为故意杀人罪的帮助犯、教唆犯,纳入惩罚范围。^{〔84〕} 论文采取基于阶层体系的共犯理论来论证参与自杀行为的可罚性,具有一定的新意。与之相对,王钢认为参与自杀的行为不构成任何犯罪,^{〔85〕} 论文对“自杀”这一前置性概念进行了限缩理解,以“自杀”概念为核心,重新划分了故意杀人的间接正犯与不罚的帮助教唆行为的界限。^{〔86〕} 总体来说,对参与自杀可罚性的争论仍然在持续,并且发展出了一些新的分析路径,是近两年来在故意杀人罪研究成果上的一个明显增量。

3. 胎儿的刑法保护

关于胎儿的刑法保护,近两年也出现了一些新的讨论。传统上,通说对于生命的起始点多采“独立呼吸说”,因此胎儿自然不享有生命权;对胎儿伤害之处理刑法也没有明文规定,学者们以往都是从隔离犯或者对母亲的故意/过失伤害角度来将其入罪。过去两年,部分学者对此展开了进一步的研究,将胎儿死伤问题重新拉回焦点之中,并提出了一些新的思考。其中,周详从法教义学的思维出发,基于民法与刑法法秩序统一性的视角提出了认定生命起始点的新标准:可以通过医学技术维持生命特征并具备最终脱离该人工技术发育成人的可能性之胎儿,属于社会意义上的人。^{〔87〕} 据此设定,包括强制引产在内的堕胎行为完全可以构成故意杀人罪/过失致人死亡罪。虽然未能解决由于承认胎儿生命权而带来的一系列新问题,^{〔88〕} 但这一新的见解对传统的观点直接形成冲击,值得关注。与之相对,陈洪兵仍然坚持胎儿不具有独立权利资格的观点,认为对胎儿的伤害(包括剥夺堕胎)只能转化为对母体生理机能的伤害。^{〔89〕} 论文在对国内外法律、学说的比较分析的基础上指出,应当注意到国内外不同语境下讨论胎儿死伤问题的立法差异。总体说来,随着科技发展与社会进步,关于胎儿死伤问题的传统观点必将会受到更大的冲击,相关问题的争论也将持续深入。

〔84〕 参见钱叶六:“参与自杀的可罚性研究”,《中国法学》2012年第4期。作者在文中区分了参与自杀的行为和经同意的杀人行为,前者应当认定为故意杀人罪的帮助犯或者教唆犯,而后者应当直接认定为故意杀人罪正犯。

〔85〕 参见王钢:“自杀行为违法性之否定——与钱叶六博士商榷”,《清华法学》2013年第3期;王钢:“自杀的认定及其相关行为的刑法评价”,《法学研究》2012年第4期。

〔86〕 参见王钢,见前注〔85〕。当然,这里对自杀行为进行限缩理解实际上可能会将原先可能按照故意杀人罪共犯处理的情形认定为故意杀人罪的正犯,从而扩大打击范围。

〔87〕 参见周详:“胎儿生命权的确认与刑法保护”,《法学》2012年第8期。

〔88〕 例如,若认为胎儿具有生命权,那么母亲自己决定堕胎为何不构成犯罪?作为孕妇的母亲是否因此需要尽到非常谨慎的义务,否则胎儿夭折腹中就可能要承担故意杀人或者过失致人死亡的责任?再如胎儿如果由于自身的原因死于腹中,那么死胎是否要作为尸体处理?对死胎的处置是否会涉及侮辱尸体罪?等等。这一系列问题在上述文章中并未得到解决。

〔89〕 参见陈洪兵:“致胎儿死伤的刑法评价”,《北方法学》2012年第4期。

(三)盗窃罪

盗窃罪是财产犯罪的核心罪名,是实践中最为常见多发因而也是整个刑法典最重要的犯罪类型之一。盗窃罪的立法设置,古今中外皆然,因此积累了大量的理论研究成果。近两年来,学界对于盗窃罪的研究,主要在三个方向上有新的进展:一是在涉及盗窃罪一般构成要件理论问题上,沿着新的路径和方法展开的研究;二是《刑法修正案(八)》出台以后,对新的三种盗窃罪类型,即入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃提出的新课题予以讨论,形成了较为丰富的研究成果。三是对于盗窃罪与其他犯罪的关系展开了进一步的探讨。

