

[文章编号] 1009 - 8003(2006)01 - 0112 - 06

日本的犯罪体系论

松宫孝明¹, 冯军² 译

(1. 日本立命馆大学研究生院, 东京 603 - 8577; 2. 中国人民大学法学院, 北京 100872)

[摘要] “犯罪体系”是为了制作和完善刑法总则而存在的。“共犯论是体系论的试金石”, “犯罪体系”是随着有关共犯论的现实需要而变迁的, 不存在超越历史和社会的不变的“犯罪体系”。提倡“从问题的思考转向体系的思考”, 努力探索使各个事案的结论达致妥当的犯罪体系。

[关键词] 犯罪体系; 共犯; 体系思考

[中图分类号] D931.3.4

[文献标识码] A

[收稿日期] 2005 - 11 - 20

[作者简介] 松宫孝明, 男, 日本立命馆大学研究生院法学研究科教授; 冯军, 男, 中国人民大学法学院教授, 主要研究方向为刑事法学。

Subject : On the Crime System of Japan

Author & unit : TAKA AKI Matsunoya (Ritsumeikan School of Law, Tokyo 603 - 8577 Japan)

Abstract : The meaning of “crime systems” lies in formulating and perfecting the general provisions of the criminal law. The theory of joint crimes is the touchstone to the theory of the systems, “crime systems” change with realistic need of the theory of joint crimes, there is not any “crime system” which not only transcends histories and societies but does not change. Advocating “one change from thinking of questions to thinking of systems”, make great efforts to probe a crime system which makes the conclusion of each case proper.

Key words : crime systems; joint crimes; thinking of systems

一、研究“犯罪体系”的意义

在研究犯罪的体系之前, 必须确认一下研究它的意义何在。用一句话来说, “犯罪的体系”是为了制作和完善刑法总则而存在的。如果刑法中不存在总则的话, 挑选出犯罪的一般构造, 并对其进行深入分析, 就没有意义。因此, 为了理解研究犯罪体系的意义, 就必须知道刑法中存在总则的意义是什么。

那么, 让我们考虑一下没有总则的刑法吧。例如, 以杀人罪的规定来看, 为了能够适用杀人罪的规定, 首先就必须确定该规定的适用范围。因此, 在现行日本刑法第 199 条的“杀了人的人……”这一规定之后, 就必须规定“前条适用于所有在日本国内犯了杀人罪的人”。进而, 为了也处罚国民的国外犯, 还需要在其后设立“杀人罪的规定适用于在日本国外犯了该罪的日本国民”这种规定。接着, 要有处罚被害人是日本国民时的国外犯的规定(“消极的属人主义”)。然后, 还必须有关于外国判决的效力的规定, 关于刑的变更的规定, 关于死刑、无期惩役和有期惩役的定义的规

定, 关于没收的定义和要件的规定, 关于缓刑的规定, 关于假释的规定, 关于刑的时效期间的规定, 关于正当行为、正当防卫和紧急避险时的正当化及免责的规定, 关于故意的定义的规定, 关于共犯的规定, 关于存在余罪时如何处理的规定, 也就是说, 对一个杀人罪, 几乎必须全部设立现在总则中所有的规定。并且, 对刑法典上近 200 个犯罪, 都需要这样规定。其结果是, 虽然现行日本刑法典仅有 264 条, 但是, 在没有总则时, 刑法条文的数量至少会超过 5000 条。

因此, 在总则中集中规定很多犯罪共同具有的要件, 对各个规定进行整理, 就有益于避免淹没在繁多的条文之中、难以理解需要适用的罚条(“适条”)之弊端。

这样, 在刑法总论中研究“犯罪”的体系是有意义的。例如, 原东京大学总长平野龙一认为, 研究“犯罪”的体系的意义在于, “能够从具体事件所共有的多样的事情中分辨出重要的东西和不重要的东西”, 通过“预先制作出理论性体系”, “法官在

处理各个事件时,就不会拘于感情和事件的特殊性,就能够进行适正的、统一的审判。^[1]即,“在实现上述目的的限度内,犯罪论的体系具有意义”,它只不过是“作为整理法官的思考、控制法官的判断之手段而存在的。”^[1]

