

# 犯罪概念：刑法之内与刑法之外

王 牧\*

---

**内容提要：**犯罪属价值事实，是具体主体评价的对象，因此不存在犯罪的一般概念。由犯罪概念的主体性决定，研究犯罪概念问题，首先要明确犯罪概念的论域，不能把法律论域的犯罪概念与社会论域的犯罪概念相混淆。社会危害性是社会论域犯罪概念的本质，法律论域犯罪概念的本质则是法益危害性；观察和讨论法律论域的犯罪概念，应当在法律论域里，以本论域的理论原则和逻辑进行；如果不分法律论域还是社会论域，混在一起进行讨论，必然出现混乱。

**关键词：**犯罪 论域 社会危害性 法益危害性

---

多年来，我国刑法学界一直重视对犯罪概念的研究，取得了很多有价值的成果，促进了刑法理论的发展。但是，实事求是地说，时至今日，我国刑法学界〔1〕关于犯罪概念仍然有诸多问题没有得到应有的解决，以致出现了一些混乱甚至错误。原因主要有两个：一是缺少价值观念，把价值事实当作科学事实来研究；二是混淆了论域，把法律论域中的问题与社会论域中的问题相混淆。笔者认为，“价值观”和“论域观”是解决犯罪概念问题的基本方法。

## 一、主体性：讨论犯罪概念的前提

价值论把社会事实区分为“科学事实”和“价值事实”。〔2〕我国在犯罪概念研究中存在的主要问题之一在于：把原本属于价值事实的犯罪当作科学事实来认识，把价值对象当作科学对象、把一个主体性的问题当作一个无主体性的问题来对待。

### （一）犯罪属于价值事实

一般地说，科学事实是客观的东西，对于认识来说，它属于客体性现象，不受主体的影响和左右，对这种对象的认识可以得出一般性的结论。如果该认识结论符合客观实际，那么，任何主体都会认可和接受。对于主体来说，表达概念的词语所指称的对象是确定的、唯一的、一致的，没有主体间的区别。这种认识被社会学家称为无主体认识。〔3〕

---

\* 中国政法大学教授。

〔1〕也一定程度地包括国外刑法学界，例如国外刑法学中有犯罪的形式概念与实质概念之分、有形式违法与实质违法之别等，见本文后面有关部分。

〔2〕参见李德顺：《价值论》，中国人民大学出版社1987年版，第263页。

〔3〕参见王锐生、陈荷清等：《社会哲学导论》，人民出版社1994年版，第225页。

与对科学事实的无主体认识不同,对价值事实的认识是有主体的认识,即主体性的认识。这是因为,“价值事实不是客体性的事实,而是主体性的事实”。〔4〕“价值事实不同于科学事实之处,就是价值事实特殊性的表现。这种特殊性集中到一点就是:它主要是一种主体性的事实。所谓‘主体性事实’,就是通过主体本身的存在和变化而表现出来的事实。”〔5〕“主体性事实是因主体不同而不同的客观事实。这是主体性事实与客体性事实、价值事实与‘科学’事实不同的经常可见的表现。科学上所说的事实,对于所有人来说,只要客体是一个,事实也是一个,而价值事实则是:尽管客体是一个,有多少主体就有多少事实”。〔6〕如果不过多考虑价值事实的客观性和语言表达的精确性,那么,我们可以更直白地说:价值事实是由主体评价构成的,主体评价是价值事实本身的构成要素。价值事实的成立直接受到主体评价的影响和左右,甚至可以说价值事实本身就包含着主体的评价。主体是价值事实的决定性要素,离开主体,就没有价值事实。价值事实是具体主体“所属”的事实,是一定的主体“自认为”的事实,不同主体之间并不存在大家一致认可的、统一的认识对象。

价值事实不同于一般的科学事实,它不是能够被所有主体都认可的东西,而仅仅是具体主体所认可的事实。所以,价值事实不存在一般的主体,不存在一般的无主体的认识;价值事实不存在一般性,它是有主体的具体事实。对价值事实的研究是主体性的认识。犯罪属于价值事实,具有价值事实的典型特点。“如果法律没有将其犯罪化,任何人都不能将其视为犯罪,这种行为也就不具有犯罪的意义。只有法律说内幕交易是犯罪,这种原本就存在的行为才获得了新的属性——犯罪。”〔7〕法律上的犯罪取决于法律的评价。主体的评价对于犯罪事实的成立与否具有关键性的影响。犯罪事实由“行为”和“主体评价”两个要素“合而为一”构成。犯罪作为一种价值事实,将主体的评价“融合”其中,行为仅仅是可以评价为犯罪事实的客观基础,而主体的评价才最终确定行为是不是犯罪。对于构成犯罪事实的“行为”和“评价”两个要素来说,行为处于基础地位,评价处于主导地位。同样形式的“事实”(准确地说是同一客体),评价主体不同,标准不同,评价的结果就会不同。对于杀人行为,是属于犯罪行为还是“必要的社会治疗”的正当行为,取决于不同主体本身的评价。〔8〕正是在这个意义上,犯罪是归属于一定具体主体的事实,即主体性事实。犯罪作为价值事实的这一特性决定了犯罪概念不同于科学事实的概念。

## (二) 犯罪没有一般定义

作为价值事实的犯罪的主体性,决定了世界上不存在一般的、所有主体都认可的犯罪,只有具体的犯罪,没有一般的犯罪。犯罪是由一定的主体对某种行为进行评价的结果,例如社会评价、法律评价、道德评价、宗教评价等等。因此,犯罪作为主体性事实的存在,总是与具体主体紧密联系在一起,离开主体,离开主体的评价,何为罪、何为非罪是无从谈起的。可以说,犯罪是一种主体“自认为”的事实。该主体认为某种行为是犯罪,则该主体“认为”的犯罪,与其他主体如何认为无关,其他主体的不同认识既不影响该主体的“认为”,也不影响该主体按照自己的意愿对该犯罪的处理。换言之,作为犯罪概念,你有你认为是的犯罪概念,我有我认为是的犯罪概念,他有他认为是的犯罪概念,有多少主体,就有多少犯罪概念,没有所有人都一致认为是的犯罪概念。

过去,在我国犯罪学界和刑法学界,常引用马克思的话,用“孤立的个人反对统治关系的斗

〔4〕前引〔2〕,李德顺书,第276页。

〔5〕同上书,第269页。

〔6〕同上书,第270页以下。

〔7〕白建军:《关系犯罪学》,中国人民大学出版社2005年版,第11页。如果这里的犯罪仅指中国现行刑法上的犯罪,这是完全正确的。

〔8〕前引〔2〕,李德顺书,第263页。

争”作为定义犯罪概念的本质,<sup>[9]</sup>认为“个人反对统治关系的行为就是犯罪”,并且把这个定义视为犯罪的“一般定义”。<sup>[10]</sup>其实,这是不合适的。因为,统治关系也是具体的,世界上没有一般的统治关系。“反对统治关系”不可能成为一切犯罪的本质。世界上只存在着各个不同的具体的统治者都把反对它们各自统治关系的行为认定为它们各自的犯罪的情况,而绝对不存在所有统治者都一致认为是犯罪的情况。如果说这里有什么一般性的东西,那就是所谓的“反对统治关系”。但是,评价犯罪的主体却是不同的。此外,不同的评价主体,在具体评价什么是“反对统治关系”的具体内容上,也肯定会作出不同的评价。因此,犯罪概念的具体内容也是不同的。

由于价值事实的概念是具体的,没有一般性,价值事实概念里逻辑地包含着概念运用者的价值立场,这就要求概念运用者在使用价值事实概念时,时时处处都要保持清晰的价值意识和价值立场,首先要明确所研究的概念是哪个主体的概念。不分主体的价值事实概念研究,必然造成混乱。在对犯罪概念的讨论中,讨论者本人必须对所讨论的犯罪概念有明确的立场意识。

在讨论犯罪概念时,讨论者本人对犯罪概念所下的定义应当是讨论者本人所认为的犯罪。当讨论者在使用“犯罪”这个词语时,就表明了讨论者作为评价主体的立场:即我所认为的犯罪。除了明确指出外,不能说我所讨论的犯罪概念是指别人的犯罪概念,而不是我的犯罪概念。这里实际上是要求明确我与别人所定义的犯罪概念是否具有实质同一性的问题。保持明晰、统一的犯罪概念“主体”性,也就是保持讨论者之间对犯罪概念的实质同一性,这是讨论犯罪概念问题的必要前提,否则,就失去了有效讨论问题的基础。

还以“反对统治关系的斗争就是犯罪”的命题为例。只要把主体的“我”和“你”加进讨论中来,就可以证明这个命题也不是犯罪的一般概念。“我”问:既然反对统治关系的行为是犯罪,那么,在“你”看来,反对法西斯统治关系的行为是不是犯罪呢?面对这样的问题,“你”的处境是:“你”要同意了判断,“你”就坚持了法西斯的立场;“你”要不同意这个判断,“你”就推翻了自己的大前提:反对统治关系的行为是犯罪。可以肯定,以上这两种意见,“你”都不会接受。这时,“你”最大的可能是做出以下的回答:那当然也是犯罪,只不过那是“法西斯法律”上的犯罪。到这里“我”就没有必要在继续追问下去了,因为“你”已经回答了“我”的问题:“你”不认为反法西斯的行为也是犯罪。可是,“你”却把这个命题作为你的犯罪概念的定义。这就出现了“你”自己并不同意“你”自己的犯罪概念定义的荒谬情况,研究者对概念所下的定义并不表明研究者自己的观点。可见,没有主体的犯罪概念是无法讨论的,事实上也是不存在的。

