

# 刑法理论的拿来主义错了吗

王昭武

拜读刘仁文老师的《再返弗莱堡》，深切感受到了刘老师对我国刑法学研究现状的忧思与关切。刘老师的观点坦荡真切振聋发聩，是清流之论，作为一名近年来着力译介日本刑法学论著的刑法学人，更油然而生一种使命感：向刘老师致敬的最好方式，莫过于同样真实地说出自己的感受。

刘老师以法益与客观归责理论为例,指出“目前有的中国刑法学者主体意识不够,存在对域外知识的盲目推崇,甚至误读”。刑法学界或许的确存在这样的问题,但需要明确的是:这究竟是整体性问题还是个别性问题?这种现象是由德日刑法学理论的大量引介所致还是源于部分学者自身主体性研究意识的欠缺更或是社会整体的浮躁所致?进一步而言,我国刑法理论是否已无需拿来主义?我们究竟应如何结合本土资源与国外理论?

## 社会危害性并非犯罪本质特征

首先，对理论的解读，原本就是一个仁者见仁智者见智的问题。

第一，我也不认为，仅凭侵犯法益这一点，就能完全揭示刑事违法性乃至犯罪的本质，也不赞同直接以法益概念取代社会危害性概念，也相信法益概念存在“空洞性和缺乏规范性等问题”，但仍以为“用所谓的法益理论来作为限制犯罪化的依据，也就无异于自欺欺人”这样的论断过于武断。我认为，犯罪的本质特征是刑事违法性，行为之所以能被司法者认定为犯罪具有刑事可罚性，不是因为该行为具有社会危害性，而是因为该行为被立法者作为犯罪规定在刑法分则中具有刑事违法性，社会危害性不过是立法者选定入罪行为的依据之一。一直以来，我们将社会危害性置于犯罪本质特征的地位，实际上是过度夸大了其作用。因为，一般违法行为同样具有社会危害性，社会危害性的有无本身无法作为区分罪与非罪的标准；并且，社会危害性的程度虽然是判断行为是否构成犯罪的的评价对象或者基础事实，但其本身也无法为区分罪与非罪提供一个确定的具有可操作性的认定标准；更重要的还在于，社会危害性不具有基本的规范内容，判断标准过于笼统、模糊与不确定，容易流于恣意，进而导致司法上的随意出入罪，背离罪刑法定原则。相反，法益概念不仅能完全取代似是而非的犯罪客体概念，且其内容更具有客观性，

□ 犯罪的本质特征是刑事违法性，行为之所以能被司法者认定为犯罪具有刑事可罚性，不是因为该行为具有社会危害性，而是因为该行为被立法者作为犯罪规定在刑法分则中具有刑事违法性，社会危害性不过是立法者选定入罪行为的依据之一。

□ 既要谦逊地接受德日刑法学理论，又不能轻易跟风丧失自我，还要辨别德日刑法学的主流观点与个别观点，不能以偏概全。现在我们要做的，仍然是在拿来主义的基础上进行本土化改造。

现阶段用拿来主义未尝不可

其次，就研究方法而言，刘老师提出的“以切实解决中国的问题作为出发点和归宿点，建构起世界的眼光、中国的问题和自己的方案三位一体的研究格局”的问题意识以及路径设计，无疑具有建设性意义。不过，想必没有人能够否认，正是近年来德日刑法理论的大量引介，才使得我国刑法学“建构起世界的眼光”成为可能。同时，也正是因为学界宽松的氛围与包容的胸怀，以及学者的主体性选择，德日刑法理论才得以大量引介，进而形成了百花齐放争奇斗妍的大好景象。

