

刑法学中的概念使用与创制

张明楷^{*}

摘要:概念的创造者对相关领域享有高度乃至绝对的话语权。我国的刑法学要想在国际社会获得话语权,就需要通过观察、归纳生活事实创制新的描述性概念,并进一步通过抽象、提炼创制具有影响力的规范性概念。在当下,我国的刑法学仍然需要沿用源于国外刑法学的部分概念,但在沿用过程中需要进行必要的解构;应当注意我国刑事立法、司法现状与外国刑事立法、司法现状的区别;刑法学理论应当注意事实学与规范学的区别,不能将犯罪学的概念直接用于犯罪构成符合性的判断,否则必然违反罪刑法定原则;刑法学理论不应创制和使用没有影响力与实际意义的非概念、虚概念,不能用非概念、虚概念掩盖、转移刑法争议问题的症结与焦点。

关键词:话语权 概念使用 概念创制 软暴力 刑民交叉 盗骗交织

一、概念的重要性

人类在认识事物的过程中,把所感知的事物的共同本质特点抽象出来,从感性认识上升到理性认识,进而形成概念。具有特定内涵与外延的概念,使得杂乱无章的事物类型化、清晰化。概念是人对客观事物本质的反映,是人类思维体系中最基本的构筑单位,是通过抽象化的方式从一群事物中提取出来的反映其共同特性的思维单位,是对特征的独特组合而形成的知识单元,“是构建人类知识大厦的基石”。^①正因为如此,概念的创造者在相关的领域享有高度乃至绝对的话语权。

一般来说,“话语权是通过特定国家的历史文化、政治发展道路和政治现实的历史叙事而形成的哲学社会科学影响力,‘话语权’是一种‘软权力’。”^②“话语权的重要基础在于一个国家能否产生出具有世界影响力的思想理论体系,能够创造出具有自治思想内涵的发展、科学发展规

* 清华大学法学院教授、博士生导师

① [英]安德鲁·海伍德:《政治学核心概念》,吴勇译,中国人民大学出版社2014年版,第5页。

② 杨光斌:《有必要弄清“话语权”到底是什么》,《北京日报》2018年9月10日。

律,同时又具有感召力的话语体系,在于哲学社会科学理论创新和话语体系的质量。”^①与其他学科一样,刑法学要有话语权,前提是产生具有世界影响力的理论体系和观点。

近年来,我国有不少学者对学科自身发展的科学性提出怀疑,主要是基于以下学术现状:“其一,学科理论的移植与话语的借用太多,以至于社会科学在建构与发展的过程中,产生了一种对上一级学科与相关学科的话语的依附性。其二,学科已建构的概念与理论缺乏科学性与系统性,有的学科胡拼乱凑概念与语汇的现象比较严重,语言表述不够清楚,理论肢解性太大。其三,学科社会化的服务功能不强,一些学科的理论研究不是从实际出发,而是从假设到假设,甚至在有些学科领域中还出现了话语霸权与游戏的场所”。^②在笔者看来,上述分析完全适用于我国刑法学的现状。我国的刑法学,不管是支持传统理论还是否定传统理论的学说,基本上使用的是源于国外的概念;此外,刑法学中也有许多不具备概念特征的“概念”。当下的刑法学与其他许多学科一样,在世界范围内缺少话语权。

正因如此,“近年来,‘中国学术话语体系的当代建构’已作为一项重要的学术议题而受到愈来愈广泛的关注”。^③2016年5月17日,习近平总书记在全国哲学社会科学工作座谈会上指出:“面对世界范围内各种思想文化交流交融交锋的新形势,如何加快建设社会主义文化强国、增强文化软实力、提高我国在国际上的话语权,迫切需要哲学社会科学更好发挥作用。……要善于提炼标识性概念,打造易于为国际社会所理解和接受的新概念、新范畴、新表述,引导国际学术界展开研究和讨论。这项工作要从学科建设做起,每个学科都要构建成体系的学科理论和概念”。^④我国法理学者提出:“我们亟须建构、发展和完善中国特色、中国风格、中国气派、具有独立地位的中国法学话语体系,我们需要进一步让中国法学的话语体系能够迈出国门、走向世界,争取在世界法学话语体系当中的话语权,要在世界法学舞台上‘讲好中国故事,传播中国思想’。”^⑤我国刑法学者也主张:“未来中国法学界应努力创新中国特色刑法话语体系,提升中国刑法学学术的国际自信,在国际社会传播中国刑事法治的有力声音。”^⑥

显然,仅有学术自信是不够的,自信本身不可能使具有学术自信的学者产生具有影响力的理论。因为话语权不是虚幻的,不是空中楼阁。“学术话语权核心在于‘学术’二字,没有‘学术’,当然不可能有‘权’。西方在社会科学领域的话语权,直接地来自他们在这些学科领域的优势。中国话语权的弱势,与我们哲学社会发展水平相对滞后也有关系。”^⑦所以,学术自信充其量只是使自己的学术产生影响力的决心、信心,而不是影响力本身,也不可能直接使学术产生影响力。

仅“讲好中国故事”也是不够的。刑法中既有世界性的共通问题,也有中国的特有问题。仅研究中国的特有问题不可能在世界范围产生影响力,不可能在国际社会享有话语权。例如,数额

① 章安邦:《中国法学话语体系的建构与话语权的提升——第二届“走向世界的中国法哲学”国际研讨会综述》,《法制与社会发展》2016年第4期。

② 苏君阳:《关于我国社会科学研究中几个基本问题的思考》,《天津社会科学》2005年第1期。

③ 吴晓明:《论当代中国学术话语体系的自主建构》,《中国社会科学》2011年第2期。

④ 习近平:《在哲学社会科学工作座谈会上的讲话》,《人民日报》2016年5月19日。

⑤ 章安邦:《中国法学话语体系的建构与话语权的提升——第二届“走向世界的中国法哲学”国际研讨会综述》,《法制与社会发展》2016年第4期。

⑥ 刘艳红:《以科学立法促进刑法话语体系发展》,《学术月刊》2019年第4期。

⑦ 陶文昭:《论中国学术话语权提升的基本因素》,《中共中央党校学报》2016年第5期。

犯是我国特有的规定,向外国刑法学者讲好“如何认定犯罪数额”几乎没有任何意义,因为外国刑法没有将数额较大规定为构成要件要素。反过来也如此。例如,德国、日本的刑法学者关于堕胎罪的研究,也不可能对中国当下刑法学的研究产生影响力。源于德国的三阶层犯罪论体系之所以在全世界产生重要影响,是因为“如何认定犯罪”是世界性的共性问题。所以,中国刑法学如果有话语权,在研究中国特有问题的同时,还必须研究反映刑法学的结构、本质、规律、趋势的普遍性、世界性的问题。^①

仅使用本国的独特话语系统同样是不够的。一方面,“建构自己的话语权并不意味着排斥人类文明的优秀成果,开放性、包容性正是中华文明的基因,也是马克思主义的生命力所在”;^②另一方面,“本土化概念建构不是一件孤立的事情,不理解概念建构的规律、缺乏开放的视野和交流的心态,它很可能中道迷失”。^③

“人类的认识与其他领域一样,都遵循着‘先占原则’,即某些人由于对事物的认识在先,通过概念对事物加以定义,并能够广泛传播,就会形成‘先入为主’的认识,获得话语权。后人在接受这些概念时,自觉不自觉地会进入其相应的思维通道,形成格式化、规范化的思维。这就是思想意识的力量。”^④从抽象层面看,原创性是话语权的根本。一方面,新兴学科的创立者,总是占据话语的优势。西方国家是现代社会科学发源地,也是当今许多新兴科学的策源地,因而在话语权上保持了先发优势。刑法学不可能成为新的学科,但创立刑法学的分支学科并非没有可能。另一方面,新观点的率先提出者,也必然占有话语优势。美国之所以有话语权,是因为当今世界许多最重要的新提法都源自美国。相对而言,我国的社会科学在学科和观点上都处于后发、模仿的阶段。中国目前有重大影响的社会科学成果比较匮乏,低水平重复现象比较严重。^⑤刑法学也是如此。要提升我国刑法学的话语权,必须改变这种状况,不断创造体现时代内涵和司法实践要求的新学术观点。

从具体层面看,概念创造是话语权的来源。“话语包含的诸种要素和特征,如概念的创新、话语逻辑、说服力、价值观和意识形态基础等,只有发达的人文和社会科学研究能够赋予。”^⑥在刑法学科体系基本形成的当下,如果不能通过观察、归纳生活事实创制新的描述性概念和通过抽象和提炼创制具有影响力的规范性概念,那么我国的刑法学只能跟着他国刑法学的脚步走。

迄今为止,我国的刑法学基本上是在沿用外国的概念,^⑦而且在沿用的过程中没有注意我国刑事立法与外国刑事立法的区别;刑法学理论常常没有区分事实学与规范学,导致犯罪学的概念直接用于构成要件符合性的判断过程之中,出现违反罪刑法定原则的现象;刑法学理论根据我国刑事立法形成的一些概念(如数额犯、情节犯、多次犯等),在世界范围内没有影响力;此外,刑法学理论还在使用一些没有任何影响力及实际意义的伪概念(非概念、虚概念),导致许多争议问题