在“犯罪”一词所表达的概念的背后,永远逻辑地存在一个活生生的、具有鲜明价值标准的主体,时刻表明和反映着使用“犯罪”词语者的价值立场,而犯罪概念背后的主体不同,会带来犯罪概念内涵、外延的不同,因而,使犯罪概念成为学术研究中最为敏感、也最易出现混乱的概念。这就要求一切研究和讨论者,在使用“犯罪”一词时,要有明确的价值意识,时刻都要明晰自己和别人所使用的“犯罪”一词的价值立场,否则就可能南辕北辙的情况。例如,在苏格拉底独立思想是否为犯罪的问题上,如果“我们”与雅典法律持相同的犯罪概念,认为苏格拉底的行为是真正的犯罪,那显然是错误的。相反,如果“我们”以苏格拉底的独立思想对他的祖国和全世界人民都是有益的而认为“犯罪”是有益的,<sup>[11]</sup>就突破了犯罪是有害的基本规定性,那也就大错而特错了。<sup>[12]</sup>迪尔凯姆说犯罪是有益的时候,那个“犯罪”是社会学意义上的,是理论家借用的;说苏格拉底犯罪的时候,那个“犯罪”是当时他的国家法律上的犯罪。

[9] 笔者也曾经认为这句话揭示了犯罪的本质,虽然是从犯罪学的角度,在统治关系上而不是在个人意义上强调对犯罪进行评价的社会性,但是,现在看来还是不很合适。

[10] 参见李居全:《犯罪概念论》,中国社会科学出版社2000年版,第205页。作者已经看到了这种犯罪定义的不周延性。

[11] [法]E·迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,耿玉明译,商务印书馆1995年版,第89页。

[12] 我们反对犯罪有益论的观点,不仅在形式逻辑上,就是在辩证逻辑上也说不通。

还有一种情况,就是研究者为自己之外的其他具体主体的犯罪概念下定义。例如,为中国现行刑法上的犯罪概念下定义,为中国封建时代刑法上的犯罪概念下定义,为社会学上或犯罪学上的犯罪概念下定义,等等。就像马克思那样:在通常情况下,马克思所说的犯罪一般都是指资本主义国家当时法律上所认为的犯罪,并不是他所认为的犯罪,更不是他所认为的一般犯罪。在明确犯罪概念主体的情况下,研究者当然可以为任何主体的犯罪概念下定义,而不包含他自己对那个犯罪概念的观点。然而,这必须是在主体明确的前提下的讨论。

要正确地讨论和认识犯罪概念,就必须把犯罪作为价值事实放到价值关系的范畴之内来认识,在包括讨论者自己在内的作为主体而在明确的价值立场下讨论犯罪概念。把犯罪作为纯粹客观的认识对象,追求所谓“科学”的、无主体的认识、追求一般的犯罪概念定义是无法实现的。因此,“想要提出一个一般的和普遍的关于犯罪的定义将是徒劳的和危险的。”<sup>[13]</sup>这是一种科学的结论,不能说是不可知论的表现。

### (三) 犯罪概念的多元性

既然不存在犯罪的一般概念,那么,不同主体、不同领域就必然有自己的、不同于其他主体、领域的犯罪概念。在现实生活中和学术研究中,评价犯罪的主体是多元的,所以,犯罪概念也必然是多元的。法律对犯罪的评价影响最大,但是,法律之外的对犯罪的评价,不仅存在,而且很多,例如社会的、道德的、宗教的评价等等。这样,要有效讨论犯罪概念,首先必须明确所讨论的犯罪概念是“哪个论域”<sup>[14]</sup>的,是社会的犯罪概念还是法律的犯罪概念,是伦理的犯罪概念还是宗教的犯罪概念,是刑法学的犯罪概念还是具体国家刑法的犯罪概念,等等。这是由犯罪概念的主体性所要求的。

不同主体有不同的评价犯罪的标准,因而不同领域就必然有不同的犯罪概念。不同主体在不同的关系之内,以不同的评价标准,<sup>[15]</sup>可以评价出具有不同内容而名字都叫“犯罪”的事实<sup>[16]</sup>来。因此,可以有道德上的犯罪、宗教上的犯罪、社会上的犯罪、法律上的犯罪等,它们的内容各不相同。“贪污和浪费是极大的犯罪”,这里的犯罪是道德范畴的,评价标准是道德;“对天和神的造反就是犯罪”,<sup>[17]</sup>这里的犯罪是宗教范畴的,评价标准(主体)是宗教;“犯罪是正常的社会现象”(迪尔凯姆语),这里的犯罪是社会范畴的(也可以说是犯罪学范畴的),评价标准(主体)是社会;“犯罪是对刑法的违反”,这里的犯罪是法律范畴的,评价标准(主体)是法律。总之,不能只在法律的意义理解犯罪,不能认为界定犯罪概念只能在刑法的意义,认为犯罪的法律概念是犯罪的唯一概念,更不能认为法律上的犯罪概念是犯罪的一般概念。

加罗法洛早就认识到:“犯罪不完全是一种法律概念”。<sup>[18]</sup>在犯罪的法律概念之外,在许多领域还存在着自己的犯罪概念。需要指出的是:虽然各个领域都用“犯罪”这个词语,但是,它们的内容、所指称的对象却是不同的,因此不能说犯罪只有一个。按照价值论的观点,世界上有多少犯罪评价主体就有多少犯罪概念。不同领域、不同国家、不同法典、不同阐释者等都可以把某种行为评价为“他”所认为的犯罪。价值事实的特点就是“你”可以不承认其他主体的评价结果,可是,“你”却无法否定其他主体评价的价值结果的存在。法律只是犯罪的评价主体之一,法律上的犯罪概念也仅仅是犯罪概念的一种。在现实社会生活中,刑法有权并应当“垄断”法律的犯罪概念和对犯罪行为进行法律处罚的权力,但没有权力也不应当垄断其他领域所形成和确定的犯罪概念。

[13] [法] 乔治·比卡:《犯罪学的思考与展望》,王立宪等译,中国人民公安大学出版社1992年版,第3页。

[14] 参见本文第二部分论域的内容。

[15] 实际上,很多时候,一定的关系范畴本身就是评价标准。

[16] 作为认识对象,在哲学认识论上称为“现象”。

[17] 黄富源等:《犯罪学概论》,台湾中央警察大学出版社2004年版,第4页。

[18] [意] 加罗法洛:《犯罪学》,耿伟、王新译,中国大百科全书出版社1996年版,第19页。

#### (四)“犯罪”所指称的对象

在价值事实概念的词语表达中,相同词语表达的仅仅是相同的价值评价态度,而并不反映概念所指称的对象具有同质性,即相同词语所表达的概念所反映的事物并不是同一的。对于表达价值事实的概念来说,这不仅是正常的,而且是必须的。主体在使用“犯罪”这个词语的时候,只反映了主体相同的否定性评价态度,而在不同主体之间,并不反映“犯罪”这个词语所指称的对象(或内容)也相同,相反,“犯罪”一词在不同主体间所表达的事物具有不同的性质,不具有同一性。虽然大家都称作“犯罪”,但是,“你”所说的“犯罪”和“我”所说的“犯罪”不是一个“质”,即不是一个事实:“你”所说的“犯罪”是指“我”的人杀了“你”的人,而“我”所说的“犯罪”完全相反。<sup>[19]</sup>法西斯把反抗他们的行为称为犯罪,而我们则把顺从、支持、参与法西斯的行为称为犯罪。主体的价值评价标准和根据,可以是各种各样的,但是,总要有相同含义的词语表示相同的评价态度,否则,在价值事实领域里就无法进行交流了。

在社会科学如此发达的今天,表达价值和价值事实的概念不可能只在一个领域或一个学科中存在和使用。随着不同“领域”、“学科”的出现,不同领域和学科使用相同的词语表达相同的价值评价态度是人类认识能力和水平提高的结果。顾名思义,由“犯罪”组成的“犯罪学”是真正研究犯罪的科学。实际上,刑法上的“犯罪”是在规范的意义使用的,是指“规范上的罪”,而不是指“事实上的罪”。<sup>[20]</sup>从刑法对“犯罪”一词使用的意义和要求上看,刑法主要不是在表达犯罪事实的概念的意义使用的,而是在依照刑法的法定构成条件而应当是被刑法惩罚的行为的意义使用的,也就是说,刑法上对“犯罪”探讨的要求,主要不是对犯罪事实的本质的探讨,而是对依法应当被惩罚的行为的法定构成条件即犯罪构成的探讨。因此可以说,刑法上的“犯罪”只是“法定被惩罚行为”或“构成被惩罚行为”的代表符号。刑法学研究的是犯罪的法定构成条件,即犯罪规范,而犯罪学研究犯罪事实。正是在这个意义上,刑法学被称为规范学,而犯罪学被称为事实学。

词语不等于对象。“犯罪”作为表达概念的词语,在一种语言中只有一个,而作为概念所指称的对象却是多种多样的,不能说只有一个。在价值事实的研究中,有多少主体,就有多少对象。在认识论中,不存在赤裸裸的经验的事物。在这里,经验性事物不是对象,它“可以是客观存在着的,却与主体无关,因而也不具有作为主体活动的对象的性质。正如马克思所指出的,‘非对象性的存在物,是一种非现实的、非感性的、只是思想上的即只是虚构出来的存在物,是抽象的东西’,‘被抽象地孤立地理解的,被固定为与人分离的自然界,对人来说也是无。’这就是说,不是主体对象性的存在物,与主体不发生关系,对人来说是毫无意义的,因而也就不能看作主体的对象”。<sup>[21]</sup>