1. 盗窃罪构成要件的一般问题

首先是关于犯罪对象的研究。随着现代社会物权债权的分离,网络信息的发展,及人们财产观念的变化,传统的认为不动产和财产作为盗窃罪犯罪对象的观点不断地受到诸方质疑。一方面,财产性利益能否成为盗窃罪对象的问题,不断引起学者的讨论。黎宏在其文章中旗帜鲜明地提出财产性利益可以成为盗窃罪的对象。^[90] 另一方面,杨兴培在论文中主张“不动产”成立盗窃罪对象。^[91] 由此引起的值得进一步深思的问题,即如何处理刑民两种法律关系,将二者纳入统一的法秩序之下,也在杨兴培的文章中有所讨论。

此外,关于非法占有目的研究也有新的成果。我国《刑法》没有明文规定盗窃罪等财产犯罪必须以非法占有为目的,但理论上和司法实践中的通说一直采取非法占有目的必要说。围绕着“非法占有目的”,学界存在诸多争论,从探讨非法占有目的与故意的关系,到非法占有目的的机能,再到非法占有目的的具体内涵等等,这些问题之间在逻辑上也常常彼此交叉、相互关联。不同于以往围绕法益侵害或者违法性阶层对“非法占有目的”展开的研究,王充从责任的角度来考虑“非法占有目的”,在参考大量日本文献基础上,展现了日本刑法学界对“非法占有目的”必要与否的激烈争论,进而从机能主义刑法视角,将“非法占有目的”归入责任(一般预防)来予以考量,^[92]拓展了学界对该问题的探究视野。

2. 关于新型盗窃行为类型

随着《刑法修正案(八)》和后继的关于盗窃罪司法解释的出台,学者们的关注重点逐渐向三类新型盗窃罪类型研究上转移。整体而言,近两年来我国刑法学关于新型盗窃罪的研究,包括以法条、司法解释为中心的释义性论述,^[93]但也不乏采刑法教义学的三阶层犯罪论体系路径的分析,使得学界关于盗窃罪的讨论呈现出新的气象。

首先,关于扒窃的研究,可谓是盗窃罪研究中生产学术成果最为丰硕的一片领域。由于扒窃与其他两种新型盗窃行为一样,不存在普通盗窃在数额和次数上的要求,因而首先必须探求

[90] 参见黎宏:“论盗窃财产性利益”,《清华法学》2013年第6期。

[91] 参见杨兴培:“龚某倒卖其父房产一案之我见——兼谈不动产可成为盗窃罪之对象”,《政治与法律》2012年第3期。

[92] 参见王充:“论盗窃罪中的非法占有目的”,《当代法学》2012年第3期。

[93] 较为详细的,如刘宪权:“盗窃罪新司法解释若干疑难问题解析”,《华东政法大学学报》2013年第6期。

立法背后的基本价值取向。具体来说,必须为扒窃在普通的盗窃之外奠定新的升高的可罚性基础。对该问题的研究,某种程度上体现了我国刑法学理论的发展状况。其一,在刑法教义学上的发展更加细腻和精致。例如,梁根林在其论文中将扒窃与总则的但书规定相连接,认为扒窃概念中包含为但书所规制并须结合刑法的规范保护目的进行涵摄的罪量要素。^{〔94〕}车浩的论文则分别在构成要件层面和责任层面,从被害人教义学和行为人刑法构建“扒窃”概念和限缩扒窃犯罪的打击范围。^{〔95〕}其二,对行为人刑法理论的重视。以行为刑法为基础的现代刑法必须关注行为人因素,才能真正实现有效控制犯罪的目标,扒窃型盗窃罪的认定更离不开对扒窃行为人的关注。闫二鹏在其论文中将“盗窃惯常性”纳入盗窃罪的构成要件并予以实质性解释。^{〔96〕}梁根林认为,应当从扒窃行为的客观不法与“扒手”人的主观不法两个维度来揭示扒窃作为盗窃罪行为类型的规范含义。^{〔97〕}车浩的论文中也从行为人刑法角度来展开对于扒窃概念的解释和限定。^{〔98〕}其三,法教义学以外的学科如人类学、社会学理论的引入,为法教义学注入了新的活力。例如,车浩从生物社会学和身体社会学引申出“贴身禁忌”这一概念,为解释“扒窃”不法程度提升提供了一个新的视角。其四,“扒窃”概念中如“公共场所”和“随身携带”内涵的界定,亦有专门文章展开讨论。^{〔99〕}虽然最高司法机关尝试通过司法解释来定义扒窃,但是,对于“随身携带”等概念如何把握和理解,终究还是依赖于学界的细致讨论。因此,上述研究不仅具有理论价值,也对实践具有指导意义。