具体而言，对于尚处于起步阶段的我国刑法学来说，引介是一个不可或缺的阶段，如果因为对引介对象的争议就否定引介本身，刘老师所期盼的“中国刑法学在国际上成为有声的而不是无声的刑法学”的目标，将只会渐行渐远。而且，评价中国刑法学与德日刑法学的关系，我们也不能无视两者在理论发展阶段上的差异。德日刑法学已有上百年的历史，我们不能超越历史发展阶段，而必须立足中国国情，根据我们的需要主体性地选定学习的内容。既要谦逊地接受德日刑法学理论，又不能轻易跟风丧失自我，还要辨别德日刑法学的主流观点与个别观点，不能以偏概全。现在我们要做的，仍然是在拿来主义的基础上进行本土化改造。

也就是，拿来主义当然不是目的不是终点，但至少就当下的我国刑法学而言，没有拿来主义又何来发展呢？刘老师提出，应“从中国实际出发，珍惜已有的知识谱系、理论框架以及概念表述”，但前提是我们必须明确，什么才是我们的本土资源？众所周知，

特殊背景下全盘接受的前苏联刑法学对我国影响深远,但这种理论体系真能谓之为我们自己“已有的知识谱系”吗?用大陆法系刑法理论对抗甚至替代原本同属于舶来品的所谓“已有的知识谱系、理论框架以及概念表述”,就一定是主体意识欠缺“匍匐在德日刑法的碑文下”“炒别人的剩饭”吗?在我看来,现阶段之所以还需要采取拿来主义,根本不是什么源于对外来理论的迷信膜拜,而是为了向学界呈现另外一种思路提供另外一种选择,也是为了与国际先进法治国家的刑法理论实现对接甚至发生碰撞,更是为了促进我国原生性的自主理论的创建。因此,我们不必担心会有损我国学者理论研究的主体性,甚至导致我国学者盲目追随外国理论。即便有此现象,那也仅限于极少数的学者,那也是因为其本身的不自信或者主体性意识的欠缺,而与引介本身无关!

本土化建构是一个艰辛的过程，可能需要像日本刑法学那样，付出几代人的努力。在此期间，我们不妨兼容并收择善而从，暂时放下身段多看看多想想。令人欣慰的是，经过三十余年的不懈努力，我们终于达到了也能够对德日刑法学“评头论足”的高度，难道我们还应该为了恪守那些本来就不属于我们的、历史也谈不上久远的所谓“已有的知识谱系”而重回原点吗？全盘接受盲目推崇甚至削足适履抑或将某种理论神圣化的做法，当然应该摒弃，但因为外来理论本身尚存争议尚待完善，就视之为洪水猛兽拒之于千里之外，这种态度更不可取。主体性建构本土理论，并不等于一切必须源于本土，拿来、借鉴、改造、创新才是我们应有的主体性态度。尤其值得警惕的做法是，为自己头脑中的固有刑法知识所禁锢，以此为基准，努力地找寻其他不同观点的不足之处，并轻易地将其视为“异类”而加以排斥。

当然，刘老师的忧虑也绝非杞人忧天更非空穴来风，足以引起我们这些着力引介国外理论的学人的警醒。至少就译介而言，我们必须负有神圣的使命感，满怀敬畏之心，在极力确保“完整、准确地理解了它的真实含义”的基础上，完整、准确地“搬运过来”。然后，才是如何转换语境，研究是否有本土化之必要，以及如何本土化这种主体性改造的问题。

(作者系苏州大学王健法学院教授、日本同志社大学法学博士)

## “辩护词”的著作权保护及侵权认定

卢文 徐洁

近日，一则著作权侵权纠纷案件引发关注：2014年10月，律师张某向检察院递交了一份《辩护词》。2015年3月，为该案件另一名共犯进行辩护的律师钱某，也向检察院递交了一份《辩护意见》。张某发现该份《辩护意见》与此前自己所撰写的《辩护词》在表述上存在大量雷同，遂诉至法院。最终，法院判决钱某赔偿张某经济损失20000元。此案背后有许多的法律问题值得我们探究，比如“作品”的认定标准以及侵犯著作权责任的构成要件。

《著作权法实施条例》第2条规定：“著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。”可见，要构成著作权法上的“作品”，须符合以下几个要件：