① 参见梁孝、童萍:《话语权:社会科学普遍性与特殊性之争的焦点》,《思想战线》2011年第1期。

② 杨光斌:《有必要弄清“话语权”到底是什么》,《北京日报》2018年9月10日。

③ 郭忠华:《社会科学概念的双重构建模式》,《中国社会科学报》2020年4月29日。

④ 徐勇:《学术创新的基点:概念的解构与建构》,《文史哲》2019年第1期。

⑤ 参见陶文昭:《论中国学术话语权提升的基本因素》,《中共中央党校学报》2016年第5期。

⑥ 左凤荣、赵柯:《提高我国的国际话语权需发挥哲学社会科学的作用》,《当代世界社会主义问题》2019年第1期。

⑦ 要么是源于苏联刑法学的概念,要么是源于德国、日本刑法学的概念。

的症结、焦点被掩盖或者被转移,因而不能解决现实问题。

笔者写作本文旨在对刑法学中的外国概念的沿用、犯罪学概念的使用以及新概念的创制问题发表浅见,^①期待我国刑法学界与司法实务界注重对刑法学概念的解构与建构,不要创制和使用伪概念,尤其不要利用伪概念掩盖问题的症结和转移焦点。本文不可能创制具有影响力及实际意义的概念,也不可能对源于外国的概念进行解构,所举之例也未必妥当,恳请读者批评指正。

二、外国概念的沿用

“‘词语’并不具有历史,而‘概念’则具有历史。”^②刑法学的许多概念通常要追溯到西方国家。新中国的刑法学起先源于苏联,使用的是苏联刑法学的概念(如犯罪构成、犯罪客体等),改革开放后开始引入德国、日本的刑法学说。^③众所周知,在刑法学的发展过程中,德国学者创造了大量的概念,并形成系统的刑法学体系。日本学者较早将德国刑法学中的概念翻译成日文,由于日文的观念基本上以汉字表达,因此我国刑法学一般沿用日本学者翻译的概念(如构成要件、行为无价值、结果无价值、法条竞合、想象竞合等)。与此同时,也沿用了日本刑法学者创制的概念(如牵连犯、犯罪共同说、行为共同说等)。正因为这些概念源于德国、日本,德国、日本刑法学者对这些概念的相关理论享有话语权,我们必须抱着虚心学习的态度。

我国的刑法学者不可能为了获得话语权或者创建具有中国特色的刑法学体系,就放弃源于苏联、德国、日本的一些概念。^④这是因为,“放弃某一概念的成本将是巨大的,他不仅要挑战蛰伏于人们特定知识结构中的心理惯性,而且还要花费巨大的精力来找到这一概念的替代品”。^⑤即使找到一些概念的替代品,没有任何意义,并且不利于学术交流与互鉴。因为各国刑法学的研究对象具有大量的共同点,至少就具有共同点的部分而言,相互交流与借鉴是至为重要的。如果完全不采用某一领域已有的通用概念,那么就会阻碍学术交流与借鉴,反而不利于本国刑法学的发展。

在继续沿用他国享有话语权的已有概念时,若想获得话语权,则必须对已有的概念进行必要的解构。“解构的概念针对的是理论上的专制,这个概念是结构主义思潮在法国十分走红的时候设想出来的。这个概念意味着一种对某种结构进行解构以使其骨架显现出来的方式。解构看重的是差异和重复,而不是对立和矛盾。”^⑥法国学者德里达指出:“解构不是拆毁或破坏,我不知道解构是否是某种东西,但如果它是某种东西,那它也是对于存在的一种思考,是对于形而上学的一种思考,因而表现为一种对存在的权威或本质的权威的讨论,而这样一种讨论或解释不可能简单地是一种否定性的破坏。认为解构就是否定,其实是在一个内在的形而上学过程中简单地重

① 其中也包含作者本人对以往概念使用的反思。

② [美]特伦斯·保尔:《“概念史”和“政治思想史”》,载[英]伊安·汉普歇尔—蒙克:《比较视野中的概念史》,周保巍译,华东师范大学出版社2010年版,第125页。

③ 苏联的刑法学也学习和借鉴了德国19世纪末20世纪初的刑法学理论。

④ 当然,我们也不能把源于苏联刑法学的概念视为自己创制的概念。

⑤ 吴丙新:《法律概念的生成》,《河南省政法管理干部学院学报》2006年第1期。

⑥ 杜小真:《德里达的解构主义》,《首都师范大学学报》(社会科学版)2000年第3期。

新铭写。”^①总之,“解构并不是否定,它总是带着肯定的要求”。^②

笔者之所以主张解构一些源于外国的已有概念,是因为外国的刑法学理论是根据其本国的刑事立法与司法实践创制概念的,这些概念本身及其内涵未必适用于我国。即使外国刑法学理论常用的一些概念,也有解构的可能性,因为外国刑法学使用的某些概念未必符合其刑事立法与司法现状。此外,源于外国的概念也可能具有含混性,“许多重大的科学革命(如狭义相对论的出现,行为主义心理学的诞生)都在很大程度上取决于对一个领域的理论在概念上的含混性的认识以及其后对它们作出的改进”。^③下面略举3例进行说明:

例1:关于正当防卫正当化的根据,德国刑法学理论使用了个人保全与法确证两个概念(原理)。个人保全,是指法律允许个人采取各种必要的防卫性保护措施。根据个人保全原理,“在个人法的侧面,显示出只允许为了保护个人的利益进行正当防卫,而不允许为了保护公共秩序或者法秩序自身进行正当防卫的立场”。^④我国也有学者使用个人保全的概念。^⑤

可是,我国刑法明文规定可以为了保护国家利益、公共利益(以下简称公益)进行正当防卫,既然如此,那么直接沿用个人保全的概念就未必合适。即使德国刑法未规定对公益的防卫,但事实上只要涉及个人利益,也可以进行正当防卫。例如,为了防止国家财产被盗窃或者被毁坏,允许任何人实施防卫。又如,允许任何目击者对露阴行为进行正当防卫,因为公然猥亵行为侵犯了个人的性羞耻心。^⑥不仅如此,德国刑法学通说的持有者还认为,当现实的国家利益受到直接威胁,而主管机关在特定场合又无法保护这一国家利益时,为了保护作为主权象征的国家法益,也可以进行正当防卫。^⑦这说明,德国刑法学理论实际上将“个人”保全扩大到对公益的保全。既然如此,不如直接使用法益保全的概念。^⑧法益保全概念与个人保全概念并非对立的,只是存在差异。

法确证概念,一方面使得人们有权针对不法侵害实施特别激烈和完全不成比例的反击行为,另一方面又要求防卫人保持一定程度的克制。^⑨亦即,为扩张正当防卫权(不要求利益衡量)和缩小正当防卫权(社会伦理限制)提供根据的,都是法确证概念。之所以如此,是因为法确证原理的内容过于空泛,可以由解释者任意填充、随意设定。即使我国刑法学使用这一概念,也必须确定其合理内涵。若认为法确证是一种利益,则法益保全概念可以包含法确证的利益这一内容。^⑩

例2:关于防御性紧急避险的概念。众所周知,德国刑法学将紧急避险分为攻击性紧急避险

① [法]德里达:《一种疯狂守护着思想——德里达访谈录》,何佩群译,上海人民出版社1997年版,第18页。

② 杜小真:《德里达的解构主义》,《首都师范大学学报》(社会科学版)2000年第3期。

③ [美]拉瑞·劳丹:《进步及其问题》,刘新民译,华夏出版社1999年版,第53页。

④ H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 337.

⑤ 参见欧阳本祺:《正当防卫认定标准的困境与出路》,《法商研究》2013年第5期。

⑥ Vgl. H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 340.

⑦ 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第162页。

⑧ 日本有学者使用了“法益保全”的概念。井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣、2018年)293頁参照。

⑨ 参见[德]约翰内斯·卡斯帕:《德国正当防卫权的“法维护”原则》,陈璇译,《人民检察》2016年第10期。

⑩ 参见张明楷:《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批判性考察》,《比较法研究》2018年第2期。

与防御性(防卫性)紧急避险,后者是指为防止危险而对造成危险的利益本身实施侵犯。最典型的例子便是对物防卫,如打死在养鸡场“追逐”鸡群的狗。^①至于危险来自人的时候,能否实施防御性紧急避险,在德国存在争议。^②

在笔者看来,德国刑法学理论之所以使用防御性紧急避险概念,是因为:(1)《德国民法典》第228条明文规定了防御性紧急避险;^③(2)由于德国刑法学理论的通说将故意过失作为违法要素,因此导致对缺乏故意过失的侵害行为不能进行正当防卫;(3)“Notstand”一词意指紧急状态,^④并无汉语中“避险”的含义,规定紧急状态的法条中也没有“避险”之类的用语。^⑤

近年来,我国有刑法学者开始使用防御性紧急避险的概念。例如,有学者主张对家庭暴力可以实施防御性紧急避险,^⑥而非正当防卫,^⑦也有学者主张对无责任能力者的侵害不能进行正当防卫,只能实施防御性紧急避险。^⑧问题是,在我国刑法中,对侵害人的攻击行为是否属于“避险”行为?