其次,在“入户盗窃”与“携带凶器盗窃”问题研究上,值得注意的是2013年的关于盗窃罪的司法解释对“入户”与“携带凶器”做了不同于以往司法解释的规定,为司法实务带来一定的困扰。学者也因此面临着采取何种途径解决规范冲突的问题,究竟是遵循新的司法解释字面的释义,还是基于规范目的进行目的解释,抑或尝试发现规范背后实质上的一致性?有的学者从刑法规范保护目的,即财产法益和住宅安宁的全面保护为论证依据,认为不能将新的司法解释中的“家庭生活”狭义理解为“具有血缘或拟制关系的亲属组成的家庭成员相对固定地居住在一起”。^{〔100〕}而有的学者则从司法解释中挖掘立法背后意图的一致性,得出前后司法解释中关于“携带凶器抢夺”和“携带凶器盗窃”的“携带凶器”规定并无本质上冲突的结论。^{〔101〕}

最后,新增的三种盗窃类型也对盗窃罪的“未遂”和“既遂”认定提出了新的课题:一方面必须考量刑法修订背后的目的,另一方面必须将刑罚打击的目的限制在合理的范围之内。武良

〔94〕 参见梁根林,见前注〔35〕。

〔95〕 参见车浩:“‘扒窃’入刑:贴身禁忌与行为人刑法”,《中国法学》2013年第1期。

〔96〕 参见闫二鹏:“论但书规制下的罪量要素的体系性定位——以扒窃型盗窃罪的规范解释为例”,《政治与法律》2013年第4期。

〔97〕 参见梁根林,见前注〔35〕。

〔98〕 参见车浩,见前注〔95〕。

〔99〕 如孙万怀,王丽超:“‘扒窃’入罪后的司法审慎”,《法学杂志》2013年第11期。

〔100〕 参见蒋铃:“刑法中‘户’的界定及其实践展开——以对《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》的解释为视角”,《政治与法律》2013年第9期。

〔101〕 参见陈志军:“‘携带凶器盗窃’的司法认定”,《法学》2013年第8期。

军在其文章中对此问题进行了探讨。^{〔102〕}

3. 盗窃罪与其他犯罪的关系

盗窃罪与其他诸多取得型财产犯罪一样,都是以非法占有为目的,但是存在行为方式上的区分。如何准确的区分盗窃罪与诈骗罪、抢夺罪、职务侵占罪等罪名,学界一直存在争议。最典型的如盗窃罪与抢夺罪的区分,传统刑法理论以“秘密性”——“公然性”理论区分盗窃罪与抢夺罪,也有学者提出以“平和手段”——“暴力手段”进行区分。由于传统理论源于司法解释对盗窃罪的界定,如何澄清盗窃罪“秘密性”之必要性的法理根据,是继续维护传统理论关键所在。何荣功的文章是针对上述“平和手段”——“暴力手段”区分论的商榷文章,也是在为传统的“秘密性”——“公然性”区分论进行辩护。^{〔103〕}值得注意的是,阮齐林在其文章中避开了以往关于两罪区分理论之间的对立,突破罪名类型化标准,视角独到,创新性地提出通过考量“法律合理适用”即“实益”区分两罪。^{〔104〕}当然,这种区分方式,是否会受到违反罪刑法定原则的质疑,还值得研究。

(四) 诈骗罪

与前述危险驾驶罪和盗窃罪的研究不同,诈骗罪既非新罪,也没有被增改新的构成要件内容,其研究成果主要体现在,在相对稳定的研究范式下尝试新视角、新方法,并不断调整理论去应对实践中出现的新问题。