不过,仅仅从上述意义来看,用犯罪体系来处理犯罪成立的一般要件和不成立犯罪的一般理由,理应就够了。现行日本刑法就是采用着这种体系。在日本刑法第35条以下的“犯罪的不成立及刑的减免”之章中,对属于“正当防卫”和“正当防卫”的行为,对“心神丧失”者的行为,都仅仅规定了“不罚”这种效果。这大概与德国1909年的刑法预备草案一样,是因为采用了区分犯罪成立的积极条件和可罚性阻却事由的二阶段体系。在这种情况下,“犯罪的体系”只要分析地说明各个犯罪的具体成立要素,同时,明确特别的犯罪阻却事由乃至抗辩,就足够了。按理说,法国刑法采用犯罪的“物的要素”、“心的要素”和“法的要素”这种要素累积方式也行,英美法采用 actus reus 和 mens rea 以及各种抗辩这种组合方式也行。

但是,无论打开哪本教科书,所见的日本现在的犯罪体系是由处理“行为”或者“构成要件”这种犯罪成立要件的部分和处理“违法”(严密地说是“违法阻却”)以及“责任”(严密地说是“责任阻却”)这种犯罪不成立的理由的部分所组成的。即,把犯罪不成立的部分划分为“违法”和“责任”这两个部分。因此,例如,尽管刑法中同样规定着“不罚”,但是,“正当防卫”(日本刑法第36条第1项)和“心神丧失”(日本刑法第39条第1项)却有着不同的意义,前者被认为是“违法阻却事由”,后者被认为是“责任阻却事由”。

这样把犯罪不成立事由区分为两种的理由,在于我国刑法学视为典范的德国刑法及刑法学。关于这一点,德国的克劳斯·罗克辛所著教科书中的说明可以作为参考。关于“犯罪体系”的意义,与日本平野的见解相比较,可以看出罗克辛的说明存在以下几点不同。首先,罗克辛也认为体系性思考的长处首先在于通过“审查事件的简便化”来保证适正的、统一的审判和实现思考经济。其次,他认为,根据体系的视点,就能够在法律上把相同的东西相同地对待,把不同的东西不同地对待。但是,同时,应该注意的是,罗克辛认为,体系性思考可以通过完备总则的规定而实现法的单纯化,可以提高法官的操作性,进而,通过把法的素

材体系化而洞察各个法规范的内在关联性和给法规范提供目的论的基础,由此可能形成创造性的法的发展。^[2]

如上所述,罗克辛的阐释表明,犯罪论的体系化不仅可以帮助一个法官整理自己的思考,而且,以新的解释论乃至体系论为基础,通过完备总则的规定,而有益于制作出更单纯并且更具操作性的刑法,也就是说,也服务于立法者。

进而,罗克辛作了如下的阐述。即,例如,虽然允许被抢劫者袭击的人以正当防卫为理由在必要时开枪打死抢劫者,但是,在子弹打中无关的第三者时,他的开枪行为决不会被正当化,而是仅仅根据德国刑法第35条规定的免责的紧急避险被免责。这就意味着,第三者与侵害者(即抢劫犯)不同,针对被侵害者的行为,第三者可以以正当防卫为理由而损害被侵害者。这样,通过在体系上赋予正当化即违法性阻却事由和免责即责任阻却事由以不同的位置,就可以在处理事案时作出刑事政策上能够满意的、并且考虑了各事案中诸利益的多样性的决断。如果我们没有体系,那么,就需要针对所考虑的一切紧急状况,分别规定其要件和效果。这样的话,就不仅需要庞大的规定,而且,尽管规定庞大得无法认清,也会由于没有指导性的体系原理所产生的不均衡,而导致产生具有很多缺陷的条文。^[2](159-160)]

