

RULE OF LAW WANGJUEJIS
LECTURES OF LAW SCHOLARS
IN HUADU JIAO UNIVERSITY

法治的布道者

法学名家华园讲演录

许少波◎主编



中国民主法制出版社
全国百佳图书出版单位

(((RULE OF LAW EVANGELISTS)))
LECTURES OF FAMOUS JURISTS
IN HUAQIAO UNIVERSITY

D(9)1294-53.
20

法治的布道者

法学名家华园讲演录

许少波◎主编

中国民主法制出版社

2015年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

法治的布道者：法学名家华园讲演录/许少波主编.

—北京：中国民主法制出版社，2015.11

ISBN 978-7-5162-1045-1

I. ①法… II. ①许… III. ①社会主义法制—建设

—演讲—中国—文集 IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 263194 号

图书出品人：刘海涛

出版统筹：陈晗雨

图书策划：庞从容

责任编辑：唐仲江 程王刚

书名/法治的布道者：法学名家华园讲演录

作者/许少波 主编

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里7号(100069)

电话/(010) 63292534 63057714 (发行部) 63055259 (总编室)

传真/(010) 63056975 63292520

http://www.npcpub.com

E-mail: flxs2011@163.com

经销/新华书店

开本/16开 710毫米×1000毫米

印张/13.75 字数/200千字

版本/2015年11月第1版 2015年11月第1次印刷

印刷/北京盛源印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-5162-1045-1

定价/38.00元

出版声明/版权所有，侵权必究。

(如有缺页或倒装，本社负责退换)

崇法明理，厚德致公

谨以本书向华侨大学法学院成立三十周年献礼！

目 录

第一讲	犯罪的构造	张明楷 (001)
第二讲	非法证据排除规则实施中的几个问题	陈瑞华 (030)
第三讲	民事死亡·社会死亡·社会瘫痪 ——市民法的规训之道	徐国栋 (053)
第四讲	案件受理制度改革漫谈	张卫平 (082)
第五讲	《民诉法解释》中的若干证据问题	李 浩 (104)
第六讲	台湾家事事件审理制度之立法特色与法理争议	姜世明 (123)
第七讲	中国反腐败与法治建设	吴玉章 胡水君 (143)
第八讲	把握势，掌握度 ——做一个合格的法律人	沈四宝 (160)
第九讲	刑法修正案（九）的理解与适用	刘仁文 (180)
后 记		(207)

• 张明楷

第一讲 犯罪的构造

主持人（许少波）：尊敬的张教授，尊敬的各位来宾、各位新闻界的朋友们，尊敬的各位同学，大家晚上好！（掌声，持续热烈的掌声）今天我们非常荣幸地邀请到清华大学张明楷教授来给我们做讲座，同时，今天也是我们法学院第一次把学术讲座放到我们嘉庚纪念堂观众厅来举行，所以我也第一次看到我们的学术讲座现场有这么多人，像办晚会一样。另外，也是我们院第一次举行学术讲座先后改了两次讲座地点。我们开始是准备放到我们学院的教室（笑声），后来我们觉得可能不行，又放到我们这个大礼堂的四楼科学报告厅，但最后还是感觉不行，我们只有转移到这个观众厅。同时，这次学术讲座，也是我们院举行的第一次有很多不是我们院师生参加的学术讲座，有很多我们共建单位的来宾、公检法工作人员、律师事务所的朋友们。更难得的是，这次讲座还有一些非法律界人士也来到现场。我刚才做了一个实证调查，主要是想一睹我们张教授的风采。（笑声，掌声）我想，作为学术大师，除了人格魅力以外，张教授的学术魅力应该是最能够折服我们或者是吸引我们来到现场的原因。

* 本文系张明楷教授于2014年11月6日晚，在华侨大学嘉庚纪念堂观众厅举办的法学院三十周年院庆学术系列活动之法学名家讲坛（第一期）讲演的录音整理稿。全文由华侨大学法学院2014级民商法学硕士研究生林玉丽、刑法学硕士研究生马驰骋两位同学根据讲演录音进行整理，经华侨大学法学院副教授吴情树审核和校对。

下面我简单地介绍一下张教授的学术履历。张教授是清华大学法学院教授、博士生导师，中国刑法学研究会副会长，曾任最高人民检察院公诉厅副厅长，第三届全国十大杰出青年法学家，“长江学者计划”特聘教授。他的主要研究领域有刑法解释学、刑法学派、犯罪论体系、共同犯罪、刑罚论以及刑法个罪的解释。

张教授三十多年来先后在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》《中外法学》等最具权威性的刊物上发表论文四百多篇，出版学术著作二十多部。近十年来，张教授先后出版了很有影响力的学术著作，主要有：《刑法学》《外国刑法纲要》《刑法的基本立场》《法益初论》《刑法格言的展开》《刑法分则的解释原理》《诈骗罪与金融诈骗罪研究》《罪刑法定与刑法解释》《犯罪构成体系与构成要件要素》《刑法原理》《行为无价值论与结果无价值论》《刑法的私塾》等。通过这些介绍，我想，张教授今晚的讲座一定不会让我们失望。今天张教授的讲座题目是《犯罪的构造》，下面我们用热烈的掌声欢迎张教授做这场精彩的讲座。（掌声，持续热烈的掌声）