#### (五)对犯罪概念的本质性认识

从认识的角度看,价值事实概念所强调的并不是某种客观事实本身,而是某种事实对于主体的意义。价值事实关注和强调的核心是主体,是主体的体验、主体的评价活动,是客体在不同主体间的不同变化,是客体对主体的意义,是客体“应当是什么”,它不很关心、也无法像自然科学那样关注对象“是什么”、追求对客体的对象性的一般认识。研究价值事实既要有本质性的认识,又要

[19] 在对象性认识中,不能把“杀人”这个裸行为视为质,杀人这个裸行为加上评价以后形成的事实才是质。不是甲杀人,就是乙杀人。不是甲认为(评价)的杀人,就是乙认为(评价)的杀人。总之,杀人总是主体性的事实,做出杀人判断这个事实,总有主体的存在,不存在无主体的,即裸的杀人。事实上是不存在“裸事实”的。所谓的“裸事实”,只是存在于理论家的思维里,完全是一种理论上的假设。

[20] 参见王牧:《犯罪学与刑法学的科际界限》,《中国法学》2004年第1期。

[21] 高海清主编:《马克思主义哲学基础》,人民出版社1985年版,第208页以下。

有价值性的认识,而重点在事实的“价值”方面,而不在价值的“事实”方面。〔22〕

其实,关于犯罪概念相对性的认识,在逻辑上就已经指向了犯罪概念的价值性特点。只要离开法律去看犯罪,就能很清楚地看到这一点。加罗法洛和迪尔凯姆这两位学者在法律之外研究犯罪,对犯罪的相对性都有专门论述。〔23〕英国刑法学家说得更清楚:“如果我们试图定义什么是罪行,我们立即就遇到了一个困难。如果我们所作的定义是一个正确的定义,那么,它就应该使我们能够通过检查任何作为(或不作为)是否包含了定义中的所有成分而断定该作为(或不作为)是一项罪行或不是一项罪行。但是,仔细的思考表明,这是不可能的。”〔24〕关于犯罪概念的研究,他的结论性认识是:“阿兰的说法告诉我们的是,(他所认为的)罪行应该是什么,而不是罪行实际上是什么。〔25〕”他还说:“试图根据行为的性质定义罪行的作者,最后告诉我们只能是作者认为什么行为应当是罪行,而不是什么行为事实上是罪行;这并不是对于罪行的一个定义。”〔26〕这样的认识为我们研究犯罪概念指出了正确的方向:犯罪概念是具体主体的犯罪概念,因而没有一般的犯罪概念;对犯罪概念研究要有度,主要不是研究犯罪“实际是什么”,而是具体的主体认为的犯罪“应该是什么”。这些见解向我们清晰地昭示了:追求对犯罪的本质认识,只能限定在一定的范围和程度之内。这对学者应当如何研究犯罪概念、立法者应当如何在法典上处理犯罪概念都应有所启迪。陈忠林教授以“不知”的疑问句而实际上清楚地道出了问题的要害:“意大利刑法典第39条规定,‘犯罪’可以根据法定的种类分为‘重罪’和‘轻罪’。但什么是犯罪呢?意大利刑法典总则用了整整两章,洋洋近100条,并以各国刑事立法例中罕见的详细,规定了犯罪的一般构成要件、排除犯罪与刑罚的原因、犯罪的各种形态和情节。但是,不知是认为不必要,还是认为不可能,与绝大多数西方国家的刑法典一样,在意大利刑法典中也找不到关于犯罪概念的一般规定。”〔27〕问题很清楚:那样既没有必要,也不可能(一般意义上的“不可能”,一定程度上的可能)。这应当是研究犯罪概念和立法者处理犯罪概念应有的“向度”。

刑法学要追求的是“犯罪是什么”,因为刑法要给犯罪行为以刑罚处罚。不过,这里的“犯罪是什么”所追求的并不是犯罪概念的本质,即主要不是讨论犯罪在本质上是什么,而是犯罪在法律上的构成条件是什么。犯罪构成的法律条件不是犯罪事实,更不是犯罪的本质。许多刑法没有犯罪概念的定义,刑法照常运行而毫不受影响的事实表明:刑法犯罪概念的定义可有可无,而法律的构成条件却“一个都不能少”。许多刑法没有犯罪概念,许多刑法学家不给犯罪概念下定义,许多犯罪概念的定义要借助于刑事诉讼程序来说明,大概多源于此。在司法实践中,刑法作为刑事司法实践中实际运用刑罚的法律,有犯罪构成及刑罚的法律规定就足够了,犯罪概念的定义不是必需的。实际上,刑法中犯罪概念的定义也只在法律上具有形式逻辑的意义(同时也就具有了法律逻辑的意义)。

## 二、社会危害性:不同论域之间的变化

我国犯罪概念研究中的问题集中表现在如何认识“社会危害性”问题上,即“社会危害性”是不是(包括应不应该是)犯罪的本质。犯罪概念的主体性使我们知道,没有主体的犯罪概念等于没

〔22〕许多法典和法学文献中对犯罪概念所下的定义所以“不合格”,原因是其没有揭示犯罪的本质,仅是形式定义或者是对“名词的说明”,而更多的法典中没有犯罪概念的定义。

〔23〕参见前引〔18〕,加罗法洛书,第20页以下;前引〔11〕,迪尔凯姆书,第二章二和第三章三等。

〔24〕〔英〕J·C·史密斯、B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社2000年版,第20页。

〔25〕同上书,第21页。

〔26〕同上书,第26页以下。

〔27〕陈忠林:《意大利刑法纲要》,中国人民大学出版社1999年版,第68页。

有讨论问题的前提。“究竟什么是犯罪?根据讨论的题目不同,这个词的意义也有所区别。”〔28〕所以,在回答这个问题之前,首先必须明确所要讨论的“犯罪”概念是法律的犯罪概念(或称犯罪的法律概念)还是社会的犯罪概念(或称犯罪的社会概念)。

### (一) 论域是认识价值对象的基本方法

为了说明“社会危害性”与“犯罪本质”的关系,即研究犯罪概念,这里需要引入“论域”的概念,〔29〕分别把“法律”和“社会”〔30〕视为两个不同的论域:法律的犯罪概念就是法律论域的犯罪概念,社会的犯罪概念就是社会论域的犯罪概念。

“论域”是个多义词语,有不同的含义,许多学科,包括自然科学、哲学、社会学等都在使用,含义各不相同。笔者认为,作为社会现象〔31〕认识论的论域是指由一定社会要素构成的、具有特定社会内容、性质和结构的社会关系体系或领域。论域表示一种确定的关系界域、领域,一种“关系范围”或一定范围内的“社会关系体系”。对这种社会关系体系领域的认识涉及对对象及对象范围的研究、确定和划分等。论域是相对的,它所指称的对象可以理解为社会这个大系统和社会这个大系统结构中的各种具体的系统。在社会学科里,“层次”其实就有论域的意思,论域可以理解为层次,只是应当作全面理解。层次不仅存在于“上”、“下”之间,也存在于“左”、“右”之间。所以,层次其实也应当是系统,应当是论域。在这里,论域、系统、层次基本上可以作同义理解,只是“论域”这个词语更能使人准确理解它所表达的含义。

从认识论上看,作为认识“对象”的社会现象的本质,在不同的论域里是不同的,或者说,对象所在论域不同,它的本质就不同。所以,在一定意义上说,某种社会现象“是什么”,取决于它所在的论域。根据马克思主义的观点,“不同层次的系统具有不同性质和遵循不同规律,层次之间存在着质的差异。在自然界中,微观世界服从量子力学规律,宏观世界遵循牛顿力学规律,宇观世界服从相对论力学规律,等等。”〔32〕自然现象尚且如此,社会现象就更是如此。实际上,社会现象的这种特点和规律要比自然现象表现得更为突出:不同论域的对象,或者说同一“对象”在不同的论域里,存在质的不同,有不同的规律性。有学者指出:“对于现代认识论研究来说,更有意义的可能是‘论域’。‘论域’强调‘视野’,并不强调‘对象’。‘对象’出现在‘论域’中,因论域的‘作用’,同一个‘对象’在不同的论域中会呈现出不同的‘性状’。”〔33〕话虽然到此戛然而止,但意思已经表达清楚:同一个“对象”在不同的论域里会发生性质和形状的改变,即对象本身的改变,变成了另外的东西。

社会现象是在相互联系中存在的。论域的确就是对一定系统的社会关系的“圈定”。这种“圈定”既明确了对象所处的论域范围,同时也明确了对象与周边论域的联系和区别。本论域与周边论域的联系和区别,划定并凸现着本论域对象的性质和存在。作为社会现象的对象是在与周边的区别和联系中存在的。“在马克思看来,一个事物的性质,尤其是社会性质,必须通过另一个可比事物的性质才能显现出来。”〔34〕恩格斯也明确地说过:“‘本质’的各个规定的真实性质,黑格尔自己已经表明了(《全书》第1部第111节,附释):‘在本质中一切都是相对的’(例如,正和负,