此外,罗克辛认为,通过将法的素材体系化,就可以形成法的创造性发展,他举出了历史上广为人知的例子,即,1927年3月11日帝国法院作出的判决(RCSt 61, 242),该判决以德国民法第228条和第904条关于紧急避险的规定为线索,根据“法秩序的统一性”而考虑了“实质的违法性”(更正确地说,是实质的违法性阻却),承认了“超法规的正当化的紧急避险”,其后,判例将“超法规的”紧急避险迅速扩大到所有的生活领域,并以精密化的形式被规定在1975年修改的德国刑法第34条关于正当化的紧急避险的规定之中。^[2](160-161)]这样,“在一个指导理念之下确定了一系列判例的位置,通过这种特殊的体系性工作,就决定性地促进了这个领域中的法的发展”。^[2](161)]

在此,想从针对正当化紧急避险和免责的紧急避险能否进行正当防卫这种法律效果不同的视角,来说明这两个可罚性阻却事由。简要地说,在把可罚性阻却事由区分为两种的想法中,存在着

这样一般化的规则:即使同样是“不罚”的行为,针对属于违法性阻却事由的行为不能进行正当防卫,针对属于责任阻却事由的行为则能够进行正当防卫。

同样,违法性阻却与责任阻却这种法律效果的不同,也影响到共犯的成立与否。如果不存在由他人实施的正犯行为,就不成立教唆犯和从犯这种共犯。进而,共同正犯也是如此。但是,关于这种“正犯行为”,例如,针对日本刑法第41条规定为刑事未成年的12岁的少年的行为,也能够成立共犯,如果认为共犯的成立并不需要严格意义上的责任能力(所谓“限制从属形式”),那么,就需要对此加以说明的理论。于是,人们提出,共犯的成立虽然需要“正犯行为(Tat)”但是不需要“正犯行为人(Täter)”,以这种形式展开了以“行为(Tat)”为中心的犯罪体系。所谓“正犯行为”,是指符合某犯罪的构成要件的违法的行为,

二、“刑罚的体系”和“犯罪的体系”

但是,现在的日本刑法典采用了刑罚权的发生及其消灭、扩大及加重这种顺序,即,是以刑罚为中心而制定的。刑法典第1编总则的标题是,第1章“通则”、第2章“刑”、第3章“期间计算”、第4章“缓刑”、第5章“假释”、第6章“刑的时效及刑的消灭”。从第7章开始,才规定正当防卫和紧急避险等在犯罪论总论中处理的“犯罪的不成立及刑的减免”,但是,将其与“自首”规定在一起。接着规定的是第8章“未遂”、第9章“并合罪”,第10章规定着“累犯”,共犯被规定在其后的第11章之中。继其后的第12章“酌量减轻”、第13章“加重减轻的方法”,总则就完成了。即,现行日本刑法总则关于犯罪成立或者不成立的规则和关于未遂或者共犯的规则,最终都是从刑的消灭乃至加重减轻这种法律效果的视点加以规定的。

但是,从逻辑上看,应该在规定作为法律效果的刑罚之前,规定作为刑罚权发生要件的“犯罪”的一般的乃至总论的规则。如果以“制作更单纯

不需要行为人具备责任能力等责任要素。这是因为,人们展开了责任要素是“行为人”的要素这种体系。

另外,关于能否与12岁的刑事未成年人成立共犯的问题,会存在成立利用刑事未成年人的间接正犯的疑问。在此,讨论一下这种疑问。简要说,问题在于这样一种场合:背后的共犯者对少年的年龄发生了认识错误,误认为是能够追究刑事责任的14岁以上的少年,即,“背后者误想了直接行为者的责任能力”。在这种场合,因为背后者不知道少年的刑事未成年状态,所以,不可能将其作为利用了少年的间接正犯来处理。因此,根据极端从属形式,就会在这种场合产生既不成立间接正犯也不成立共犯这种“处罚漏洞”。为了消除这种“处罚漏洞”,人们提出要采用限制从属形式来缓和从属性。实际上,在德国,对这种事案否定了背后者成立间接正犯和共犯。

的、更具操作性的刑法”为目标的话,就不应该完全在分则中规定关于犯罪成立与否的规则,要尽可能地在总则中规定所有的或者很多犯罪共同具备的规则。上面涉及的关于能否进行正当防卫和是否成立共犯的违法性阻却和责任阻却的规则,尤为重要。其理由,可以说是德国和日本的刑法学展开了把可罚性阻却事由区分为两种的犯罪体系论。