1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第21条明文表述的是“不得已采取的紧急避险行为”,而非表述为“不得已采取的紧急行为”。既然如此,我们就不能脱离汉语的“避险”一词来解释紧急避险。可以肯定的是,1979年《刑法》和1997年《刑法》中的“紧急避险”与20世纪50年代的刑法学教科书使用的“紧急避难”一词是一个含义。^⑨按照通行词典的解释,“避”的基本含义是躲开、回避,“避难”是指躲避灾难或迫害,^⑩“避险”便是躲避危险。^⑪那么,对物防卫以及对正在实施侵害的无责任能力者的攻击行为,是否一种“躲避”行为?如果不是,那么就难以认为这种行为属于我国刑法中的“避险”行为。所以,我们能否使用防御性紧急避险的概念不无

① 参见[德]冈特·施特拉腾韦特、[德]洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第158~159页。

② 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第190页。

③ 该条前段规定:“为使自己或者他人免遭他人之物所引起的紧迫危险而毁损或者破坏他人之物的人,如毁损或者破坏为避免危险所必要,且损害并非与危险不相当,则不是不法地实施行为。”

④ 我国也有学者将其翻译为“紧急状态”而非翻译为“紧急避险”。参见《德国刑法典》,冯军译,中国政法大学出版社2000年版,第14页;[德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第164页以下。

⑤ 《德国刑法》第33条的表述是“为了避免对自己或者他人的危险而实施行为的”,显然,针对什么对象实施行为并无限定。

⑥ 在德国,防御性紧急避险“不要求出现严格定义上的防卫事由,造成危险的违法攻击也不必发生在眼前”。[德]冈特·施特拉腾韦特、[德]洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第159页。

⑦ 参见陈璇:《家庭暴力反抗案件中防御性紧急避险的适用——兼对正当防卫扩张论的否定》,《政治与法律》2015年第9期;张丽:《论家庭暴力反击杀人行为的防御性紧急避险》,《西南科技大学学报》(哲学社会科学版)2018年第6期。

⑧ 参见赵雪爽:《对无责任能力者进行正当防卫——兼论刑法的紧急权体系》,《中外法学》2018年第6期。

⑨ 参见中央政法干部学校刑法教研室编著:《中华人民共和国刑法总则讲义》,法律出版社1957年版,第142~145页。

⑩ 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》,商务印书馆2019年第7版,第74页。在古汉语中,“避”也是回避、躲开、避让、退让、离开的意思。参见陈复华主编:《古代汉语词典》,商务印书馆2002年版,第83~84页。

⑪ 《现代汉语词典》中并无“避险”一词。

疑问。

笔者并非断定我们不能使用防御性紧急避险的概念,而是认为使用这一概念的前提是,德国刑法学理论所称的防御性紧急避险,符合1997年《刑法》第21条规定的“避险”含义。如果完全不考虑这一点,只是因为两国的刑法都规定了紧急避险就沿用德国的防御性紧急避险概念,而不联系我国刑法条文的明文规定进行具体论证,那么恐怕就会出现将德国刑法学理论的概念强加于我国刑法条文的不正常现象。

例3:关于盗窃、诈骗等取得罪的保护法益,日本是以“本权说”“占有说”及“中间说”的形式展开的;^①德国刑法学理论将财产犯罪分为对所有权的犯罪、对整体财产的犯罪与其他财产罪,其中,对所有权犯罪侵犯的法益就是所有权(但存在争议),对整体财产犯罪侵犯的法益是财产,但如何理解财产,则存在“法律的财产说”与“经济的财产说”及“折中说——法律的、经济的财产说”。^②大体而言,“占有说”“本权说”及“中间说”是围绕以狭义财物为对象的取得罪展开的,而“法律的财产说”“经济的财产说”及“折中说”则是围绕以财产为对象的取得罪展开的。我国刑法规定的作为财产犯罪对象的“财物”既包括狭义财物,又包括财产性利益。^③换言之,我国刑法分则中的财物其实就是指财产。随着社会的发展,对财产性利益的犯罪会逐步增加,对有体物的犯罪可能会慢慢减少。我们现在都认为现金是有体物,可是随着电子支付的推行,使用现金的情形越来越少。所以,从财产或者财产性利益方面来研究保护法益具有重要意义。但在我国刑法中,显然没有必要区分有体物与财产性利益,以免形成两套保护法益的概念。于是,首先需要解决的问题是能否综合前述“本权说”“占有说”及“中间说”与“法律的财产说”“经济的财产说”及“折中说”两套概念系统(两种保护法益论),统一说明财产犯罪的保护法益?笔者对此持肯定的态度。一方面,“本权说”与“法律的财产说”是非常接近的学说,并且也有许多共同点,^④所重视的都是民事权利;“占有说”与“经济的财产说”虽然解决的问题不同,但是二者背后的基本观念是相似或者相同的,所重视的是实际利益;“中间说”与“折中说”则是二者之间的调和。另一方面,由于我国刑法分则并没有区分财物与财产性利益,因此只需要一套财产犯罪的保护法益概念。并且,如果构成要件行为相同,那么就不会因为对象是狭义财物还是财产性利益的不同而产生定罪差异。

所谓综合两类学说或者两套概念系统,不一定要另行制造相关的概念。例如,没有必要使用“法律的本权说”“经济的占有说”之类的概念,只需要使用其中一套话语系统的概念并赋予新的内涵。问题是,应当采用哪一套话语系统的概念?除了故意毁坏财物罪、侵占罪、挪用资金罪之外,盗窃罪、诈骗罪、抢劫罪、敲诈勒索罪等取得罪,大部分表现为将他人占有的财物或者享有的财产性利益,转移给自己或者第三者占有或者享有,小部分表现为免除债务。事实上,对财产性

① 日本刑法学理论并没有分别讨论盗窃罪与诈骗罪的保护法益。例如,有的学者只在盗窃罪中讨论保护法益,并不在诈骗罪中另讨论保护法益。西田典之著、桥爪隆补订《刑法各论(第7版)》(弘文堂、2018年)164页以下、山口厚《刑法各论(第2版)》(有斐阁、2010年)184页以下参照。有的学者在财产犯的概述中讨论财产罪的保护法益,在论述盗窃罪与诈骗罪时不再讨论保护法益。前田雅英《刑法各论讲义(第6版)》(东京大学出版会、2015年)151页以下、井田良《讲义刑法学·各论》(有斐阁、2016年)196页以下参照。

② Vgl. Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer I Vermögensdelikte, 14. Aufl., C.H. Beck 2012, S. 202ff.

③ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年第5版,第932页以下。

④ 木村光江《财产犯论の研究》(日本評論社、1988年)23页参照。

利益也可以使用占有概念。例如,完全可以说某人占有了存款债权,某人占有了货款请求权。也就是说,可以对占有概念作重新解释,使之包括对财产性利益的享有。因此,对取得罪的保护法益而言,可以采取“本权说”“占有说”这一套概念系统,只是需要明确占有的扩大含义即可。例如,对虚拟财产也完全可以采用占有的概念。又如,甲原本欠乙10万元,但甲通过欺骗手段使乙免除了自己的债务。在这种场合,我们仍然可以说甲侵害了乙占有的债权。再如,行为人嫖宿卖淫女后,以欺骗方法骗免嫖宿费用的,可以通过讨论卖淫女是否占有值得保护的债权或者行为人是否侵害了卖淫女占有的债权来解决行为人的行为是否构成犯罪的問題。

总之,我国刑法学还需要继续沿用适合我国刑事立法与司法实践的概念,不能为了创建符合中国国情的刑法学理论就抛弃这些概念。但是,在沿用源于外国刑法学的概念的过程中,应当持一种解构的态度,不能以外国刑法学的概念为根据,审视我国的刑事立法与司法实践。“只有深深植根于本国、本民族的肥田沃土,深刻把握时代的脉搏,才有强大的创造性和生命力,才能形成真正的话语权,并逐步产生世界性的影响。”^①

三、犯罪学概念的使用

犯罪学是进行经验研究的事实学。“犯罪学是一门归纳型科学……如同其他的归纳型科学那样,它用有可能最准确的方法观察事实,利用一切可能的方法探讨这类现象的原因。”^②可以肯定,犯罪学的研究为刑事政策的制定与刑罚制度的改革奠定了基础。从世界范围内来说,“在晚近刑法史中,重要的刑事政策的进步都必须归功于犯罪学”。^③“如果对犯罪学缺乏认识,刑事政策就缺乏事实的基础,刑法也就失去了目的。”^④犯罪学也给刑法学的研究提供了经验的素材,尤其是对刑罚如何实现预防犯罪的目的提供了重要的事实依据。

但是,“犯罪学的对象与刑法学的对象不一定一致,而是涉及更宽泛的范围”。^⑤“犯罪……学是对于犯罪、违法者、不良社会现象以及控制这些举止等内容的经验认识的条理化的总和。”^⑥犯罪学的研究对象“并不局限于法律意义上的犯罪行为的概念。因此,诸如反社会性、酗酒、吸毒、流浪等在社会上受到否定评价的其他现象,也是犯罪学的研究对象。”^⑦换言之,缺乏构成要件符合性、有责性的越轨行为也是犯罪学研究的对象,^⑧或者说,只要实质上侵害法益乃至自己是被害人的行为(如吸毒),都是犯罪学上的犯罪。^⑨因此,《中华人民共和国治安管理处罚法》规

① 欧清华:《社科研究要展现中国话语权》,《中国社会科学报》2017年3月7日。

② [荷]W.A.邦格:《犯罪学导论》,吴宗宪译,中国人民公安大学出版社2009年版,第1页。

③ H.Jescheck/T.Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 47.

④ [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第16页。

⑤ 濑川晃『犯罪学』(成文堂、1998年)7页。

⑥ [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第16页。

⑦ H.Jescheck/T.Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 46.