〔28〕 [英] 吉米·边沁:《立法理论—刑法典原理》,李贵方等译,中国公安大学出版社1993年版,第1页。

〔29〕 论域是社会科学研究中最基本的、也是最关键的观点。没有论域观念,就没有社会科学。我国犯罪概念研究中存在问题的症结主要就在这里。

〔30〕 从宏观上看,法律也属于社会论域中的问题。为了说明法律和社会的关系,这里以二分法,把法律从社会中独立出来,作为与社会相对的论域来讨论。

〔31〕 指宏观的社会现象,包括法律现象在内。只有当必须对法律和社会进行二分区别的时候,才划分出社会现象和法律现象。

〔32〕 高建德主编:《马克思主义哲学方法论》,中国政法大学出版社1992年版,第97页。

〔33〕 前引〔3〕,王锐生等书,第237页以下。

〔34〕 同上书,第254页。

它们只是在它们的相互关系中才有意义,而每一个对自己说来是没有意义的)”。〔35〕作为对象的社会现象只能存在于与其他社会现象的联系之中。其实,社会现象就是特定的、相互之间有直接差别的社会关系,社会关系的性质决定社会现象的性质。社会现象的本质就是有一定“形状”的社会关系的根本“性质”。社会现象是具有独立属性的社会关系体系。正是这种具体的、独特性质的关系决定了这种社会现象的属性、结构、范围,决定了这种社会现象与其他社会现象的区别,从而表明着自身的独立存在。作为论域所反映的界限之内的这种关系体系,实际上就是一个有别于其他论域的独立的客观领域。不同领域是由社会关系体系的不同性质和不同结构决定的。所以,不同论域的对象性质不同,从而形成不同的对象;即使是同一客体,在不同的论域里就会成为不同的对象。所以,从认识论的角度说,论域有决定对象本质,即决定对象“是什么”的功能。这在社会现象中表现得更为突出。如甲乙二人曾先后师从同一位导师攻读学位。在血缘论域里,甲乙二人为父子,甲是父亲,乙是儿子;而在学缘论域里,甲乙二人则是师兄弟,甲是师兄,乙是师弟。甲乙二人在不同论域里成为不同的对象(角色),具有不同的质。可见,对对象的正确认识,在很大程度上取决于对对象所在论域的正确确定。

“角度”、“视野”、“视角”、“视界”、“视点”、“参考点”、“出发点”、“立场”等概念的含义与论域大体相同。但是,我国学术界〔36〕通常只将上述这些概念作为观察或论述问题的“方向”、“角度”来理解和运用,而一般又都认为“方向”或“角度”仅仅是平面地、外在地观察对象的“观察点”,观察点的变化只是观察方向或角度的变化,因而只带来对象的外在形式上的变化,并不带来对象内在的实质变化。也就是说,不管观察点怎样变化,对象还是原来的那个对象。这就与论域的含义相差甚远了。本文中“论域”的含义要比以上这些概念的通常含义有很大的不同。它强调的不仅仅是观察对象的方向、角度的“点”或“角”的“度数”,而且主要强调的是观察对象的“域”、“界域”的“性质”。论域是具有确定的社会关系性质和结构等的“社会关系体系”,不同论域之间的对象存在“质”的不同,而不只是“量”的不同、度的不同、表象的不同。〔37〕

不同论域的社会关系的性质和结构不同,其对象的性质和结构当然也不同,反之,“对象”在不同的论域里,其性质和结构不同,对象的本质自然也不同。事实上,并不存在一种独立的赤裸裸的“对象”可以任人随便放在不同的论域里。不同论域里的社会关系性质和结构不同,其对象本身就会不同。因此,不同论域里不可能存在相同的对象,而只能存在不同对象的相同称谓。“如‘水’在化学中的概念是两个氢原子和一个氧原子的化合物,而在物理学中它的概念却是无色、无味、无嗅,在标准大气压下100℃沸腾,0℃结冰的透明体。”〔38〕虽然都称为“水”,但是,作为认识对象,化学里的“水”与物理学里的“水”是不同的。社会现象不同于自然现象,它不是一种独立的客观存在,它只存在于社会关系之中,作为构成社会现象的要素,在不同的社会关系里组成为不同的社会现象,它的论域性特点就更为突出。

论域是认识价值对象的基本方法。论域观告诉我们,对具体社会现象进行理论研究,必须或者说首先要有明确的论域观念。对确定的对象进行理论研究,就要在确定的论域之中,把对象“封闭”起来,按照这个论域之内的逻辑关系和理论原则来分析、讨论本论域的问题,不允许以超越这个既定论域之外的其它论域的逻辑关系和理论原则来分析、讨论本论域的对象。论域是对客观存在的领域的正确反映和认识,不是人主观臆造出来的。从某种意义上说,论域的明确就是对对象本身的明确,是对对象本身认识的深化和精确的结果。〔39〕而明确对象论域本身,事实上也就是对对象

〔35〕《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1966年版,第577页以下。

〔36〕包括笔者自己在过去没有明确论域观念时的认识。

〔37〕“论域”与正确理解的“语境”大体相当。本文采用“论域”,因其更通俗易懂。

〔38〕参见郭桥、资建民:《大学逻辑导论》,人民出版社2003年版,第14页。

〔39〕学科划分的逐渐精细化就是这种表现。



本身进行研究、认识的过程。就研究的过程看,明确论域的过程和认识对象本身是同时进行的,二者是同一过程。只有对对象有明确的本质性的认识,才可能明确对象的论域。同时,也只有明确对象的论域,才可能对对象有明确的本质性的认识。对具体对象的讨论,必须在确定的论域里进行。

论域是相对的,可以不同的标准进行不同的划分。为了方便讨论问题,如果没有特别指出,本文简单地以“二分法”为限,划分为“法律论域”与“社会论域”。<sup>[40]</sup>法律论域的犯罪概念与犯罪的法律概念、社会论域的犯罪概念与犯罪的社会(或社会学)概念,在相同的含义下使用。为了论述方便,本文把法律作为一条界限,有时也用“法律之内”和“法律之外”来代指“法律论域”和“社会论域”。

## (二) 社会危害性是犯罪社会概念的本质

不同领域有不同的犯罪概念。确定犯罪概念的领域是讨论犯罪概念的先决条件。在社会生活中,由于价值标准的多样性,不同的主体对犯罪存在不同的评价标准,所以,就形成了多种论域的犯罪概念,例如社会论域的犯罪概念和法律论域的犯罪概念等。犯罪概念因论域的不同而不同,不同论域之间,犯罪概念所指称的对象、本质和其他属性、内容和形式等都不同。作为认识的对象,法律的犯罪概念和社会的犯罪概念是分属两个不同论域中的认识对象。因此,对犯罪概念的讨论必须在确定的论域中进行,即所讨论的犯罪概念是法律的还是社会的。

回答“社会危害性”是不是犯罪概念的本质,首先要确定在哪个论域里讨论它,或者从另一个角度说,首先要明确所讨论的犯罪概念是哪个论域里的概念,是法律论域的概念还是社会论域的概念。如果不进行论域的区分,不明确所讨论的犯罪概念的论域所在,就根本无法对问题进行正确回答。这是因为“社会危害性”在不同论域的犯罪概念里,以不同的形式和内容而存在,不同论域的犯罪概念有不同的本质。

社会危害性是从社会角度观察问题而得出的结论和形成的概念。从属性上看,社会危害性完全是一个社会论域的概念,不是法律上的概念。刑法学家、社会学家都认为,社会危害性是“行为之所以被刑法规定为犯罪的根据和理由。”<sup>[41]</sup>这个命题清楚地指出了社会危害性是法律之外而不是法律之内的东西。社会危害性只是法律犯罪概念成立、存在的根据,而不是它的内容。既然社会危害性是行为被规定为犯罪的根据和理由,那么,就说明它是存在于刑法规范成立之前的东西,是立法规定为犯罪(通过之前)的前提而不是结果。

作为社会论域的犯罪概念,犯罪就是危害社会的行为,<sup>[42]</sup>社会危害性是社会论域犯罪概念的本质。当人们判断某种行为为什么被规定为犯罪时,除了行为的社会危害性之外,<sup>[43]</sup>再没有什么别的东西。这确实是最简单的“真理”,智力正常的人都能够理解。<sup>[44]</sup>

实际上,社会危害性不仅是判断犯罪行为的标准,也是判断一切违法行为,如民事侵权行为、行政违法行为等的标准。换言之,一切违法行为都有社会危害性,社会危害性是一切违法行为的本质属性。从社会论域看,法律所禁止的行为,都是具有社会危害性的行为。至于何种性质和程度的社会危害性行为以及对这些行为用何种性质的法律(如刑事法、民事法、行政法等)去禁止,就留给立法者以立法来确定了。这是在人类对社会现象和法律现象有了性质上的深入认识之后的事情。而在当初,在立法者还没有认识到社会现象有性质上的区别,因而与不同性质社会现象相对应的立法形式的法律也应当有不同性质的区别的时候,立法者把其认为凡是有社会危害性的行为都规定在

[40] 当然,从社会整体上看,法律也是一种社会现象。而社会现象中,还有很多与法律处于同一层次的现象,例如道德、宗教等。这里的“二分”只是为了论述问题的方便,在不影响问题的情况下,忽略划分对象的逻辑和内容上的严密性。

[41] 高铭喧、马克昌主编,赵秉志执行主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第43页。

[42] 社会学家们有各种各样的说法,归根到底就是社会危害性。

[43] 这里的行为的社会危害性是广义的,包括人身危险性。

[44] [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第67页。

一个法典之中加以禁止,采取所谓的诸法合一的形式。之所以能够做到这一点,客观上便是因为诸法所禁止的各种行为都具有社会危害性这样一个共同的一般属性,即本质属性。这表明社会危害性是一切“(民、行)违法和犯罪”的本质,即犯罪社会概念的本质。犯罪的社会概念实际上包括我国刑法理论上的所谓违法行为。这就是有的学者所说的犯罪学的犯罪概念,以社会上所有具有社会危害性的行为作为犯罪学的犯罪概念的内容,即以社会上的犯罪事实作为犯罪学的研究对象。这无疑是正确的。“社会危害性”不是法律论域犯罪概念的本质,而是社会论域犯罪概念的本质。把“社会危害性”作为法律犯罪概念的本质,是混淆了论域,是把犯罪的法律概念混同为犯罪的社会概念。