1. 诈骗罪的构成要件

长久以来,我国刑法学理论通过解释虚构事实与隐瞒真相完成对作为诈骗成立基础的诈骗行为之界定,将作为与不作为区分应用于诈骗罪而对不作为能否成立诈骗进行了学术探讨。近年来,随着大量德日文献的引入,包括诈骗罪在内的个罪越来越多地被注入德日刑法学分论知识,学术讨论平台日益规范化。赵书鸿的文章^{〔105〕}讨论了如实说明但因日常交易规则引致被害人误解情形下的诈骗行为认定问题,在一定程度上转变了传统作为与不作为二分的讨论径路,通过升高的信任与危险的制造等德国刑法学诈骗罪知识的引入,促进诈骗行为研究的更高层次的学术化。^{〔106〕}

作为交付型财物犯罪,诈骗罪的被害人是基于错误认识而“自愿”将财物交给他人,这种自愿交付是诈骗罪成立必不可少的、区别于其他犯罪的处分行为。一般认为,处分意识是处分行为的必备要素,被害人遭受的是有意识的财产损害。在支付技术高度发达、支付手段日益多元化和非现实化(非要物化)的背景下,这种建立在典型物之现实交付基础上的诈骗罪教义学模型是否还能坚实地屹立,越来越多地引起学者的重新审视。秦新承的文章以新型支付方式诈

〔102〕 参见武良军:“论入户盗窃、扒窃等新型盗窃罪的既遂与未遂——《刑法修正案(八)》实施中的问题与省思”,《政治与法律》2013年第9期。

〔103〕 参见何荣功:“也论盗窃与抢夺的界限——兼与张明楷教授商榷”,《当代法学》2012年第4期。

〔104〕 参见阮齐林:“论盗窃与抢夺界分的实益、倾向和标准”,《当代法学》2013年第1期。

〔105〕 参见赵书鸿:“论诈骗罪中作出事实性说明的欺诈”,《中国法学》2012年第4期。

〔106〕 同上注。

骗为例批判了此种建立在不完全归纳基础上的教义学模型,否定了被害人的处分意识作为诈骗罪必要要素的地位。^[107] 蒋铃的论文则致力于通过改造处分意识内容的精确化程度,来回应处分意识必要说结论不周延引致的批评,努力捍卫处分意识必要说。^[108] 在科技高速发展、具体生活形式日新月异的大背景下,刑法学者将越来越频繁地遭遇如何处理经典模型与多变现实的契合问题。重塑还是改造?这是一个问题。前述两篇文章在一定程度上代表着两种在新背景下寻求刑法理论完善的基本路径。

科技发展引起的刑法学知识完善的必要性,不会局限于处分意识要否一隅。虚拟财产的出现也在一定程度上再次激活了旷日持久的财产犯罪中财物概念的争论。不过,与处分行为的讨论不同的是,诈骗罪中的财物概念,与罪刑法定主义所要求的明确性原则之间具有更加紧密的亲缘关系;同时,诈骗罪财物概念的下位类型的确认也反映出推动刑法学理论研究的实践动力,在一定程度上标示着刑法学理论知识引介与本土发展中的实践性问题意识导向性的结合。董玉庭的文章探讨了财产性利益与虚拟财产能否被解释为财产犯罪中的财物。^[109] 实际上,对财产性利益、虚拟财产等能否作为财产犯罪标的的讨论,可以被看作是刑法学知识论物本逻辑结构与规范界定的方法论展开。

财产损害的界定差异,对诈骗罪的成立与否关系十分紧密。进入新世纪以来,在日本刑法学的影响下,我国刑法学也开启了对该问题的新讨论。近年来,刑法总论与刑法分论、刑法学科与民法学科之研究的交叉影响,越来越多地体现在个罪理论展开中,这在财产犯罪领域中表现得尤为明显。诈骗罪中,民法及其他前刑法规范对某一行为所涉交易的不认可,是否足以构成刑法对所涉被害人利益不保护的充分理由;刑法总论中客观归责的研究,尤其是对构成要件效力范围的研究,越来越多地影响到个罪定性。实际上,对构成要件效力范围的考察,也在一定程度上折射出近年来日渐崛起的被害人教义学的影子。郑泽善的文章回顾了财产损失中的财产学说,引介了相关日语文献,并尝试展开对损失判断基准学说的批评,实现从资料引进到以资料为基础的本土学术展开的方向转换;^[110] 吕帅萍的论文则尝试从受害人的给付行为对受害人请求权的影响入手解决刑法上不法给付的诈骗罪问题,也可以被视为对前述变动的一个初步尝试。^[111]