⑧ 濑川晃『犯罪学』(成文堂、1998年)8~9页参照。

⑨ 有少数犯罪学者似乎将刑法规定的犯罪作为犯罪学的研究对象,其实也并非如此。参见[荷]W.A.邦格:《犯罪学导论》,吴宗宪译,中国人民公安大学出版社2009年版,第3~6页。

定的行为,也可以成为犯罪学研究的对象。

更为重要的是,犯罪学与刑法学的目的不同。犯罪学并不研究如何适用刑法,而是研究犯罪的现象形态、产生原因以及各种对策。^① 刑法学研究什么行为构成犯罪,如何判断犯罪的成立以及如何处罚犯罪。“在这个世界上,人们就是用概念对世界上的各种现象进行分类,然后按照这种分类进行管理。”^②目的不同,所采用的分类标准就不会相同。犯罪学上的各种犯罪类型,并不是按刑法的规定进行分类,而是按犯罪原因、手段等进行分类。例如,犯罪学为了从犯罪人的主观上探求犯罪原因,会将犯罪分为利欲犯、贫困犯、激情犯、愉快犯、政治犯等,或者按行为手段将犯罪分为暴力犯、智能犯、无力犯等,^③这些犯罪类型与刑法学上的犯罪类型并不相同。在刑法学中属于一个犯罪类型的,在犯罪学中也可能分为多个类型。例如,犯罪学可能根据手段将杀人分为毒杀、惨杀、便宜杀、诱导杀等。^④反之,犯罪学的一个犯罪类型,在刑法学中可能属于多个犯罪类型。例如,犯罪学中的“街头犯罪”类型,^⑤包括刑法学中的诸多犯罪类型。

“概念是构造理论的砖石,它是研究范围内同一类现象的概括性表述。”^⑥犯罪学的概念是基于其研究目的对同一类现象进行的概括性表述。我国刑法学理论与司法实践当下使用的“软暴力”“套路贷”等概念,都可谓犯罪学中的概念或者犯罪类型,是犯罪学对同一类现象进行的概括性表述;犯罪学需要研究“软暴力”“套路贷”的形成原因,并提出相应的对策。事实上,犯罪学针对犯罪类型所使用的概念并不需要清晰的外延。例如,犯罪学中只是以诈骗为例解释智能犯概念,但智能犯概念并没有清晰的外延。又如,犯罪学研究激情犯的原因与对策,但并不会严格区分激情犯与非激情犯。

显然,刑法学不能直接将犯罪学的上述概念或犯罪类型作为适用刑法的大前提与小前提。因为刑法学是规范学,必须以刑法规范作为大前提,并按照大前提的要求归纳案件事实(小前提),再判断小前提是否与大前提相符合。刑法学不可能直接将犯罪学描述犯罪现象时所使用的概念,作为适用刑法时对案件事实的归纳概念。例如,利欲犯、智能犯等是犯罪学普遍使用的概念,但是刑法学既不能将利欲犯、智能犯的特征作为适用刑法的大前提,也不可能使用利欲犯、智能犯等概念归纳案件事实。

但是,近年来,我国刑法学(包括司法解释)在解释构成要件时则直接使用犯罪学的概念,司法机关在适用刑法时也直接使用犯罪学的概念,导致对许多案件不是直接按照刑法规定的犯罪构成认定犯罪,而是以自己归纳的事实特征取代刑法规定的犯罪构成。例如,刑法学界与司法实务界普遍使用“软暴力”概念,但日常生活中的“软暴力”概念源于何处难以考证。如上所述,“软暴力”只是犯罪学中的概念,或者应当成为犯罪学中的概念,因为各种以软暴力为手段实施的犯罪,即使侵犯的法益完全不同,将其作为犯罪学中的一种犯罪类型,从行为人使用这种手段的原

① Vgl. H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 46.

② 王晓升:《让概念指称非概念——阿多诺的哲学观及其启示》,《吉林大学社会科学学报》2015年第3期。

③ 濂川晃『犯罪学』(成文堂、1998年)20頁参照。

④ 日本犯罪学会『犯罪学辞典』(成文堂、1982年)194頁参照。

⑤ 参见[美]罗纳德·J. 博格、[美]小马文·D. 弗瑞、[美]帕特里西亚·瑟尔斯:《犯罪学导论——犯罪、司法与社会》,刘仁文、颜九红、张晓艳译,清华大学出版社2009年版,第272页以下。

⑥ 袁方主编:《社会研究方法教程》,北京大学出版社2013年版,第55页。

因与对象上进行分析与研究,既是可能的,也是必要的。

有学者指出:“软暴力既不是一个法律概念也不是一个政策概念,而是在办案实践中形成的类型化违法犯罪的概括性称谓。在性质上,软暴力既包括了使被害人意志自由受到扭曲而屈服于行为人意志的暴力或胁迫等强制性行为,又包括了其他可以成为具体犯罪客观构成行为的非强制性行为。”^①但需要注意的是,其所说的“类型化违法犯罪”并不是刑法上的类型化违法犯罪,因为刑法上的犯罪类型是指以构成要件为指导形象形成的犯罪类型,如故意杀人罪、强奸罪、非法拘禁罪、抢劫罪、敲诈勒索罪、强迫交易罪就是 6 个不同的犯罪类型;虽然强奸罪与抢劫罪都包括暴力、胁迫或者其他方法,但是二者仍然属于不同的犯罪类型。显然,上述“类型化违法犯罪”只不过是犯罪学意义上的类型化。正因如此,刑法学在解释构成要件时、司法机关在适用刑法时完全没有必要也不应当使用“软暴力”概念。

第一,关于强制手段的内容,刑法分则均表述为暴力、胁迫(威胁、恐吓)与其他手段(方法)。那么,“软暴力”属于哪一种手段?有学者指出:“软暴力是暴力、威胁手段之外能够对他人形成心理强制或足以影响、限制人身自由、危及人身财产安全或者影响正常生产、工作、生活的手段,其是与传统通过有形物理力所实施的暴力相对应的暴力形式。就内涵而言,软暴力是黑恶势力犯罪中一种比较新型的暴力形式,主要通过语言暴力、精神暴力或黑恶势力的力量展示等形式体现出来,但无论是语言暴力、精神暴力,还是黑恶势力的力量展示,本质上都能对他人形成心理强制,进而影响他人的生产、工作和生活。”^②但是,这些表述与“软暴力”概念一样含混不清。

上述观点一方面称软暴力是暴力、威胁之外的手段,另一方面又称之为新型的暴力形式,明显自相矛盾。持上述观点的学者指出:“软暴力犯罪以有形的硬暴力为后盾。软暴力犯罪虽不直接表现为有形暴力,但主要以组织的势力、影响和犯罪能力为依托,以有形暴力为后盾,且是一种随时可以实现的暴力。正是被害人对随时可实现的暴力的一种恐惧,能给被害人造成巨大的心理压力……软暴力犯罪的本质在于通过软暴力的形式对被害人形成心理强制。”^③既然如此,软暴力就是威胁,而不是暴力,也不是暴力与威胁之外的其他手段。可是,持上述观点的学者还指出,通过组织或雇用网络“水军”,在网络上威胁、恐吓、侮辱、诽谤、滋扰被害人或影响舆论监督和公众知情权的,也属于软暴力。^④这便导致“软暴力”概念的外延漫无边际。

“概念应该清楚明确,思维对存在的反映是有一定界线的,不同的概念具有不同的含义,这是人们普遍认同或共同约定的结果。”^⑤我国刑法分则之所以使用“暴力、威胁或者其他手段”这样的表述(如 1997 年《刑法》第 294 条第 5 款第 3 项),不仅是因为 3 种手段具有等值性,^⑥更重要的是因为根据罪刑法定原则的要求,不能采用更为抽象的“强制手段”这一表述,而应将强制手段具体化。“暴力、威胁或者其他手段”这样的表述明显意味着作为概念的暴力、威胁,其内涵与外延不同,需要分别定义。刑法学理论虽然可以在分别定义暴力、威胁的含义外,抽象出共同点再定义“其他手段”,但是在认定犯罪时绝对不能将暴力、威胁或者其他手段抽象成为另一个上位概

① 陈毅坚:《软暴力刑法性质的教义学展开》,《中国刑事法杂志》2020 年第 4 期。

② 卢建平:《软暴力犯罪的现象、特征与惩治对策》,《中国刑事法杂志》2018 年第 3 期。

③ 卢建平:《软暴力犯罪的现象、特征与惩治对策》,《中国刑事法杂志》2018 年第 3 期。

④ 参见卢建平:《软暴力犯罪的现象、特征与惩治对策》,《中国刑事法杂志》2018 年第 3 期。

⑤ 朱前鸿、梁庆寅:《虚概念指称问题研究》,《现代哲学》2001 年第 4 期。

⑥ 正因为具有等值性,所以需要对其他手段采用同类解释。

念或者模糊概念作为大前提,否则就不符合概念使用的基本要求,也不符合罪刑法定原则的要求。

第二,使用“软暴力”概念,其实只是为了扩大处罚范围。诚然,扩大处罚范围并不意味着违反罪刑法定原则,但是在刑法规定的行为手段之外使用“软暴力”概念的确存在违反罪刑法定原则的嫌疑。例如,1997年《刑法》第266条规定的强迫交易罪仅限于暴力、威胁手段,根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部2019年4月9日《关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见》第3条第3项的规定,曾因强迫交易犯罪受过刑事处罚后又以纠缠方式强迫交易,足以影响对方正常生活、工作、生产、经营的,就成立强迫交易罪。这实际上是以“软暴力”概念取代了暴力、威胁要件,难以认为符合罪刑法定原则。又如,如上所述,有学者将侮辱、诽谤也归入软暴力,虽然侮辱行为可能由暴力实施,但是绝大部分侮辱行为只是通过文字、语言等对他人表示轻蔑的价值评价,诽谤也只是通过捏造事实毁损他人名誉,将这样的行为也归入“软暴力”,明显不符合罪刑法定原则。