### (三)“刑法化”将“社会危害性”变为“法益危害性”

如前所述,立法者在进行刑事立法的时候,行为被规定为犯罪的唯一标准就是行为的社会危害性,<sup>[45]</sup>是刑法立法的前提判断,<sup>[46]</sup>是在“社会危害性”还没有形成为正式的刑法规范之前,也就是在法律之外,对社会上的杀人、放火、盗窃、抢劫等形形色色的危害社会的行为进行抽象、概括,通过立法而形成以刑法条文为载体的刑法规范,规范中既包括有害行为的行为形式和内容,也包括对这些行为的刑事处罚。<sup>[47]</sup>可见,“社会危害性”是“刑法化”<sup>[48]</sup>的前提而不是结果。当通过立法把某种行为规定为犯罪以后,“社会危害性”就被法律规范“化”而成为法律条文所承载的法律规范的内容,以崭新的形式和内容成为刑法规范上的犯罪,即法律上的犯罪。

内容和形式在不同论域间可以发生变化。“内容和形式的区分不是绝对的,而是相对的。在一定对象、一定范围、一定层次上,内容和形式的界限是确定的。但是,超出该对象的范围,在不同层次上,内容和形式是可以互相转化的。在一种关系下作为内容的东西,在另一种关系下可能成为形式,反之亦然。”<sup>[49]</sup>“社会危害性”法律化的过程表明,从刑事立法开始到立法完成这个过程,社会论域的社会危害性变为法律规范上的犯罪。这样,社会危害性在法律论域里就已不复存在了,<sup>[50]</sup>也就是说,法律论域的犯罪概念里已经没有社会危害性了。从形式上看,刑法规范是法律论域犯罪的存在形式,那么,从内容上看呢?法律概念自身的逻辑关系决定了,法律之外的东西(如社会危害性、严重社会危害性等)不能成为法律之内的犯罪概念的内容,必须强调“在法律之内”,因而,不可以是法律之外的什么侵害权利、义务之类的东西。这样,危害法律(刑法)所保护的权益,即法益危害性,就是最好的、甚至是唯一的表达。这就是说,法律论域的犯罪的形式是刑法,犯罪的内容是法益危害性。可见,通过刑事立法之后,社会危害性就被转化为以刑事法律规范为形式、以法益危害性为内容的法律上的犯罪概念。“刑法化”把社会危害性变为法益危害性。

法益(刑法)危害性作为法律犯罪概念的本质,可以把犯罪与行政、民事等违法行为区别开来。否则,如果把社会危害性作为法律犯罪概念的本质,就无法把犯罪与其他违法行为区别开来。而这充分表现出法益作为犯罪概念定义内容的科学性。

同一客体或同一性质的现象,在不同的论域里,其性质会发生不同变化。在社会论域里是相同性质的社会现象,而到法律论域里就可能成为性质不同的法律现象。例如:在我国,<sup>[51]</sup>按照刑法规定,假定贪污2000元人民币构成犯罪,那么,按照罪刑法定原则的逻辑,贪污1999元就不是犯

[45] “社会危害性”也是个价值概念,不同主体有不同的标准,没有绝对的一般性。

[46] 因此有学者提出“立法场域”、“犯罪的立法概念”等,以与犯罪的法律概念相区别,这是正确的。

[47] 这就是说,行为的社会危害性和行为的可罚性都同时被法律化为刑法规范了。在法律之内看,只要行为触犯了刑法,这种行为就等于同时具有社会危害性和刑事可罚性。

[48] 指通过刑事立法而把社会危害性用刑法规范犯罪化和刑罚化。

[49] 前引[21],高青海主编书,第239页以下。

[50] 至少在逻辑上是这样的。从逻辑上看,犯罪的法律概念中本来就不应当有社会危害性的地位,而不是踢出不踢出的问题。

[51] 西方国家的立法定性、司法定量另当别论。

罪。这样,在法律论域看,虽然在数量上只差1元,但是,行为的法律性质却完全不同,一个是地地道道的犯罪,而另一个则地地道道地不是犯罪,最多是行政违法。而如果离开法律,把侵占2000元和1999元的行为放到社会论域来看,1元钱的差别绝对不影响行为的性质,而且,数量上的差别也只有数学的意义,而完全没有其他的意义。

为了防止公民和社会的权益被侵害,建立和维护正常的社会秩序,立法者把具有社会危害性的行为,按照不同的内容和程度,以正面保护或者反面禁止的形式规定在不同类型的法律之中,如刑法、民法、行政法等。这些行为在没有被规定在法律之中以前,除了社会危害性的内容和程度不同外,没有性质的区别。正如有的刑法学家所说,“而实质意义<sup>[52]</sup>以犯罪为违反社会规范之行为,与其他不法行为,未见其有何区别,因犯罪行为以外之不法行为,亦莫非有反社会性之存在。”<sup>[53]</sup>而当这些具有不同内容和程度的社会危害性行为被以不同的方式规定在不同类型的法律之内以后,原来这些社会危害性行为就被“法律化”为具有不同法律性质的行为形式。把具有严重社会危害性行为以刑法规定为犯罪,把其他不很严重的行为以民法、行政法等不同的法律规定为民事、行政违法行为等。这样,在法律之内就有了刑事违法、民事违法、行政违法等法律性质不同的违法行为。这是在法律关系之内的评价。而在法律关系之外或者说是在立法之前,从社会论域看,这些行为都是具有社会危害性的行为,没有性质区别,只是内容和程度不同而已。社会危害性是立法者要通过立法而进行禁止的一切(将要变为违法)行为的本质。在立法之前的法律之外看,这些行为只有危害量(程度)的不同,而没有危害质(性质)的区别,没有刑事、民事、行政等不同性质的违法行为的区别,当然也没有这种事实上的客观区别。这种概念和区别只存在于法律之内。在立法之后的法律之内看,这几种违法行为的不同性质,不是依据社会危害性而是依据各自的法律所保护的法益性质相区别的。换言之,立法前的社会危害性一旦被“法律化”为法律规范,它就成为了具有不同性质的“法益危害”。在不同的法律关系之内,不同的法益成为区分各种不同法律类型的违法行为的根据,法益危害性是各种不同类型违法行为的本质,刑法的法益危害性是刑法确定刑事违法的根据,民法的法益危害性是民法确定民事违法的根据,危害刑法法益的行为就是犯罪。例如,在以货币数额为定罪要件的案件中,达到规定的最低数额及其以上的行为就是犯罪行为,而在最低数额以下的行为,按照罪刑法定原则,在没有其它情节的情况下,就不是犯罪行为,而是民事或行政违法行为;在刑事责任年龄决定行为性质的案件里,出生一天、甚至一小时之差,就决定行为人的行为是罪还是非罪。这种在社会论域里看来只是“量”的问题,而且是一个甚至可以忽略的“量”而不是“质”的问题:不要说1元钱,就是几百元钱,也只是个数量上的问题;至于出生早1天还是早1年,就更不涉及行为的性质,仅仅是个数量上的问题。然而,在法律论域中,涉及金额1元钱之差或出生时间1天之差,就决定着行为是犯罪还是普通民事违法,相差1元钱和1天时间的行为就有性质上的区别。在社会论域看问题,上述问题仅仅是量的问题,行为之间没有性质区别;而在法律论域看问题,刑事犯罪与民事违法之间就是性质上的区别。所以,对于社会危害性的程度来说,在社会论域看是量的问题,不存在性质区别;而在法律论域看,则可能是性质不同的犯罪或民事等违法行为。在立法规定之前,在社会论域内,社会危害性行为只有程度不同,没有性质(法律性质)区别;立法之后,在法律论域内,社会危害性分别被刑法、民法和其它法所法律化为刑事违法、民事违法和其它违法等性质不同的行为。从认识论上看,社会危害性在立法前、后的变化,实质上是论域的变化,也就是“社会危害性”这个现象在不同论域中的变化。这种变化使得原来的社

[52] 即从社会论域看有所谓的实质意义。绝大多数刑法学家都把从社会论域看有内容的,看作有实质意义的,而把法律上的东西则看成是形式上的。这是很不合适的。这是由于缺少明确的论域观,本来应当站在法律论域看问题而错误地站在社会论域而造成的。

[53] 韩忠谟:《刑法原理》,中国政法大学出版社2002年版,第54页。

会危害性这个社会现象变为具有不同独立形式和内容的不同的独立的法律现象，社会危害性再也不是法律事实的实质了，当然更不是法律事实的形式，它被法律“化”为不同法（如刑法、民法等）的不同法律性质的法益危害。所以，当刑法学把（社会论域的）社会危害性或严重社会危害性定义为（法律论域的）犯罪本质的时候，就出现了犯罪与民事、行政违法只有量而无质的区别的形式逻辑上的障碍。于是，为了能够对它们进行质的区别，在社会危害性之外又加两个本质：刑事违法性和应受刑罚惩罚性，并提出了本质的等级性、属性的多元性等观点。目的是用刑事违法性和刑事可罚性等来限定社会危害性，使其与民事、行政等其他违法行为的社会危害性区别开来。然而，这是不合适的。