2. 诉讼欺诈的定性争议

以诉讼欺诈法院而获取被害人财物是否成罪以及可否被定性为诈骗罪的讨论由来已久,2012年《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》增设

[107] 参见秦新承:“认定诈骗罪无需‘处分意识’:以利用新型支付方式实施的诈骗案为例”,《法学》2012年第3期。

[108] 参见蒋铃:“论诈骗罪中的处分行为”,《政治与法律》2012年第8期。该文尚讨论了处分的本质究竟是所有权转移、占有转移抑或持有转移的问题,反映出学界近年来在占有概念上的认识差别与演进。

[109] 参见董玉庭:“论刑法中财物概念之解释:以诈骗罪为视角”,《当代法学》2012年第6期。

[110] 参见郑泽善:“诈骗罪中的财产损失”,《北方法学》2013年第4期。

[111] 参见吕帅萍:“论受害人给付不法对诈骗罪成立的影响”,《政治与法律》2013年第10期。

规定规制恶意诉讼,并强调“构成犯罪的,依法追究刑事责任”。但恶意诉讼究竟构成何种犯罪,在理论与实务中并无定论。于是,争论颇大的诉讼欺诈问题重回刑法学术讨论视野,《政治与法律》2012 年第 11 期组织专题进行了讨论,高铭暄先生也撰文发表了见解。在刑法学理论演进中,民法、行政法等实体法领域的变动引致的刑法学理论反思并不罕见,但此种由程序法推动的实体法反思则是相对罕见,这也在一定程度上反映出刑法理论更加注重与其他部门法衔接的发展趋势。

诉讼欺诈成立犯罪与否及成立何种犯罪,见解纷纭,新近的讨论应被视为长期讨论的继续与传承,探讨可以被大致区分为立法论意义与司法论意义的讨论两个维度。高铭暄、陈冉的文章以及秦雪娜的文章在否定诉讼欺诈成立诈骗罪的前提下,选择从立法论路径解决诉讼欺诈的定罪问题;^{〔112〕}卢建平、任江海、王飞跃及郑泽善的论文均是在司法论意义上予以展开的,尽管其结论迥异。^{〔113〕}值得一提的是,卢建平、任江海的文章注意到了恶意诉讼的不同类型,重视了诉讼欺诈问题讨论的应然和实然的路径区分,在否定诈骗罪成立可能性与肯定财产保护必要性的前提下,从实然角度分析了当下司法处理的应有方向。

刑法教义学逐步发展起来以后,对刑法问题的讨论应当从解释论的立场出发进行思考、推进,但正是在这种普遍强调对法律的不予批判性解释的大背景下,问题式导向的立法论研究的意义也被凸现出来,刑法学研究的应然路径与实然路径并非相互排斥,而是相互促进的。值得注意的是,正在审议之中的《中华人民共和国刑法修正案(九)》(草案)中决定增设罪名规制虚假民事诉讼行为,并将利用虚假民事诉讼侵占他人财产或逃避合法债务之行为以诈骗罪论。刑法理论与立法实践之间的关系总是随着立法实践的变动而不断予以调整,诈骗罪研究也不例外,需要适时转换讨论重心。总之,在诈骗罪等传统刑法问题的研究上,刑法学呈现出一定的学派式发展的雏形,此种根基统一、逻辑一贯的学派式讨论,对刑法理论的繁荣与交流具有重要意义。

(责任编辑:江 溯)

〔112〕 参见高铭暄、陈冉:“论‘诉讼欺诈’行为的定性:与‘诉讼欺诈’定性诈骗罪论者商榷”,《法学杂志》2013 年第 4 期。秦雪娜:“论诉讼欺诈的刑法规制”,《政治与法律》2012 年第 11 期。

〔113〕 参见卢建平、任江海:“虚假诉讼的定罪问题探究:以 2012 年《民事诉讼法》修正案为视角”,《政治与法律》2012 年第 11 期。王飞跃:“论诉讼欺诈取财行为的刑法规制”,《政治与法律》2012 年第 11 期。郑泽善:“以诈骗罪追究恶意诉讼行为研究”,《政治与法律》2012 年第 11 期。