更重要的是,与刑法学中的犯罪类型不同,犯罪学中的犯罪类型不是以刑法为根据确定的,而是基于事实所作的不精确的归纳,因而具有不明确性。“软暴力”是一个极为含混的概念,既无确定的内涵,也无确定的外延,相关司法解释只不过罗列了外延。然而,“凡是只罗列外延的,都不是概念,因为罗列外延无法做到从特殊到一般的抽象概括,因此也就无法定义概念”。^①在此种意义上说,“软暴力”不可能成为刑法学中的概念。因为直接使用犯罪学中的概念认定犯罪,就使得刑法中的犯罪类型缺乏明确的边界,使刑法中的犯罪类型由清晰变得模糊,处罚范围的不当扩大便不可避免。如前所述,刑法学不能像犯罪学那样根据事实确定犯罪类型,只能根据刑法规定的犯罪构成确定犯罪类型。适用刑法时直接使用或者借助犯罪学中的犯罪类型概念,不可避免地使司法人员淡化罪刑法定主义观念,动摇罪刑法定原则。

第三,对各种犯罪的认定,根本不需要借助“软暴力”概念。首先,不管主张定罪的过程是一个标准的三段论推理过程^②还是三段论的倒置,^③都要求将刑法规定作为大前提,也可以说将刑法规定的犯罪构成作为定罪的法律依据。符合刑法规定的具体犯罪构成的行为就是犯罪,不符合的就不是犯罪。这是罪刑法定原则的基本要求。只要明确这一点,就不需要借助“软暴力”这个概念。(1)“软暴力”并不是一个刑法概念,也不是一个犯罪构成或者某个犯罪的构成要件,更不是一个独立的罪名。既然如此,“软暴力”的概念与定义就不能成为判断某种行为是否构成犯罪的法律标准。^④(2)司法人员在办案过程中,是按大前提即犯罪构成归纳案件事实的,而不可

① 杨开城:《教育学的坏理论研究之一:教育学的核心概念体系》,《现代远程教育研究》2013年第5期。

② 参见[苏联]C.C.阿列克谢耶夫:《法的一般理论》(下册),黄良平、丁文琪译,法律出版社1991年版,第729页。

③ 参见[法]雅克·盖斯旦、[法]吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏、张丽娟、石佳友等译,法律出版社2004年版,第37~42页。

④ 有学者指出:“刑法意义的软暴力是一个广义的范畴,它包括了立法规定的软暴力和司法规制的软暴力……对恶势力软暴力手段入罪(包括认定为违法)的总体规范依据,也间接源于刑法第294条第5款第3项的规定。”黄京平:《软暴力的刑事法律意涵和刑事政策调控——以滋扰性软暴力为基点的分析》,《新疆师范大学学报》(哲学社会科学版)2019年第6期。然而,1997年《中华人民共和国刑法》第294条第5款第3项规定的是“暴力、威胁或者其他手段”,司法机关只需要判断某种行为是否符合这一手段要件。刑事立法并没有规定“软暴力”,也难以认定1997年《中华人民共和国刑法》第294条第5款第3项的规定为“软暴力”概念的创制提供了法律根据。

能任意归纳案件事实。由于“软暴力”概念及其定义不可能成为大前提,因此在认定具体犯罪时就不需要判断案件事实是否存在“软暴力”。例如,在认定一个行为是否成立强迫交易罪时,只需要根据强迫交易罪的犯罪构成归纳案件事实,进而判断案件事实是否符合强迫交易罪的犯罪构成即可,而不需要将案件事实归纳为“软暴力”。这如同刑法中没有强制罪,因而不应当将案件事实归纳为强制行为一样。(3)既然“软暴力”不可能成为大前提与小前提,那么在犯罪构成符合性的判断中就不可能使用这一概念。亦即,在认定具体犯罪时,如果一个行为根本不符合刑法规定的手段要件,那么就不能借助“软暴力”的概念使之构成犯罪。因为这种做法不是根据刑法的规定认定犯罪,而是在刑法规定的犯罪构成之外寻找定罪的根据,但这一根据不可能是“法律”根据,同样违反罪刑法定原则。其次,不管“软暴力”是对某些犯罪手段的归纳还是对某些行为主体手段的归纳,对“软暴力”的判断都不可能成为认定具体犯罪的必经步骤。换言之,由于以“软暴力”手段实施的行为可能构成性质完全不同的犯罪,因此在进行犯罪构成符合性的判断时,不应当先判断某种行为是否属于“软暴力”,然后直接得出该行为是否构成某种犯罪的结论。因为这种判断方法要么完全用“软暴力”概念取代了刑法规定的犯罪构成,因而明显违反罪刑法定原则;要么是毫无意义地增设判断环节。例如,一个行为是否构成敲诈勒索罪,只需要直接根据1997年《刑法》第274条的规定,判断行为人是否实施了以恶害相通告进而索取财物的行为,胁迫行为与被害人的财产损失之间是否具有因果关系,以及行为人是否具有敲诈勒索的故意与非法占有目的,而不需要判断行为人的行为是否属于“软暴力”,再判断该行为是否构成敲诈勒索罪。因为一个行为是否构成敲诈勒索罪,并不以其手段行为是否属于“软暴力”为前提,并且即使属于“软暴力”也不一定构成敲诈勒索罪。又如,在判断一个行为是否构成故意杀人罪时,客观方面只需要判断行为是否造成他人死亡,或者说死亡能否归属于行为人的行为,根本不需要判断行为是否属于“暴力”。事实上,即使刑法学理论抽象出侵犯财产罪的犯罪构成,司法机关也不会先判断某种行为是否符合侵犯财产罪的犯罪构成,然后再判断这种行为是构成盗窃罪还是构成诈骗罪。同样,即使刑法学理论抽象出危害公共安全罪的犯罪构成,司法机关也不会先判断某种行为是否符合危害公共安全罪的犯罪构成。“软暴力”并不是对具体犯罪构成的抽象,而是对许多不同犯罪的手段行为的归纳。“软暴力”并非单一的行为手段,而是涵盖多种行为方式。^① 既然如此,那么就没有必要先判断某种行为是否属于“软暴力”。有论者认为:“对于行为的判断仍然应基于三段论的‘大前提—小前提—结论’的推导过程,软暴力只是帮助我们更加准确地判断案件的定性和走向。”^②可是,只要“软暴力”不属于刑法规定的大前提,该概念就不可能帮助我们准确地判断案件的定性和走向。诚然,当人们认为某种行为属于“软暴力”时,就会预判行为可能触犯哪些犯罪,从此种意义上说,“软暴力”概念似乎可以帮助我们准确地判断案件的定性和走向,但是预判是预先得出的具体结论,根本没有必要有一个预判前的具体判断。例如,当我们遇到一个案件时,可能存在一个具体预判前的抽象预判,即该案件属于财产罪或者侵犯人身罪,但在这种场合,我们不会也不必先具体判断其是否符合侵犯财产罪或者侵犯人身罪的一般犯罪构成,而是在形成属于侵犯财产罪的抽象预判后,直接形成构成盗窃或者诈骗等罪的具体预判;在形成案件属于侵犯人身罪的抽象预判之后,直接形成构成故意杀人或者故意伤害等罪的具体预判。然

① 参见林乔、王引、任平:《黑社会性质组织犯罪中“软暴力”的认定》,《人民司法·案例》2018年第29期。

② 陈伟、张学文:《“软暴力”的事实判断与规范调适》,《甘肃政法学院学报》2020年第4期。

后,将可能适用的具体犯罪的犯罪构成作为大前提,并按该犯罪构成归纳案件事实,从而形成结论。如果案件事实与大前提不能形成对应关系,那么会重新选择大前提,再进行具体判断。在此过程中,“软暴力”的概念同样没有意义。上述论者也认为:“软暴力不是任何一个犯罪的固有构成要件,其仍然需要其他的实行行为作为基础或者结合特定的实质违法要素,才能组合成为一个具有评价意义的行为。”^①既然如此,那么软暴力概念就不可能帮助我们进行精确的判断。最后,使用“软暴力”概念或许具有两个方面的实际意义:(1)将一些原本属于威胁或者其他手段的情形归入“软暴力”,可以提升对这种行为的不法评价。^②(2)使用“软暴力”概念归纳几类案件,可以扩大这几类犯罪的认定范围,并且从重处罚。然而,即便如此,也不应当在犯罪构成的解释与刑法适用中使用“软暴力”概念。一方面,“软暴力”概念本身毕竟给人们的印象是属于暴力,使一般人认为刑法上的暴力包括硬暴力与软暴力,但事实并非如此。亦即,司法解释实际上将“软暴力”界定为与暴力、威胁手段相并列的违法犯罪手段。^③既然如此,那么“软暴力”充其量只是对刑法中的“其他手段”的归纳,因而不应当使用“软暴力”概念。“软暴力这个概念只有在对其以暴力论处的情况下,才具有实质意义。如果软暴力仍然是非暴力,而且刑法和司法解释都已经明确规定其他非暴力手段也可以构成黑恶犯罪的情况下,软暴力的概念就没有特殊意义。”^④在我国刑法分则条文列举暴力、威胁与其他手段时,威胁与其他手段就是等价的,通过“软暴力”来提升对相关行为的不法评价,不仅没有法律意义,而且违反刑法的规定。另一方面,如果基于刑事政策,在一定时期对几类犯罪需要扩大处罚范围或者从重处罚,那么也只需要对几类犯罪的构成要件进行扩大解释,修改量刑规则即可,而不需要使用“软暴力”概念。