#### （四）不同犯罪概念所指称的对象不同

把社会危害性作为法律犯罪概念的本质的不当认识，还来源于概念指称对象上的错误。社会论域的犯罪概念与法律论域的犯罪概念所指称的对象并不是一个。前者的犯罪概念所指称的对象是社会上的各种具有社会危害性的行为，是社会客观存在的“事实的罪”；而后者所指称的对象不是社会上的犯罪事实，而是经过立法程序，对这些具有社会危害性行为进行抽象而形成的存在于法律之中的“规范的罪”。“事实的罪”和“规范的罪”是两个完全不同的对象。社会危害性是各种社会上的犯罪现象的本质，刑事违法性和应受刑罚惩罚性即法益危害性则是各种法律上的犯罪现象的本质。我国台湾刑法学家蔡墩铭先生就明确地指出：“刑法上之犯罪，谓法律所规定之犯罪，而非具体所实施之犯罪。具体所实施之犯罪乃特定人在一定之时地所惹其之历史事实，而其所以被认为犯罪，实经刑法依其所规定之要件，认为此项具体事实符合其所规定要件之情形。从而具体事实是否属于所谓犯罪，以对犯罪之法律概念先有为前提。刑法上之犯罪，系由刑法条文予以规定，故离开刑法条文，无从获悉犯罪之概念”。<sup>[54]</sup> 社会犯罪概念指称的对象属于社会事实，法律犯罪概念所指称的对象则属于法律规范。如果说前者是纯粹客观事实，而后者则是“制度事实”，虽然也属于客观上的东西，但是，它却是“人造”的。二者的内容是不同的，从整个社会系统上看，层次也是不同的。作为事实上的“犯罪”只能存在于社会上，各种各样的犯罪事实无法在法律之中安身，只能通过法律的抽象和概括而变成法律规范中的犯罪。而法律规范的犯罪，作为认识的对象，就已经不是社会事实上的犯罪了。法律规范中的犯罪是社会危害性行为的法律抽象和概括，而不再是社会上的犯罪事实，它是社会上各种具有危害性的、在立法者看来应当以法规定为犯罪的行为，经过立法抽象和概括，使之成为以刑法具体条文为载体的刑法规范上的犯罪，而不再是社会上的有危害性的行为和事实。如果按照社会学理论把社会分成社会与法律两个层次，法律是社会层次中的一个下位层次，即社会这个大系统中的小系统，那么，社会上的犯罪是社会这个大系统中的客观事实，而法律上的犯罪则是小系统中的规范（社会意识形成的，即“主体评价”的）事实，二者不是同一对象。前者是法律之外的、“人类无可选择的”客观存在的事实，后者是法律之内的规范事实，它“是人们有意识的建构起来的。但它们本身又不是一种社会意识，而是意识的外化，刚性化、制度化、网络化”。<sup>[55]</sup> 规范虽然也是客观的东西，但是，它与纯粹的客观存在着的社会事物不是同一种事物（对象）。刑法（总则）上的犯罪概念应当是对刑法（分则）条文中所规定的各种各样的犯罪规范进行“一般”（仅仅是具体刑法典内的一般）抽象而形成的概念。这个犯罪概念是对具体刑法典中的各种具体法律条文规定的各种“规范性”的犯罪行为的“一般”抽象，而不是对立法者认为应当以法规定为犯罪的社会上各种具有社会危害性的客观事实的抽象。所以，法律上的犯罪概念所指称的对象与社会上的犯罪概念所指称的对象不是同一对象，各自概念的本质当然也不会是一个：

[54] 蔡墩铭：《刑法总论》，台湾三民书局股份有限公司2002年第5版，第79页；参见陈兴良：《犯罪：规范与事实的双重视角及其分野》，《北大法律评论》第3卷第2辑，第204页以下。

[55] 前引[3]，王锐生等书，第224页。

前者是法(刑法)益危害,后者是社会危害。前者是具体法律在确定的法律关系中评价的结果,后者是“社会”在具体的社会关系中评价的结果。

#### (五) 两种不同的刑事违法性

刑法作为一个疆界,有刑法之内的违法和刑法之外的违法,从而形成两个观察点:一个是从社会论域看的刑事违法性,另一个是从法律论域看的刑事违法性。从认识论的角度可以说,就是形成了两个不同的刑事违法性认识对象。如果把社会作为一个整体,不进行社会论域和法律论域的划分,那么,法律问题也是社会问题,这时的社会论域的刑事违法性对于整个社会来说,确实仅仅是个形式问题,没有实质内容。离开刑法看行为,只有当行为具有社会危害性的时候,行为才具有实质性。这是在法律之外看刑事违法性。如果在法律之内看刑事违法性,把法律问题从整个社会问题中分离出来而与社会问题相对来进行观察,法律便成为独立的论域,这时刑事违法性就不再仅仅是形式问题了,行为的刑事违法性,就是违反刑法,而违反刑法本身,既具有违法形式,也有违法实质,既具有刑事违法性的形式,也具有刑事违法性的内容:刑法法益危害性,意味着行为构成犯罪,应当受到刑罚处罚。

法律之内的刑事违法性是法律之外的社会危害性通过法律化而来的。刑法作为界限,既严格地区别着它们,同时又明确着它们。如果推倒刑法这条界限,那么,刑法也就不是刑法而变成是社会问题了。对刑法和注释刑法学来说,观察问题的论域只有一个,就是法律论域,或称法律之内。所以,对刑法和注释刑法学来说,刑事违法性的概念只存在于法律之内,社会危害性的概念只存在于法律之外;刑法之外没有刑事违法性的概念,刑法之内没有社会危害性的概念,这样,刑事违法性就成为法律犯罪概念的形式;而法律犯罪概念上的刑事违法性就是刑法上的“罪与罚”,其内容以法益危害性表达最为准确。<sup>[56]</sup>这就是社会危害性与刑事违法性的基本关系。作为认识对象,它们是两个论域的问题,不能同时存在于一个论域里(不是指包括法律在内的“大社会”),因此,不能同时在同一个论域里讨论两者的关系。就像前面所讨论的例子:父亲和学兄是同一客体在两个不同论域之间演变而形成的不同对象,不能把他们作为同一论域的对象进行同时讨论。

社会论域的犯罪概念是对社会上各种具体犯罪现象的本质抽象,法律论域的犯罪概念则是(应当是)对法律规范上的各种犯罪的本质抽象。<sup>[57]</sup>所以,社会论域的犯罪概念和法律论域的犯罪概念不是同一层次的对象,而是两个不同层次(系统、论域)的不同对象。在法律之外看,犯罪是刑法应当禁止的具有严重社会危害性的行为;在法律之内看,犯罪就是违反刑法所保护的法益的行为。因此,从刑事法律上看,犯罪概念在本质上就是行为危害了刑法所保护的体现在刑法上的权益,简单地说,犯罪就是危害刑法法益的行为。社会危害性是法律之外的犯罪的本质;法益危害性是法律之内的犯罪的本质。所以,在法律的犯罪概念里,只有法益(刑法)危害性可言,而无社会危害性可言。如果不是这样看问题,而是把犯罪的法律概念放在社会论域去认识,把法律之外的社会危害性看成是法律之内的东西,把已经被法律化而变为法益危害性的社会危害性看成是法律论域犯罪概念的本质,就等于把社会事实当成法律规范,混淆了社会事实和法律规范的界限,把社会问题和法律问题混为一谈,混淆了社会论域的犯罪概念和法律论域的犯罪概念,由论域混乱而导致对象性的错误,把社会上的犯罪概念当作法律上的犯罪概念。

#### (六) 社会危害性与刑事违法性的关系

[56] 这是因为,法益作为法律所保护的权利和利益,既反映了概念的法律性质,又全面概括和准确表达了人类普遍追求的一般价值,而权利和利益本身又都是价值事实的概念,能够表达不同主体的不同的具体内容,满足犯罪概念的价值性特点要求。此外的所有词语都表达不了这两个属性。例如犯罪概念的所谓的权利说,实际上权利只是个社会论域的概念,它没有反映出概念的法律属性,当然权利也没有包括人类所追求的价值的全部内容。

[57] 当然,从立法上看,立法者也可以作另外的选择,在刑法总则中,对犯罪概念的定义作宣言式的表述,如前苏联的刑法。

长期以来,国内外刑法学家对社会危害性和刑事违法性的关系问题一直争论不休,主要原因在于没有明确的法律内、外的论域观念和明确的论域立场。<sup>[58]</sup>

在犯罪概念问题上,国内刑法学界有个通说:以社会危害性定义犯罪概念的,认为这种概念属于实质概念(定义);<sup>[59]</sup>而以刑事违法性定义犯罪概念的,则认为这个概念属于形式概念,国外也大体如此。<sup>[60]</sup>把社会内容的东西看成是实质性的,而把法律内容的东西看成是形式的。例如,把社会危害性说成是犯罪的实质定义的内容,把刑事违法性说成是犯罪的形式定义的内容。把社会危害性说成是犯罪的实质特征,而把刑事违法性说成是犯罪的形式特征,并且认为二者的关系是“行为的严重社会危害性是刑事违法性的前提,刑事违法性是行为严重社会危害性在刑事法律上的表现。严重的社会危害性是第一性的,刑事违法性是第二性的,是行为的严重社会危害性所决定的。”<sup>[61]</sup>仔细分析就会发现,以上观点不是以法律论域而是以社会论域为出发点而得出的结论,也就是说,这是在法律之外观察问题而形成的观点。