不过,在立法上也反映包括“构成要件”在内的这种“三阶段体系”,是比较新近的事情。在德国,把可罚性阻却事由分为两种,明确地规定“不违法”和“没有责任”,把紧急避险区分为两类加以规定,是从1927年的刑法草案开始的,实际上在修改后施行则是开始于1975年的总则。日本更为落后,连1974年的改正刑法草案也没有把可罚性阻却事由区分为两种,其进步的程度可以说好不容易才把关于“犯罪”、“未遂犯”和“共犯”之章放在关于刑罚之章的前面。

三、“全构成要件的理论”和“三阶段体系”

在使总则的“犯罪体系”具有上述意义时,例如,以责任能力作为犯罪乃至刑罚的不可缺少的前提的体系就不能很好地发挥其机能。这是因为,在这种体系中,“犯罪”限于“有责任能力者的行为”,共犯意味着参与“犯罪”,虽然日本的少年

法第2条把无责任能力者的违法行为称为“触法行为”,参与无责任能力者的违法行为也不成立共犯。因而,为了避免这个问题,就要展开责任要素说,要认为“行为人”的要素不是“行为”的前提,即,责任能力等不是刑事责任的前提,它只不过是

由“构成要件”、“违法性”、“责任”所构成的“三阶段体系”中的“责任”的要素。

德国刑法学也是经过了曲折迂回的道路才得出这一结论。在1871年德意志帝国刑法典制定后,有力的“黑格尔学派”认为,责任能力是“行为”的前提。相反,在发现“背后者误想了直接行为者的责任能力”时会产生“处罚漏洞”之后,1909年刑法预备草案等就采用了把包含正当防卫在内的所有可罚性阻却事由从共犯的从属象中除外的今日所谓“最小从属形式”。即,这个时期的立法者还不知道把可罚性阻却事由二分为违法性阻却事由和责任阻却事由这种立法技术。如前所述,德国的立法者运用这种立法技术是在起草1927年草案之时。

在日本现行刑法第35条以下的“犯罪的不成立及刑的减免”之章中,对属于“正当行为”和“正当防卫”的行为,对“心神丧失”者的行为,都仅仅规定了“不罚”这种效果,其理由也在于此。这是

因为,现行刑法成立于1907年,这个时期连德国的立法者都不知道要把可罚性阻却事由区分为两种这一立法技术。

在笔者看来,前苏联的所谓“全构成要件的理论”也具有与德国的“黑格尔学派”体系相同的弱点。在把犯罪成立的要素分为“犯罪的客体”、“犯罪的客观方面”、“犯罪的主体”、“犯罪的主观方面”加以分析这一点上,的确特别有利于确定(classification)罪名,但是,这些都属于“构成要件”乃至“犯罪类型”,不能明确地给决定能否进行正当防卫和是否成立共犯的可罚性阻却事由确定位置。因此,虽然也会想到责任能力属于“犯罪主体”,但是,那样的话,就与“黑格尔学派”同样,会否定对没有责任能力的人的违法行为成立共犯。如果想避免这种结论的话,就不得不在分则乃至总则中设立承认成立共犯的例外规定。但是,这样做实质上不外乎是采用以“三阶段体系”为前提的限制从属形式。

四、二元的正犯概念

不过,即使在“三阶段体系”之中,也会出现矛盾。特别成为问题的,是能否成立“故意正犯背后的过失正犯”。在德国发生的事件是,被告人把毒药交给了自己的情人,可她的情人为了杀害他的妻子而使用了该毒药。但是,提供毒药的被告人是为了表明自己没有分手的想法这种强烈的决意才那样做的,的确没想用它去杀人。检察官以杀人罪的帮助为由起诉了被告人,但是,德意志帝国法院以不能认为被告人有故意为由,否定了起诉,代之判决成立过失致死罪。^[3]另有一起今天在日本称为“管理过失”的事案,即,某工厂的经营者们让工人一家住在房顶的阁子间里,一旦发生火灾,根本不可能从该阁子间里逃出来,结果造成该工人一家真的因火灾而烧死了,法院的判决认为,即使这是具有杀人故意的人放的火,该工厂的经营者们也不免要承担过失致死罪的罪责。^[3]