与“软暴力”概念相似的是“套路贷”概念。众所周知,“套路贷”并不是一个刑法概念,也不是一个犯罪构成或者某个犯罪的构成要件,更不是一个独立的罪名,只不过是犯罪学中的概念。因此,从刑法学上定义“套路贷”对认定犯罪并没有任何意义,“套路贷”的概念与定义不能成为判断某种行为是否构成犯罪的法律标准。使用“套路贷”概念,要么导致不符合诈骗等罪犯罪构成的行为,因为属于“套路贷”而被认定为诈骗等罪,从而违反罪刑法定原则;^⑤要么在案件事实与刑法规范的对应判断之后,增加一个毫无意义的“行为是否属于套路贷”的判断。因此,刑法学与刑事司法不应当使用“套路贷”概念,更不应当以“套路贷”概念取代刑法规定的诈骗等罪的犯罪构成。^⑥

总之,刑法规定的犯罪构成是认定犯罪的法律依据,是定罪的三段论中的大前提,除此之外的非刑法概念不得作为定罪的三段论中的大前提。在认定犯罪的任何一个环节,都不得以犯罪学的概念取代刑法规定。如果将一个犯罪学概念直接作为认定犯罪的依据,或者在查清事实之

① 陈伟、张学文:《“软暴力”的事实判断与规范调适》,《甘肃政法学院学报》2020年第4期。

② 普通用语中的“软暴力”原本不是暴力,其中部分属于威胁,部分不构成威胁,也不构成与暴力、威胁等价的其他手段。但是,将后两种情形均由“软暴力”概念来表述,可能让人们觉得这种手段严重。又由于这种行为不符合暴力的特征,于是使用“软暴力”的概念。

③ 参见童碧山、刘宁宁、刘晋:《〈关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见〉的阐释》,《人民检察》2019年第11期。

④ 陈兴良:《恶势力犯罪研究》,《中国刑事法杂志》2019年第4期。

⑤ 从当前的司法实践看,主要表现为这种情形。

⑥ 参见张明楷:《不能以“套路贷”概念取代犯罪构成》,《人民法院报》2019年10月10日。

后,先得出有罪结论(或假定),之后没有寻找到可能适用的刑法条文,却依然根据犯罪学的概念定罪处刑,那么就违反了罪刑法定原则。

四、刑法学的概念创制

如前所述,概念具有重要意义。“科学的进步则是体现在核心概念与概念体系的摧毁与重构之中。之所以如此,是因为核心概念与概念体系的变革与演替,至少意味着研究方法视角的不同、研究对象的一定程度的变化,意味着以新的工具对旧的问题进行解答,或第一次对新的问题进行解释……新的核心概念与概念体系的出现背后,往往就预示着在新的研究中,要采用新的研究方法,或对新的研究对象进行研究,预示着一种新的本体论和方法论。”^①不管是要在国际社会享有刑法学的话语权,还是要切实解决中国的现实问题,都需要创造具有影响力和实际作用的概念。

“概念从产生的角度可以划分为两种:一是归纳性概念,表现为对同类事物的概括和提炼;二是建构性概念,表现为以抽象观念为基础而建构出来的概念。”^②因此,创制新的概念可以从两个方面着手:一是发现新的事实,从事实中提炼出新的概念,这类概念可以说是归纳性概念或者描述性概念;二是要基于某种价值观念形成新的概念,这类概念可以说是建构性概念或者规范性概念。^③如何创制具有影响力与实际作用的概念,不是本文所能解决的问题。在此想简要说明的是,刑法学者应当明确何谓概念。一个用语要成为概念,必须满足一些条件:一是具有固定的对象,缺乏言说对象的概念不是真正的概念;二是必须具有“公度性”,能够为处于特定共同体中的个体理解和接受,停留在个人或者小规模群体中的概念不是真正的概念;三是具有特定的机能,即帮助人们通过概念进行思考,通过将不同类型的概念进行配置、排列和组合,从而形成特定的意义表达,即所谓知识。^④如果不明确何谓概念,就不可能创制具有影响力与实际作用的概念。本部分只是联系当下的刑法学现状,反过来说明,刑法学不应当创制和使用没有影响力与实际作用的概念。

(一)不应创制和使用非概念

英国学者埃文斯最早在分析哲学内部引入“知觉经验的内容是否为概念性的”讨论时提出了“所有知觉经验的内容都是非概念性的”主张。而以英国学者麦克道尔为代表的学者则对该主张进行了批判,进而在分析哲学内部分化出“概念论”与“非概念论”两大相对独立的阵营。大致说来,持“概念论”者主张知觉经验的内容是概念性的,持“非概念论”者则主张知觉经验的内容是非概念性的。^⑤我国有学者认为:“这两种观点实际上并不相互排斥,可以共存:知觉经验可以同时具有概念内容和非概念内容。”^⑥

笔者没有能力从逻辑学上对“概念论”与“非概念论”展开讨论,但大抵可以肯定的是,刑法学

① 欧阳景根:《核心概念与概念体系的建构理论》,《华中师范大学学报》(人文社会科学版)2006年第3期。

② 郭忠华:《社会科学概念的双重构建模式》,《中国社会科学报》2020年4月29日。

③ 参见徐勇:《学术创新的基点:概念的解构与建构》,《文史哲》2019年第1期。

④ 参见郭忠华:《社会科学概念的双重构建模式》,《中国社会科学报》2020年4月29日。

⑤ 参见段丽真:《“概念论者”还是“非概念论者”——对康德知识论的两种解读》,《哲学动态》2015年第1期。

⑥ 王华平、丛杭青:《概念内容与非概念内容》,《哲学研究》2009年第9期。

使用某个词语归纳某类事实,是为了判断如何处理这类事实。“概念赋予经验以形式,并使明确表述成为可能……我们之所以能够看到或听到具体的人或物,而不是像透过一个焦距没有对准的摄影机那样看到一团模糊的世界,就是因为依靠了概念。”^①如果所使用的词语让人们看到的是一团模糊的世界,那么不管这个词语是概念还是非概念,刑法学都不应当创制和使用。例如,近年来,“刑民交叉”概念成为法学界与实务界的热门话题,这一概念大抵就是埃文斯所说的非概念。诚然,“在我们经常使用的概念中,很多都是基于一种感官的经验概括。尤其是,当我们对一种经验对象处于无知状态时,为了交流上的方便,基于一种感性认识为其命名也就司空见惯。对于此类概念,我们当然不能说是对事物本质的思考”。^②即使认为“刑民交叉”是一个概念,它也不是对事物本质的思考,刑法学不应当创制和使用这一概念。

“一般来说,当我们使用某个概念的时候,比如‘人’的概念的时候,我们一定是用这个概念概括了人的某些共同特征。”^③换言之,“概念内容具有理性一致性、逻辑复杂性、决定性、可表达性、可交流性和可行性等特征”。^④如果一个所谓的概念的外延漫无边际,或者每个人完全可以从不同意义上使用这个概念,那么这个概念在刑法学中便没有存在的余地。“刑民交叉”概念正是如此。例如,有论者认为:“所谓刑民交叉案件,又称为刑民交织、刑民互涉案件,是指既涉及刑事法律关系,又涉及民事法律关系,且相互之间存在交叉、牵连、影响的案件”。^⑤可是,绝大多数刑事案件都会涉及民事法律关系,既然如此,“刑民交叉”概念的外延就没有边际,一旦外延没有边际,对这个概念的使用就没有意义。“每一个概念实际上确立了研究的可能视阈和理论的潜在限制。”^⑥但“刑民交叉”不可能确立研究的可能视阈和理论的潜在限制,因此不同的刑法学者都在不同的意义上使用这一概念。^⑦例如,有学者指出,刑民交叉包括3种情形:(1)形式上看似民事法律行为,实质上属于刑事犯罪行为;(2)形式上看似刑事犯罪行为,实质上属于民事法律行为;(3)刑事犯罪关系和民事法律关系的交织,在一个案件中,客观上存在刑民这两种不同的法律关系,并且这两种法律关系纠缠交织在一起。^⑧又如,有的法官将“刑民交叉”分为以下3种类型:“一是一个行为造成两种以上的损害结果,分别需要提起刑事和民事两种诉讼予以保护救济。……此乃事实竞合或‘一因多果’的典型。二是多个行为或事由共同酿成一个损害结果,但行为人与人之间并无共犯关系,而是应当分别承担相应的刑事与民事责任。……属事实牵连或‘多因一果’的适例。三是犯罪行为或其后续处置行为直接引发民事纠纷,使得刑事、民事诉讼相继发生。……可视为事实延展或‘因犯罪而继发民事诉讼’的类型”。^⑨再如,有的检察官将“刑民交叉”案件分为以下类型:(1)犯罪起因行为与民事法律行为的竞合;(2)犯罪预备行为与民事法律行为的

① [美] 罗伯特·所罗门、[美] 凯思林·希金斯:《大问题:简明哲学导论》,张卜天译,广西师范大学出版社2014年版,第16页。

② 吴丙新:《法律概念的生成》,《河南省政法管理干部学院学报》2006年第1期。

③ 王晓升:《让概念指称非概念——阿多诺的哲学观及其启示》,《吉林大学社会科学学报》2015年第3期。

④ 宋荣、高新民:《当代西方心灵哲学中的非概念内容范畴分析》,《自然辩证法研究》2010年第4期。

⑤ 何帆:《刑民交叉案件审理的基本思路》,中国法制出版社2007年版,第25~26页。

⑥ 考斯来克(Koselleck)语。转引自[英] 伊安·汉普歇尔-蒙克:《比较视野中的概念史》,周保巍译,华东师范大学出版社2010年版,第82页。

⑦ 本文仅以所谓实体上的刑民交叉概念为例。

⑧ 参见陈兴良:《刑民交叉案件的刑法适用》,《法律科学》2019年第2期。

⑨ 黄祥青:《刑民交叉案件的范围、类型及处理原则》,《法律适用》2020年第1期。

竞合;(3)犯罪实行行为与民事法律行为的竞合;(4)事后返还行为与民事法律行为的竞合;(5)赃物处分行为与民事法律行为的竞合。^①从上述定义与描述看,每个学者与司法人员用“刑民交叉”指称的现象并不相同,亦即“刑民交叉”这一用语既没有固定的对象,也没有将个人所感知的事物的共同本质特点抽象出来,没有从感性认识上升到理性认识,只具有视觉经验上的内容。一旦转到主体所处的认知状态,或者说上升到理性认识或者进行事物本质的思考,就会发现所谓的“刑民交叉”并不比“刑民关系”具有更多含义。概言之,“刑民交叉”不具有特定的机能与作用。