刑事违法性和社会危害性以及由此而来的“形式”和“实质(内容)”等的关系问题,只有在论域观的前提下才可以说得清楚。刑法是一条界限,是社会论域和法律论域之间的界限,刑法之外是社会论域,刑法之内是法律论域。社会危害性只存在于法律之外,在法律之内没有社会危害性的位置。刑事违法性则不同。因刑法作为界限处在社会与法律的界限之间,所以作为违反刑法的刑事违法性具有双重性,在法律之外看,刑事违法性只有形式上的意义;而在法律之内看,由于社会危害性已不存在,也就无所谓第一性和第二性的问题。刑事违法性不是由社会危害性决定的,而是由法益危害性决定的。对于应当在法律之内看问题的刑事法官和刑法学家来说,没有比违反刑法更具有实质意义的了:刑事违法性完全具有实质内容,它与违反刑法具有同样的意义,包括具有法益危害性,同时具备刑事可罚性。长期以来,国内外大多数刑法学家都把刑事违法性看成是形式的,这是一个在形式逻辑上也说不通的观点。实事求是地说,这是被世俗地观察问题的习惯影响的结果,站在社会论域看法律问题,客观上丧失了法律的观念和立场。站在社会论域看一切问题,包括看法律问题,这不仅是非法律人的普通民众看问题的习惯立场,更是社会学家,包括马克思主义者揭示一切社会问题,包括法律问题本质的经常做法:只有透过表面现象,深入到社会生活之中才能认识社会,包括法律的本质。这是完全正确的。然而,当刑法学家面对适用法的注释任务的时候,则应当具有与社会学家和非法律人以社会生活为基础、按照社会学的理论原则和逻辑观察问题的习惯完全不同的立场,要有强烈的法律意识,牢牢地站在法律之内,在法律的层面上,“就法论法”,一切从法律出发,以法律的观察点,以法律的理论原则、标准和逻辑判断和评价法律问题,不参杂任何非法律的和非法律人的因素,否则就失掉了注释法学应有的品格。所以,在刑法和刑法学之内,作为刑法上的命题,绝对不可说刑事违法性只是形式上的东西。在法律论域里,犯罪的实质概念和形式概念以及所谓的犯罪的形式特征和实质特征的关系,绝对不是社会危害性和刑事违法性的关系,而是刑事违法性和法益危害性的关系。在法律之内不能把有关法律的概念和命题说成是形式的。

在刑法学界,很多刑法学家都认为刑事违法性只是个形式问题,似乎刑事违法不具有实质内

[58] 当然,有时也可以是因为对犯罪概念缺少价值观,企图寻找犯罪概念的一般定义而造成的。

[59] 在对概念本身进行讨论时,可以因表述的角度不同和方便,而对概念和定义混着用。

[60] 国外刑法学大体上也是这样认为的。“实体的犯罪概念是位于刑法典之前的,是为立法者提供刑事政策方面的标准的,为的是解决立法者可以惩罚什么和应当让什么不受刑事惩罚的问题。”参见[德]克劳斯·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12页。“总的说来,现有的各种犯罪的实质定义可以分为两大基本类型:一类认为犯罪的本质在于‘侵犯了社会生活根本条件’(即文明社会和法律秩序赖以生存的条件);另一类则认为犯罪的本质是‘违反了共同文明生活的基本规则’(如果没有这些规则,就不会有共同的文明生活或者这种生活会受到严重的损害)。”[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第73页。

[61] 刘爱霞:《析我国刑法第十三条之规定》,《武汉理工大学学报(社会科学版)》第16卷第2期。

容。这显然是不合适的。只有站在法律论域之外的社会论域里看,刑事违法性才只是个形式而不具有实质内容。刑法学家本来应当严守法律论域的阵地。而在这里,他们却失去了法律观念,像社会学家把所有问题都当作社会问题来看待一样,而把法律问题也当作社会问题,把刑法、刑事违法问题放在整个社会这个无所不包的大论域里,把刑法和刑事违法都仅仅看成是形式上的东西。实际上,在这种论域的观念里,法律问题也都是形式问题。在法律之外看问题,不要说早出生一天,或少贪污一元钱,<sup>[62]</sup>就是再多一些,也都没有实质区别。这是没有明确法律论域观察法律问题的必然结果。

目的不同,方法也应随之不同。犯罪的法律概念只能在具体的确定的法律论域中来研究。对于刑法(注释)学来说,目的在于为刑事司法的法律适用之需而对法律进行注释、解释。为此,对法律概念的考察只能在法律论域(具体的法典)之内进行。注释刑法学所研究的犯罪概念,不是“首先是<sup>[63]</sup>”、而应当“完全就是”法律上的犯罪概念。这就是说,在刑法学之内,犯罪概念就是指法律上的犯罪概念,而不是、也不包括非法律的即本文所指的社会犯罪概念,更不是指所谓的犯罪的一般概念。然而,令人遗憾的是在犯罪法律概念的讨论中,有的人却经常忘记了自己应有的法律论域观的立场,把所讨论的犯罪的法律概念放到社会论域去认识,以社会论域的理论原则和逻辑来分析和评价法律论域的问题,把本来也具有实体性的法律问题当作形式问题对待,把法律人完全混同为社会学家和普通民众,抛弃了法律的实体属性,用社会学的观点看法律问题,这是中外刑法学界在犯罪概念问题及其“社会危害性”和“刑事违法性”<sup>[64]</sup>关系上造成混乱的根本原因。

#### (七) 法律论域的独立性

法律作为一种“事实平台”或“层次”,“社会危害”被法律“化”为“法益危害”以后,“法益危害”就成为了具有自己独立形式和内容的、不同于“社会危害”的另外的对象,“社会危害”与“法益危害”是两个完全不同的对象,而不是同一对象。虽然都称为“犯罪”,但是,仅仅是对象的“重名”而已,一个是社会的犯罪,一个是法律的犯罪。所以,社会危害是社会犯罪概念的定义内容或本质,而法益危害是法律犯罪概念的定义内容或本质,是刑法犯罪概念的实质定义内容,“刑事违法”则是法律犯罪概念的形式定义内容。

但是,不能站在社会论域,把刑法仅仅看作是形式而没有内容的东西,从而不把法律看作是一个反映客观事实的独立论域。在法律之内,法律规范的内容本身就是实质性的,而不再是形式的,危害刑法所保护的法益本身就具有犯罪和必受刑事处罚的实质性内容。在法律的论域里,在以法律为根据判断一切的法律关系中,刑法和违反刑法绝对不再是形式上的东西,它无论对违法者来说还是对法律的研究者来说都是实实在在的东西。许多刑法学家把刑事违法性仅仅看作是形式的而不是实质的,原因就在于在社会论域评价法律论域的问题。

按照以上对法律关系的认识逻辑,还应当以下的认识:在法律关系之内,不应该进行“法律事实”和“客观事实”,包括证据学中的所谓“法律真实”和“客观真实”的区别,这种划分是不合适的。法律关系中只存在“事实”,这种事实当然是法律事实,只是不存在法律事实和客观事实的区别。法律事实也是客观存在的事实,是在法律之内存在的事实,这种法律的事实绝对不是与所谓的客观事实(社会的)相对应的“形式”的事实或“抽象”的事实。它具有社会上一切客观事实的一切性质和特征。法律事实与客观事实不是一个逻辑层次的问题,两个概念之间不具有对应性,不应当对应地运用。依此类推,从法律上看,没有证据就没有事实。这对法律来说当然也是客观

[62] 见本文第二部分(三)的有关内容。

[63] 刘为波:《论说的底线——对以社会危害性为核心话语的外国犯罪观的批判性考察》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第6卷,中国政法大学出版社2000年版,第126页。

[64] 这里的“刑事违法性”是指犯罪概念上的而不是犯罪构成上的。

的。没有债务人的证据（借条），就是没有借债事实。刑法规范，作为独立的社会现象（事实），它不仅具有形式，而且具有相应的内容，是一个客观的事实层次。在社会论域内，并不是因为行为违法刑法而成为犯罪，而是因为行为具有社会危害性才成为犯罪；而在法律论域内，不是因为行为具有社会危害性而成为犯罪，而是因为行为违法了刑法、具有法益危害性而成为犯罪。在法律论域内，刑事违法性本身就包括社会危害性和应受惩罚性，具有实实在在的实质性的内容。社会危害性和应受惩罚性属于社会论域犯罪概念的特征，是立法时决定行为应当用刑法加以禁止的行为特征，而不是法律论域犯罪概念的特征。从形式逻辑上看，“刑事违法性”与“社会危害性”和“应受惩罚性”不是一个逻辑层次上的现象；从论域上看，它们也不是一个论域内的问题。在刑法之内看，刑法禁止的行为当然具有社会危害性，当然构成犯罪，当然要受到刑罚惩罚。刑罚本来是犯罪后的结果，只有犯了罪才能受到刑罚，以刑罚作为犯罪定义的内容之一所犯的循环定义的错误，就是由于站在社会论域看法律问题而导致的必然结果。在法律论域内，或说在法律之内，法律事实就是事实，是与社会事实具有同样地位、甚至更重要地位的事实，不能说法律事实是形式上的事实；法律真实就是真实，不能把法律真实与所谓的客观真实对立起来，而把法律真实当作形式真实。总之，不应当站在社会论域看法律问题，那样就会把法律看作是形式而不具有实质性的东西，把法律当作是没有内容的东西，这种观点显然是不合适的。在法律之内，不要把法律问题当作形式，不要把法律论域当作社会论域，不要把法律层次当作社会层次，不要把法律“平台”当作社会“平台”。刑法学上把“社会危害”看作是法律犯罪概念的实质定义内容而把“刑事违法”看作是法律犯罪概念的形式定义内容的观点，是把犯罪的社会概念混同为犯罪的法律概念。造成这种混乱的原因就是在法律之外看法律之内的问题，站在社会论域看法律问题。论域的混淆，归根结底是不同对象、不同事物的混淆。