在德国,以这些判例为契机,出现了这样的问题:既然存在杀人的故意的正犯,被告人等充其量只是过失地发挥了帮助的作用,为什么又能成立过失致死罪的“正犯”呢?这是因为,根据那时的犯罪体系,故意和过失作为“行为人”的要素,属于责任,杀人罪和过失致死罪在构成要件和违法性上是相同的。在这种场合,即使存在故意,止于帮助的行为也不过是过失的帮助。即,在故意正犯

的背后,不能溯及关于结果的作为正犯的责任(“溯及禁止论”)。而且,无论是在德国还是在日本,都认为只限于存在故意时才处罚帮助。因而,在这些事件中,应该认为被告人都是无罪的。

但是,帝国法院没有采用无罪这一结论,而是指出在故意正犯的背后也成立过失正犯,因此,德国刑法学陷入大混乱之中。从这种混乱之中摆脱出来的,一方是埃贝哈特·施密特所代表的“扩张的正犯概念”,另一方是汉斯·韦尔策尔所代表的“目的的行为论”及以其为基础的“二元的正犯概念”。前者主张,教唆和帮助这种共犯(Teilnehmer)本来也是正犯,因而,由于某种理由而不成立共犯时,不是不可罚的,而是要作为正犯来处罚。即,之所以限于存在故意时才处罚教唆和帮助,趣旨就是要把过失的教唆和过失的帮助作为正犯来处罚。^[4]根据后者的目的的行为论,“正犯”和“共犯”的区别本来只可能在于“目的的行为”即故意的作为,过失地引起结果,无论是怎样的形态,都要作为“正犯”来处罚。^[5]特别是从后者开始,德国刑法学才展开了把故意从责任的要素提升为构成要件的要素之体系。

不过,这一体系也避免不了矛盾。如所周知,在第二次世界大战后的德国刑法学中,韦尔策尔的目的的行为论比扩张的正犯概念更占优势。但

是,关于过失正犯,韦尔策尔的体系否定了“溯及禁止”,例如,被告人不小心把手枪放在一个地方,有自杀愿望的恋人用该手枪自杀了,在这种过失的自杀帮助的场合——与日本不同,在德国,故意的自杀帮助也不可罚——根据二元的正犯概念,就不可能使用“因为是过失的自杀‘帮助’所以无罪”这种逻辑。这是因为,过失地引起结果的都是过失的“正犯”。并且,即使不是基于这种明确的自杀意思,却由于被害人的冒失行为——自我危险化行为——而发生了死伤结果时,现在有力的主张认为,不应该把过失地给这种行为提供了条件的人作为对过失的自我危险化的过失的帮助来处罚。进而,有主张认为,应该认为过失犯中也存在共同正犯这种共犯现象;那些客观地看不

五、“体系的思考”和“问题的思考”

以“不动的体系”为前提的僵硬性体系思考是危险的。例如,根据近年来属于多数说的责任说,违法性的认识是与故意无关的,因此,当行为人不慎触犯了一般并不周知的特别法的刑罚规定时,由于存在违法性的错误即德国刑法第17条所言禁止的错误的避免可能性,就总是要作为故意犯来对待,要受到与有意识地违反了法的人同样的处罚,这就太过分了。而且,根据体系的僵硬性思考,往往会得出从刑事政策来看不正当的体系性归结。例如,以故意作为构成要件的要素,就会认为在不存在正犯的故意时就不成立共犯。具体来看,在共犯者误认为正犯者具有伤害的故意而参与了时,根据把故意视为责任要素的体系,就成立共犯;但是,根据把故意纳入构成要件之中的目的的行为论的体系以及采用了该体系的德国刑法第26条、第27条,就因为既不成立共犯也不成立间接正犯,而不得不变成无罪。但是,从刑事政策来看,这不能说是妥当的结论。这是因为,如果正犯者存在故意的话,就无疑要把共犯者作为共犯来处罚;如果正犯者不存在故意的话,背后者的参与的客观的重要性即使没有增加但是至少没有减少,尽管如此,却突然变成了无罪,如果不拘于体系进行考察的话,就是完全不能说明的。^{[8](223)}