第一，必须属于人类的智力劳动成果。辩护词，系律师在刑事诉讼过程中，根据法律和事实提出有利于被告人的材料和意见，部分或全部地对控诉的内容进行申诉、辩解、反驳，以证明被告人无罪、罪轻，或者提出应当减轻、甚至免除刑事责任的文书。撰写辩护词，显然是律师的智力劳动。

第二，具有独创性。虽然刑事辩护词的撰写具有基本的格式，但是这些“格式”或者“模板”本质上属于一种行文逻辑和体系的安

排，是为了提高法律文书的规范性和写作效率而发布或分享的，具有一定普适性、指导性（或参考性）的实用型文件，辩护词的具体撰写仍需律师依据特定案件的事实、证据并结合律师自身的专业能力及对法律条文的理解，进行“从无到有”的独立创作。

该案中，张某以自己的语言文字和行文手法，分五个部分对委托人不构成犯罪进行了层层逻辑论证，突出了辩护的方向和重点，体现了张某的个性化选择和表达，达到了一定水准的智力创造高度。

第三,具有可复制性。可复制性意味着智力劳动成果必须借助语言、图片、声音等一定的表现形式,形成能够被他人客观感知的外在表达,才可能被复制和传播。《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)规定的复制权指的是“以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利”,显然,将一份创作完成的辩护词通过某种形式“再现”(复制)并不难。

此外,《著作权法》第5条将“法律、法规,国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政、司法性质的文件,及其官方正式译文”等排除在“作品”范畴之外,

这是因为官方文件涉及社会公众和国家整体利益,属于全体社会成员共享、共有的信息资源,不宜通过著作权保护的方式加以垄断,而辩护词是律师在具体案件的诉讼过程中,提出的有利于被告人的材料和意见,流通性不强且受众范围小,因此不涉及社会公共利益,不属于《著作权法》第5条规定的范畴。

综上所述，辩护词符合“作品”的含义和要求，应当受到著作权法的保护。

《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 20 条第 1 款规定：“出版物侵犯他人著作权的，出版者应当根据其过错、侵权程度及损害后果等承担民事赔偿责任”，而第 3 款则规定：“出版者尽了合理注意义务，著作权人也无证据证明出版者应当知道其出版涉及侵权的”，出版者仍需承担“停止侵权、返还其侵权所得利润的民事责任”。《计算机软件保护条例》第 30 条也规定：“软件的复制品持有人不知道也没有合理理由应当知道该软件是侵权复制品的，不承担赔偿责任；但是，应当停止使用、销毁该侵权复制品。”

由此可见，侵犯著作权责任与一般的侵权责任在构成要件上存在不同，在认定是否构成著作权侵权时，无需行为人为具备主观过错，只

要其未经著作权人许可，实施了受专有权利控制的行为，又缺乏“合理使用”、“法定许可”等抗辩理由，即构成对著作权的直接侵权。所谓“受专有权利控制”，指的是每一项具体的著作权权利内容，都控制着对应的特定行为，比如发表权控制发表行为，复制权控制复制行为，表演权控制表演行为。

主观过错虽然不是侵犯著作权责任的构成要件,却是判令侵权人承担损害赔偿责任的要件,即只有在侵权人具有主观过错的情形下才可令其赔偿损失,而停止侵害、赔礼道歉等责任承担方式则不受此影响。

在司法实践中，法院在认定侵权作品时主要遵循的是“接触+实质性相似”的公式。本案中，《辩护意见》和《辩护词》的内容存在大量雷同，构成实质性相似，而钱某在查阅案卷材料时有机会接触到张某提交的《辩护词》，在钱某无法“自证清白”的前提下，其未经张某许可可大量复制《辩护词》内容的行为构成著作权侵权。同时，钱某作为专业律师应当对尊重他人的著作权有着更为清楚的认识，因此其显然具有主观过错，需要承担赔偿责任的民事责任。

(卢文系上海对外经贸大学法学院法律硕士研究生;徐洁系盐都区检察院检察官)