#### （八）犯罪本质的确定性

有学者认为犯罪的本质属性是多元的。这个立论来自对“本质多等级”论的误解。列宁说过：“人的思想由现象到本质，由所谓初级的本质到二级的本质，这样不断地加深下去，以至于无穷。”〔65〕“本质是一种多等级的构成物，它表现着现实的复杂的层次结构。”〔66〕显然，“本质多等级”不是指具体的事物，而是就作为对象的客观世界的多等级性即多层次性而言的，因而人类的认识要不断深化下去。研究、认识具体的对象，只能在具体的、确定的层次（论域）之内来进行，而具体层次的具体对象的本质应该是具体的、确定的。“具体事物的本质一定是一般的东西，但并不是一事物所有的一般特点都是本质。这是因为事物中可以包含许多一般的特点，但这些一般特点对于事物并不总是具有决定性意义的。”〔67〕在具体的对象中，作为规定对象根据的本质不可能是多元的，对象的属性可以是多元的，但是，属性不等于本质属性。如果事物的本质是多元的，那就意味着该事物中有多个决定它自己本质的属性，那么，该事物的本质是不确定的，其质的规定性就无从谈起了。所以说，具有决定性意义的质不应当是多元的，更不应当是非同一层次内的东西，具体事物的本质不可能同时由不同层次的东西所决定。本质属性决定事物的本质。如果一个事物同时有多种可以决定其本质的属性，那么，不可想象这个具体的事物到底会是个什么样子的东西。形式逻辑决定了犯罪的本质属性不可能是多元的。事实上，所谓的犯罪的三个本质并不是一个层次上的问题。有些学者已经正确地认识到犯罪概念有所谓两种本质：社会的和法律的。〔68〕可是，作者忽视了作为对象性的东西不可能同时具有多种不同的本质。如果对象具有多种不同本质，可以肯定地

〔65〕《列宁全集》，人民出版社1959年版，第278页。

〔66〕前引〔21〕，高清海主编书，第232页。

〔67〕同上书，第229页。

〔68〕参见刘艳红：《社会危害性理论之辨正》，《中国法学》2002年第2期。



说,那只能是多种不同的事物。实际上,不是犯罪有多种本质,而是犯罪(非专指法律上的犯罪)有性质不同的多种:有社会的,还有法律的等。法律上的犯罪不可能同时具有这多种属性。

刑法学研究应当从刑法出发,以刑法的标准、刑法的观点、刑法的逻辑看刑法的问题,在刑法之内只有刑法定益危害性而没有社会危害性。在法律之外,应当规定为犯罪的行为和民事侵权、行政违法行为只有量的区别,而没有质的区别;在法律之内,犯罪的本质是刑法的法益危害性,民事侵权的本质是民法的法益危害性,行政违法的本质是行政法的法益危害性,它们之间存在性质的不同。法律概念只有在法律之内,即法律的论域里去定义,不当把法律概念放在法律之外的社会论域里去定义,否则就会出现混乱。

#### (九) 观察和阐述犯罪应有明确的论域观念

论域不同会带来对象的性质及其有关的一系列问题的不同。这在刑法学界两个著名的命题中得到了有力的证明。让我们来对比以下两个命题:

命题一:“没有犯罪即没有刑法。”<sup>[69]</sup>这种观点认为“犯罪是刑法的存在前提”。

命题二:“没有刑法就没有犯罪。”<sup>[70]</sup>这种观点认为“刑法是犯罪的存在前提”。

显然,不应当对这样两种完全对立的观点作“非对即错”的简单评价。刑法学家们绝对不会在刑法格言这样的问题上发生错误。那么,正确的评价是:他们的观点都正确。不过,问题是必须要有前提,这里的前提也就是论域。命题的正确性只存在于它们各自的论域里:前者是法律之外的命题,<sup>[71]</sup>其正确性只存在于社会的论域里;后者是法律之内的命题,其正确性只存在于法律的论域里。在社会论域里,犯罪是刑法的存在前提。没有社会上的犯罪现象,就不会有刑法的产生。而在法律论域里,刑法是犯罪的存在前提。在确立了罪刑法定原则的刑法中,法无规定不为罪。没有刑法(的规定)就没有犯罪。对象的性质在不同的论域里发生着变化。这充分地表明着犯罪概念在法律之内与法律之外的变化和区别。如果没有论域的观念,或者离开各自的论域,或者混淆两个不同论域之间的关系,就无法对任何命题进行准确的评价,因而观点的正确性也就必然会受到动摇。实际上,这两个命题中的“犯罪”并不是同一个对象。前者是社会上的犯罪,后者是刑法上的犯罪;前者是法律之外的犯罪,后者是法律之内的犯罪。如果是同一对象的犯罪,不可能既是刑法的前提,又是刑法的结果。所以,论域观念应当使我们明白,对象在法律之内和法律之外有性质的不同。对法律问题的阐述必须要有法律之内和法律之外的明确的观念和准确的论域立场。

社会现象的复杂性要求对社会现象(广义的)的研究要有清晰的论域观念。研究者对社会现象概念的阐释必须坚持在确定的论域之内进行,也就是说要在确定的社会关系系统内说明,不然就会造成混乱。“对一个概念进行充分而正确的解释的前提条件是阐释者和这一概念被使用的社会环境之间的固定关系。如果要进行充分的解释,你既不能‘走进’也不能‘走出’社会情境。”<sup>[72]</sup>与任何理论关系和原则不同,法律规范的是社会生活中确定的现实社会关系,法律的概念必须在法律的关系中才可能得到正确的解释。法律的犯罪概念属于法律范畴的东西,到社会论域里去理解法律关系中犯罪概念不可能得到正确答案。把社会危害性作为法律犯罪概念的本质,实际是把法律关系上的概念拿到社会关系里来解释。这种论域的错位实际就是事物关系性质的错位。

法律是社会生活中一个独立的领域,并且具有权威性,具有自己独立的要素、结构和功能,是与社会领域不同的领域。社会要素一旦进入法律领域,就会发生“质”的变化。立法完成之后,当法律已经成为社会上的客观事实,法律就是社会上一个独立的“事实平台”,在这个平台上论述法

[69] 陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第2页。

[70] Bernd Schunemann(注:原文如此,没有翻译):《没有刑法就没有犯罪?》,劳东燕译,《金陵法律评论》2003年秋季卷。

[71] 本文的法律之外,简化为泛指社会。

[72] [挪威]斯坦因·U·拉尔森主编:《社会科学理论与方法》,任晓等译,上海人民出版社2002年版,第5页。

律,就不能像从社会论域看问题那样而还把法律的问题当作社会问题或社会的形式问题来对待。法律,这是法治社会中一个不能忽视的、重要的、与“社会平台”不同的“法律平台”,是一个重要的“事实层次”。把“法律层面”的事实或现象当作一种社会上的“形式”问题来看待,<sup>[73]</sup>就会由论域的混乱而导致事实在形式与内容上的混乱,最终导致事实性的错误。

### 三、结 论

犯罪因其价值特性而是多元的,而犯罪概念的本质则是单一的。讨论犯罪概念必须分清法律之内还是法律之外。社会危害性被“刑法化”后而变为刑事法益危害性。刑事违法性有两个观察点,法律之内的犯罪概念与法律之外的犯罪概念,虽然都称为犯罪,但是,它们所指称的对象不同,本质不同,表现形式不同,内容也不同。法律的犯罪概念只能在法律之内讨论,绝不可以混淆法律之内和法律之外的界域。<sup>[74]</sup>

---

**Abstract:** The crime is the value - related fact and it is the object of concrete valuation of the subject, so there is no general conception of it. Determined by the subjectivity of the conception, for the research on the problem of the conception of crime, it is first of all to define the field of the problem. We should not confuse the conception of crime in the field of law with that in the field of society. The social harmfulness is the essence of the crime in the field of society, while to the crime in the field of law, its essence is the harmfulness to legal interests. To discuss the legal conception of crime, we should limit it to the field of law and follow the principles and logics in this field. If we do not distinguish the different contexts of the issue, there would be confusion in the research of the conception of crime.

**Keywords:** crime, field of research, social harmfulness, harmfulness to legal interests

---

[73] 例如把犯罪概念中的法律特征看作是形式问题。见〔俄〕库兹涅佐娃等:《俄罗斯刑法教程》,黄道秀译,中国法制出版社2002年版,第124页;陈立、陈晓明主编:《外国刑法专论》,厦门大学出版社2004年版,第84页;前引〔27〕,陈忠林书,第68页以下;前引〔41〕,高铭喧等主编书,第42页以下等。几乎所有中外刑法学教科书都是如此,即把社会的内容看作是实质的,而把法律的内容看作是形式的。

[74] 本文在逻辑上还应当有两部分内容:一个是犯罪的社会学研究和法学研究,另一个是刑法典上应当如何处理犯罪概念。限于文章篇幅,这两部分在这里省略了。观点已经在文章中基本上表明了:对法律的犯罪问题,要在法律的范围进行研究;如果要认识问题的本质,就要深入到现实社会生活中去,对问题进行社会学的研究。刑法典上的犯罪概念是可有可无的。如果有,应当是对“本”法分则各种具体犯罪规范的概括和抽象,而不是对社会上各种犯罪事实的概括和抽象。如果不是因特定的历史时期的特殊需要,总则的犯罪概念不应当是政治宣言式的。总之,包括刑法总则的犯罪概念在内,以什么原则进行法律的规定,应当为国家当时的最大利益服务,而最大利益是变化的。而我国当前,在刑法上,应当是有利于罪刑法定原则的贯彻和实施。