不过,遗憾的是,日本的刑法学者几乎还没有意识到在德国指出的这种体系的僵硬性。例如,一方面认为需要教唆犯引起了正犯的犯罪故意,另一方面却认为,在误以为引起了正犯的故意实

具有促进犯罪的意义的中立的或者日常的行为,既不成立共犯,也不成立故意犯和过失犯。^[6]这样,德国刑法学就进入了“客观归属论”的时代。因此,就有主张认为,过失致死罪和杀人罪的客观构成要件是相同的,对两者同样都要适用“溯及禁止”和“限制的正犯概念”之规则。^[7]

在今天,还不知道哪种“犯罪体系”获得了胜利。但是,可以说,理论史的简单概观表明,第一,“共犯论是体系论的试金石”(韦尔策尔),第二,“这一‘刑法体系’是由‘刑事法现象’决定的”。^[8]即,“犯罪体系”是随着有关共犯论的现实需要而变迁的,不存在超越历史和社会的不动的“犯罪体系”。

际上没有产生故意而引起了结果时,“要在教唆犯的限度内加以罚”。^[9]不得不说这是没有自觉认识到体系本身有矛盾。

但是,即使僵硬的体系性思考存在危险性,就以此为理由而认为“各个事案中结论的具体妥当性是第一位的,体系的一贯性是第二位的”,也是错误的。毋宁要像罗克辛所言,应该对这种主张进行的批判是,“的确,要在各个事案中修正一定的体系运作所产生的缺陷,但是,这种主张必然付出无视体系这种牺牲,并由此也牺牲了体系的好处”。^{[1](168)}应该通过摸索与妥当的结论相一致的体系来克服体系性思考的缺陷。在日本,平野龙一借用了德国的托马斯·沃尔腾贝格的话,提倡了“从体系的思考转向问题的思考”,^{1}但是,我想提倡的口号是:“从问题的思考转向体系的思考”。^{[8](300)}正像在此已经说明的,这并非意味着要拘泥于呈现出矛盾的陈旧体系,而是应该建立适合于应该解决的问题的体系。

遗憾的是,日本现在的刑法学还囿于僵硬的体系性思考。因此,在立法论中并没有反映犯罪体系论。例如,以关于不真正不作为犯的“保障人说”为基础的德国刑法第13条的规定,关于不处罚不可能避免的违法性错误的规定等,就连这些在学说上少有争论的部分,也没有表现出要对总则规定进行修改的动向。人们似乎是在认为,可以委任法官在各个案件的审判中通过解释来处理这些问题。况且,关于1907年的现行刑法立法者没有解决的把紧急避险二分为违法阻却事由和责

任阻却事由这种做法,关于用德国刑法第28条第1项、第2项那种方式来纠正构成的身份犯(日本刑法第65条第1项)和加减的身分犯(日本刑法第65条第2项)之间存在的处断刑的不均衡这

种做法,还不能说充分地理解了其意义。日本刑法学的这种现象,表现了“体系的思考”和“问题的思考”的分裂,尽管是遗憾的事,但这可以把日本刑法学的此种现象作为“反面教材”来抵制。

[注释 & 参考文献]

日本最高法院在2001年终于正式承认了这一结论,参见最决平成13·40·25刑集55卷6号第519页。

RGSt 11, 56. 相反,1952年,在日本已有下级审的判例认为这种场合要适用共犯规定,参见仙台高判昭和27·2·29判特25卷第31页。这实质上是采用了限制从属形式,但是,这个判例在当时并未受到重视。另外,参见松宫孝明:《刑事立法和犯罪体系》(2003年)第223页以下。

在日本,围绕是否要把故意作为构成要件的要素存在争论,因此,在此是把故意从构成要件中除外的体系,所以,作为把构成要件和故意合并在一起总称为犯罪的积极的成立条件的东西,使用了“犯罪类型”一词。