“对于一个概念的解释实际上就等同于一种受制于规则的建造活动……其目的主要在于让该概念进入到一个由那些具有精确意义的其他概念构造成的语境中。故而,对于一个概念的解释总是涉及一个既有的概念框架,该概念框架反过来又为判定人们所给出的解释是否充分提供了标准……解释一个概念,就等同于‘与其邻近的概念相区分’……;与此同时,要解释一个概念,还应当提供一种‘科学地、正确地使用该概念的建议’。”^②但是,由于涉及“刑民交叉”的案件可谓无边无际,因此“刑民交叉”用语不可能进入到由具有精确意义的其他概念构造成的语境,每位讨论“刑民交叉”案件的学者与司法工作人员,都只能是自说自话。

诚然,“一个理论的概念明晰性通过对意义的深入说明和澄清而获得不断提高,是科学进步的最重要的方式之一”,^③但是“刑民交叉”所表达的只是现象层面的刑民关系,对这个概念不可能有更为深入的说明和澄清。

其实,从具体讨论的内容看,“所谓的‘刑民交叉’案件,特指某种行为究竟应当被作为犯罪处理,还是认定为民事违法性质不明、‘难办’的情形”。^④在笔者看来,案件之所以“难办”,是因为刑法学长期以来试图区分刑事犯罪与民事违法。例如,刑法学界与司法实务界长期讨论和争论的问题是,如何区分刑法上的合同诈骗与民事欺诈,将其作为“刑民交叉”的典型来讨论。人们习惯于认为,合同诈骗与民事欺诈是罪与非罪的界限问题,于是想方设法提出二者的区分标准。其实,这种研究方法并不可取。

民法上的民事欺诈概念,并没有将合同诈骗排除在外,而是包括刑事上的合同诈骗行为。换言之,民事欺诈与合同诈骗不是交叉关系,而是包容关系,合同诈骗只是民事欺诈中的特殊情形。既然如此,就不能讨论二者之间的区别或者界限。例如,财产包括不动产,我们不可能讨论不动产与财产有什么界限。同样,汽车属于财产,但我们不可能讨论汽车与财产有什么区别。调整和处理财产关系,是民法的重要内容。任何故意或者过失(乃至无过错)侵犯他人财产的行为,不管其是否触犯刑法,都可谓违反民法,因而需要承担民事责任。但是,刑法仅将部分值得科处刑罚的侵犯财产的行为类型化为财产犯罪,这些被类型化为财产犯罪的行为,并不因为被刑法禁止后就不再成为民事违法行为。换言之,财产犯罪都同时违反刑法与民法。所以,侵犯财产的行为,只有在在不触犯刑法时,才仅依照民法处理。民法上的民事欺诈行为,也可能触犯刑法上的诈骗罪、合同诈骗罪。如同不能因为杀人、伤害行为是民法上的侵权行为而否认其构成刑法上的犯罪

① 参见杜邈:《刑民交叉型诈骗犯罪的司法认定》,《中国刑事法杂志》2020年第3期。

② [英]伊安·汉普歇尔-蒙克:《比较视野中的概念史》,周保巍译,华东师范大学出版社2010年版,第151页。

③ [美]拉瑞·劳丹:《进步及其问题》,刘新民译,华夏出版社1999年版,第52页。

④ 周光权:《“刑民交叉”案件的判断逻辑》,《中国刑事法杂志》2020年第3期。

一样,也不能因为某种行为属于民法上的民事欺诈行为便否认其构成刑法上的财产犯罪。一个案件事实,总是具有多重属性,常常牵涉多项法律,以不同的法律规范为指导归纳、评价案件事实,就会得出不同的结论。据以指导的法律规范不同,对案件事实得出的结论就不同。显然不能认为,只要在民法上得出了案件事实属于民事欺诈的结论,就不能从刑法上得出案件事实构成合同诈骗罪的结论。认为民事欺诈案件不构成犯罪的观点,可谓没有以刑法规范为指导归纳案件事实,导致以民法规范为指导的归纳与判断取代了以刑法规范为指导的归纳与判断。如果认为只要某种案件事实符合其他法律的规定就不得再适用刑法,那么刑法必然成为一纸空文。例如,遇到杀人、伤害等案件时,人们都可以说“这在民法上属于侵权行为”,但法官绝不能以此为由否认杀人、伤害行为构成刑法上的杀人罪、伤害罪。所以,以案件事实符合其他法律为由否认其符合刑法规定的构成要件并不妥当。基于同样的理由,以案件事实属于民事欺诈为由否认其构成刑法上的合同诈骗罪也明显不当。

或许有人认为,如果将民法上的民事欺诈认定为刑法上的合同诈骗罪,那么就混淆了民事违法与刑事违法的界限。其实,民事违法与刑事犯罪的界限是一个假问题。所谓合同诈骗罪与民事欺诈的界限,实际上只能是诈骗罪与不构成诈骗罪的民事欺诈的界限。于是,问题便在于:以什么为标准将民事欺诈中构成合同诈骗罪的行为挑选出来以犯罪论处?显然,凡是符合合同诈骗罪犯罪构成的行为,都成立合同诈骗罪。检察官与刑事法官不必再追问该行为在民法上是否属于民事欺诈。例如,若要说明汽车与汽车之外的财产有什么区别,则只是需要明确汽车是什么就可以了,或者说只需要说明具备哪些要素就属于汽车就足够了,所谓的区别其实也是假象。换言之,有关合同诈骗与民事欺诈的关系,重要的问题并非二者之间的界限,而是行为是否符合合同诈骗罪的犯罪构成。如果得出肯定结论,那么行为就构成合同诈骗罪,此时就不得以行为属于民事欺诈为由否认合同诈骗罪的成立。

有学者指出:“在德日刑法教义学中,对于民事欺诈和诈骗罪并未严格区分,而是将我国学者所认为的民事欺诈都认定为诈骗罪。因此,德日刑法教义学中的诈骗罪的构成范围要比我国更为宽泛,几乎容纳了所有的民事欺诈。”^①这一说法存在疑问。德国、日本诈骗罪的处罚范围虽然较广,但是并没有将民事欺诈均作为诈骗罪处理。在德国、日本的刑法教义学中之所以见不到关于区分民事欺诈与诈骗罪的讨论,是因为二者原本就不存在区分的问题,只是需要讨论具备什么样的条件就成立诈骗罪。例如,日本的判例和不少学者主张,凡是就作为交付之判断基础的重要事项进行欺骗的,都成立诈骗罪。^②据此,就非重要事项进行欺骗的,就只是民事欺诈。德国的刑法教义学充分讨论了诈骗罪的成立条件,不符合诈骗罪成立要件的欺诈行为(如不是就事实而是就价值进行欺骗或者没有造成整体财产损失的行为),不成立诈骗罪。^③不符合诈骗罪成立条件的行为,当然可能属于民事欺诈。只是刑法学仅需要讨论诈骗罪的成立条件是什么,而不需要讨论什么是民事欺诈,因为后者不是刑法学的研究范围。反之,民法学者也不需要讨论什么是诈骗罪,因为诈骗罪也在民事欺诈之内。

综上所述,就存在包容关系的二者之间讨论区别是没有任何意义的。正因为不能发现二者

① 陈兴良:《民事欺诈和刑事欺诈的界分》,《法治现代化研究》2019年第5期。

② 参见[日]桥爪隆:《论诈骗罪的实质性界限》,王昭武译,《法治现代化研究》2020年第2期。

③ Vgl. Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer I Vermögensdelikte, 14. Aufl., C.H. Beck 2012, S. 216ff.

的区别(只有对立关系才存在区别),所以刑法学试图借助“刑民交叉”的概念来解决所谓“难办”的案件是不可能成功的,只能导致问题更加混乱不堪。创制没有实际作用的非概念,不可能在国际社会产生影响力,只会在国内学术界昙花一现。

(二)不应创制和使用虚概念

所谓“虚概念”大抵是指所指称的对象不存在于客观世界的概念。比如“孙悟空”,大家都说不存在,因此是虚概念。^①换言之,虚概念是指外延为空类的概念,在现实世界中找不到对应物。虚概念所指称的对象虽然不存在于现实世界中,但是它却可能存在于人们的思维活动中。^②刑法学是一门应用型学科,其中最重要的内容是研究现实发生与可能发生的案件是否构成犯罪以及构成何罪。如果某种案件根本不可能存在,那么就不可能成为刑法学的研究对象。因此,刑法学不应当创制和使用虚概念。

我国刑法学界却经常创制虚概念。近几年来出现的“盗骗交织”就是一个典型的虚概念,也可以说是一个伪概念。有论者指出:“所谓盗骗交织型犯罪,通俗来说就是行为人采取了连哄带骗、顺手牵羊等常见手段,达到非法占有他人财物的目的。……笔者认为,回归到事物的本源,看行为人究竟是使用欺骗的手段得以实施诈骗犯罪,还是采取秘密的方式得以完成盗窃犯罪,这样才有利于对行为本质的把握。”^③可是,既然承认既有盗窃手段又有诈骗手段,又何以能通过手段行为区分二者?

其实,如果认为盗窃罪与诈骗罪是对立关系,那么就不应当创制和使用“盗骗交织”的概念。这是因为,“为了概念可以具有科学有效性,它必须是首尾一贯的,是能够从正常人的知觉中演绎出来的。例如,半人半马的怪物不是首尾一致的概念;只要我们关于人和马的解剖学知识得以充分发展,半人半马的怪物就变成不可思议的事物——自我否定的观念”。^④因此,只要承认盗窃与诈骗是对立关系,“盗骗交织”就是一个自我否定的概念。换言之,在所谓“盗骗交织”的案件中,要么诈骗是假象,要么盗窃是假象。例如,2014年12月,被告人姜士星、何振喜经密谋后开始通过互联网发送“相册.APK”木马下载链接到广州市等地的用户手机上,欺骗用户点击安装。之后,被告人姜士星、何振喜利用木马病毒程序盗取用户个人银行账户的信息,通过网上支付的方式盗刷用户的银行卡进行购物。^⑤在该案中,根本不存在诈骗罪中的欺骗行为,因为被告人的行为原本就不是使他人产生处分财产认识错误的行为,所以并不存在所谓“盗骗交织”。

有的学者与司法人员虽然认识到盗窃与诈骗是对立关系,但是仍然承认盗骗交织现象,并主张按主要行为或者起主要作用的行为定罪。^⑥例如,有论者指出:“对于盗骗交织情况下的罪名认定……要结合具体案情,判断盗窃和诈骗两种行为手段在取得财物中的主次作用。如果盗窃是主要手段,应以盗窃罪定罪。如果诈骗是主要手段,则应以诈骗罪定罪。比如当事人采取的‘抛物’诈骗行为方式,是为实现‘调包’行为所采取的手段,……就应对这样的当事人以盗窃罪定罪量刑。再比如当事人在犯罪实施过程中,虽然也采取了一些秘密手段,如事先踩点等,而且通

① 参见叶建柱:《论虚概念》,《现代哲学》2004年第2期。

② 参见朱前鸿、梁庆寅:《虚概念指称问题研究》,《现代哲学》2001年第4期。

③ 曹坚:《认定盗骗交织型犯罪的三方面思路》,《检察日报》2018年3月4日。

④ [英]卡尔·皮尔逊:《科学的规范》,李醒民译,华夏出版社1999年版,第52页。

⑤ 参见董媛媛:《电信诈骗犯罪的司法认定》,《中国检察官》(经典案例)2018年第10期。

⑥ 参见陈兴良主编:《刑事法判解》(第1卷),法律出版社1999年版,第69页。

过此手段达到了非法占有钱款之目的,但其根本意图在于隐瞒某些事实真相,欺骗被害人,使其错误地认可某些事实,信以为真而‘自愿’地据此支付相应款项,从而达到骗取被害人钱款之目的。……纵然在犯罪实施过程中亦采取了一些秘密手段,但这丝毫不能影响本案诈骗犯罪的根本性质”。^①

可是,从理论上讲,既然认为盗窃罪必须违背被害人意志,诈骗罪要求被害人出于自己的内心意思而自愿处分财产,那么就表明二者是对立的。在一个案件中,就同一财产损失而言,不可能出现既违背被害人意志,被害人又出于内心意思处分财产的交织现象。从事实上讲,在前一例中,被告人通过“抛物”转移被害人注意力或者掩被害人耳目的行为,根本不是诈骗罪中的使被害人产生处分财产认识错误的欺骗行为;在后一例中,秘密事先踩点根本不是盗窃行为。既然如此,何来盗骗交织?显然,一些司法人员虽然在行文时知道诈骗罪的构造,但是脑子里“只要有假就是诈骗”“只要秘密就是盗窃”的观念根深蒂固。然而,若将构成要件观念与非构成要件观念混杂在一起判断案件事实,则不可能得出正确的结论。

其实,在具体的案件中,按所谓起主要作用与次要作用来区分盗窃罪与诈骗罪根本行不通,因为原本就不存在这样的区分标准。任何一个解释者提出的某种认定标准,不能只是自己明白的标准或者自以为清楚的标准,而必须是其他人也能明白且适用起来能形成一致结论的标准。如果一个标准只有解释者明白,其他人不明白这个标准或者根据这个标准得出的结论却因人而异,那么这个标准就是一个失败的标准。例如,甲欺骗老人说“你女儿在马路被车撞了”,老人赶紧下楼,没有锁门,甲乘机取走了老人家的贵重物品。若按所谓主次作用来说,则必然有人说欺骗起了主要作用。可是,在该案中甲的欺骗行为不是使老人产生处分财产意思的欺骗行为,所以在该案中根本不存在诈骗行为,当然也就不存在所谓“盗骗交织”。

在所谓难以区分盗窃罪与诈骗罪的案件中,^②是因为人们对受骗者是否需要处分意思以及如何理解和认定处分意思存在不同的认识。亦即,首先要讨论的是诈骗罪的成立是否要求受骗者产生处分意思,如果采取“不要说”,那么盗窃罪与诈骗罪就完全可能形成想象竞合,不需要讨论二者的区别,更不必使用“盗骗交织”概念。如同盗窃罪与故意杀人罪可能形成想象竞合,而不需要讨论二罪的区分,不必使用“盗杀交织”的概念一样。其次要讨论的是,如果诈骗罪的成立要求被害人产生处分意思,那么处分意思的内容是什么?只有讨论这样的问题,才能处理相关的疑难案件。例如,乙桌上的一个信封中装有一枚贵重的邮票,但乙误认为是空信封,甲发现后就让乙把“空信封”给自己使用,乙同意甲拿走信封。若认为盗窃罪与诈骗罪是对立关系,则只需要讨论处分意思的内容是什么,乙有无处分意思,其他的任何讨论都没有意义。若认为乙具有处分意

① 罗开卷、何庆:《盗骗交织型案件的罪名认定》,《上海法治报》2013年8月14日。在最高人民法院第27号指导案例中也存在类似表述:“对既采取秘密窃取手段又采取欺骗手段非法占有财物行为的定性,应从行为人采取主要手段和被害人有无处分财物意识方面区分盗窃与诈骗。如果行为人获取财物时起决定性作用的手段是秘密窃取,诈骗行为只是为盗窃创造条件或作掩护,被害人也没有‘自愿’交付财物的,就应当认定为盗窃;如果行为人获取财物时起决定性作用的手段是诈骗,被害人基于错误认识而‘自愿’交付财物,盗窃行为只是辅助手段的,就应当认定为诈骗。”

② 或许有人认为,“盗骗交织”是指难以区分盗窃罪与诈骗罪的情形。可是,只要承认二者是对立关系,针对一个行为对象的案件就不可能既存在盗又存在骗;反之,只要使用“盗骗交织”的概念,人们就会承认盗中有骗、骗中有盗,基本上只能从哪一个行为的作用大小来区分盗窃与诈骗,因而走向歧途。

思,则甲的行为不是盗窃行为,不存在盗骗交织;若认为乙没有处分意思,则甲的行为不是诈骗行为,也不存在盗骗交织。显然,“盗骗交织”这一自我否定的概念掩盖了问题的症结,转移了争议的焦点,使问题得不到解决。因此,刑法学理论与司法实践都不应当使用“盗骗交织”这一自我否定的虚概念,不应当采取所谓“按主要行为或者起主要作用的行为定罪”的方法区分二者,而是要根据诈骗罪的构造,判断行为人是否实施使被害人产生处分财产认识错误的欺骗行为,然后判断被害人是否基于处分意思实施处分行为。^①

与“盗骗交织”类似的是“监守自盗”的自我否定概念。若国家工作人员基于职务占有某财物进而据为己有,则是侵吞,不能称为“自盗”。若国家工作人员没有基于职务占有某财物而窃取该财物的,则是盗窃,也不是所谓“监守自盗”。此外,盗窃与诈骗都是取得他人占有的财物,侵占则是将自己占有或者没有人占有的财物据为己有。但在占有概念之外再使用“监守”概念,纯属多余。^② 有学者指出:“‘监守自盗’是耳熟能详、约定俗成的日常用语,用它来解释‘窃取’这一法律用语,并没有超出语义范围,不致抵牾国民的预测可能性。”^③可是,从认定贪污罪的角度看,不管是大前提的选择,还是小前提的归纳,抑或符合性的判断,“监守自盗”都没有存在的必要与空间。^④

总之,刑法学界在解释犯罪构成以及司法实务界在适用刑法时,不应当创制和使用没有意义的伪概念(包括非概念与虚概念);在伪概念上下功夫,只能导致刑法学的落后,而不可能使刑法学具有话语权。创制的概念必须符合概念的基本要求,并应当具有影响力和实际作用,否则便没有必要创制和使用新概念。

责任编辑 田国宝

① 当然,如果相对于不同的财产对象而言,那么可能存在既盗又骗的现象。在此这种情况下,需要根据不同的财产对象,判断行为人的行为分别属于何种性质。

② 参见张明楷:《贪污贿赂罪的司法与立法发展方向》,《政法论坛》2017年第1期。

③ 王彦强:《业务侵占:贪污罪的解释方向》,《法学研究》2018年第5期。

④ 可以认为,“监守自盗”也不过是犯罪学上的一个概念。