这是BGHSt 24, 342中的事案。

1990年的“比较喷雾器事件”判决(BGHSt 37, 106)成为这一论争之矢。

因而,为了保障在误认为正犯存在故意的场合得出妥当的结论,就必须说不能把故意作为属于共犯的从属对象的构成要件的要素。

关于日本刑法中紧急避险规定的成立过程,参见松宫孝

明:《刑事立法和犯罪体系》第135页以下。

关于围绕身份犯的共犯的议论状况,参见松宫孝明:《刑事立法和犯罪体系》第265页和第291页以下。

[1] [日]平野龙一. 刑法总论 [M]. 1972. 87.

[2] [德]克·罗克辛. 刑法总论(第3版) [M]. 1997. 161.

[3] RGSt 64, 370.

[4] [德]埃贝哈特·施密特. 间接正犯[A]. 弗朗克祝贺文集[C]. 1930, 106.

[5] [德]汉斯·韦尔策尔. 刑法体系的研究[A]. 刑法和法哲学论文集[C]. 1975. 120, 160.

[6] [德]哈·舒曼. 刑法中的行为不法和其他人的自我答责原则[M]. 1986.

[7] [德]杰·伦茨考斯基. 限制的正犯概念和过失的参与[M]. 1997.

[8] [日]松宫孝明. 刑事立法和犯罪体系[M]. 2003. 41.

[9] [日]团藤重光. 刑法纲要总论(第3版) [M]. 1990. 429.

新书文摘

法律文明秩序的意识

於兴中

一个文明秩序的意识指对该文明秩序的认同,包括对其中的权威系统、概念范畴和制度安排的认同。认同有强制性的,也有自愿性的;前者往往不能持久,而后者才是真正的认同。不过,一种认同可能一开始是强制性的,但会逐渐变为非强制性的。譬如一种新的权威的出现一开始可能不是十分受欢迎,但经过反复的使用、调整,逐渐为人们所接受。在这个过程中,一个重要的因素是民众如何获取关于某一文明秩序的信息和知识。在道德文明秩序中,文明秩序的内容和价值是通过读书人和官方的宣扬和体现,在民众的心目中形成了某种印象,从而对道德文明秩序由无知到熟悉。其中个人的模范作用和官方的说教相映生辉。在法律文明秩序中,文明秩序的内容和价值通过制度和具体实践活动而得以传播。譬如法庭的公开审判、群众参与政治活动、个人参与诉讼等等都在一定程度上给民众提供了受教育的机会。在这里,个人的模范榜样显然行不通,但宣传说教的作用还是不可低估。

除了强制、以身作则、劝说和通过具体实践活动亲身体验之外,另一个不可忽视的影响文明秩序意识形成的途径是通过文学艺术作品的力量来宣扬某一种概念范畴或制度设计或权威成分。在西方法律秩序中,《圣经》和希腊悲剧对培养民众的法律文明秩序意识起了非常重要的作用。

西方人对自己的法律文明秩序是敏感而富感情的。姑且不谈《圣经》中如何宣扬上帝的律法或者摩西在西奈山上如何得到了《十戒》,仅从古希腊的伟大戏剧中就可以略见端倪。比如,在索福克里斯的《伊狄蒲斯王》一剧中,我们听到Teiresias为自己作这样的辩解:“尽管您是国王,言论自由的权利对所有的人都是一样的。在这里我是我自己的主人。”这是何等强烈的权利意识!而晚近以来,法律文学的兴起更是为人们接近法律开创了新的渠道。电影、电视连续剧以及新闻媒体每天都在向人们输送着大量的法律信息。

摘自《法律文化研究文丛:法治与文明秩序》,於兴中著,中国政法大学出版社2006年1月出版,ISBN:7-5620-2678-5,32开本,定价:24元,天平书店会员价:21.6元。(资料来源:山东天平法律书店,地址:济南市经十东路63号,邮编:250014,客服电话:0531-88952480,传真:0531-88545647,网址: <http://www.tp-lawbook.com>)