主讲人（张明楷）：尊敬的老师们、同学们，晚上好！我其实很少到大学做讲座，不是说没有大学请我做讲座，而是因为我很担心我在大学做讲座会扰乱大学刑法学的教学秩序（笑声），因为我的很多观点总是跟通说或者多数说法不一样。当然，我不是故意要跟通说不一样，不过我也承认我有一个习惯，就是见到哪句话都被人家说的时候，我就试图反对这句话。这两天你们的吴情树教授跟我说，他说他讲课的时候经常会介绍我的观点，于是我就放心了一点。我觉得如果是这样的话，我对你们教学秩序的扰乱可能是“情节显著轻微、危害不大”。

我今天要讲的是犯罪的构造，实际上就是说犯罪究竟是由什么组成的、是由什么构成的，这是多少年来刑法领域一直研究的问题，而且还会再继续研究下去。我想讲三个问题，最前面的问题讲得最简单，最后面的问题花的时间可能多一点。

一、国外对“犯罪是行为”这个命题的最新研究动向

第一个大问题讲国外的动向。“犯罪是行为”这个命题在刑法学的

发展过程中起到了一个很好的作用，它让我们把以前单纯所作的主观归罪排除在外，或者说像我们以前“文革”期间的很多现象——没有行为仅仅有思想也可能当犯罪处理这个现象排除在外。“犯罪是行为”这个命题，它的历史进步意义的确是不可否认的，而且我现在也还想维护这个命题。但是，国外有动向认为“犯罪是行为”这个命题是错误的。

换句话说，国外现在有这个动向是想推翻“犯罪是行为”这个命题。比如说，德国有学者就一方面通过举例，另一方面通过德语这种特殊的语言来否定这个命题。例如，汽车司机为了能够行驶更多的路程在夜间疲劳驾驶，经过一段时间之后他就睡着了，之后他的车就撞上迎面来的车，出现交通事故，导致对方受伤。这个情况不可能无罪，肯定是犯罪，轻一点是过失，重一点也可能被认定为故意犯罪，可是他的行为是什么呢？在德语中，“行为”这个词，尤其这个“Handlung”，它的意思是说一个有意图、有目的的举止才能叫行为。那刚才我讲的这个汽车司机，首先他在夜间疲劳驾驶的这个行为本身不是犯罪，因为疲劳驾驶本身没有造成任何结果，它不可能是犯罪。你说这个时候它是有意图也是可以的，目的是为了行驶更多的路程，但是这个时候它是不符合任何犯罪构成要件的。汽车司机后来睡着了，又把别人轧死，这是一个造成构成要件结果的行为，可是这个时候他不仅没有意图，而且可能连过失都没有。如果要坚持犯罪是行为这个命题的话，有的学者就会讲，他怎么能构成犯罪呢？只有前面的疲劳驾驶是行为，可是它不构成犯罪，后来睡着了，车撞了人，这个不叫行为；而且后来行为人睡着了之后，他哪里有什么故意和过失，于是就不能当犯罪处理，但是不当犯罪处理是不可能的，不能被人接受。

我们遇到很多案件的时候，凭着直觉和正义感，就会说应当按犯罪处理。像我刚刚讲的这个情形，不可能是无罪，所以有学者们就认为，不要说“犯罪是行为”。实际上按他们的原话来讲，汽车司机不是因为实施了违反规范的行为而受处罚或者受谴责，而是因为他没有实施符合规范的行为，没有实施符合规范的行为就表明这个犯罪不是行为本身。简单地讲，就是汽车司机的行为不符合规范，那不符合规范的地方到底在哪里呢？那就是说，既然汽车司机已经属于疲劳驾驶了，就不能再驾驶这个车。德国包括欧洲很多国家的确是这样的，很多车，尤其是大巴

车，它里面有电脑设置，这个车开了多少时间之后，你不休息的话，它是开不动的，目的就是为了保障乘客的生命安全，当然也有司机的生命安全在里面。所以，犯罪不是一个违反规范的行为，而是因为你没有遵守规范。按照规范，你疲劳的时候不应该驾驶而你驾驶了，且你的疲劳驾驶导致了死亡，你就要负责。

当然，他们还讲了很多例子。比如说，一个人到了一个卖珍贵花瓶的地方，一进去之后他就晕倒了，一晕倒就把珍贵花瓶打碎了。如果从客观上来看的话，这是一个毁坏财物的客观行为，这个行为是符合了故意毁坏财物罪客观要件的一个举止。我刚用的这个行为是我们习惯用的那个行为，但是在德语的语境下，晕倒把花瓶砸破不叫行为。因为刚刚讲行为必须是一个有意图、有目的的举止，但是也不可能说在店里面晕倒把花瓶砸碎这个举止肯定是无罪的。你不可能这么去讲，因为有可能他事先就准备了，提前吃点什么让自己昏迷的药，到店里之后刚好把人家的名贵花瓶砸碎，也可能是这样。

可是，他在吃这个使自己昏迷的药的时候还不是一个符合构成要件的行为，自己晕倒把花瓶砸碎的这个行为，造成法益侵害的结果，符合毁坏财物罪的客观构成要件，但是没有他们所要求的行为，以此来说明犯罪不是行为。在德语中德国的学者会怎么评价它，这是另外一回事。我是想说，我们面对国外这一动向时应当怎么去思考、去判断？我们要不要也说犯罪不是行为，我们是不是也否认“犯罪不是行为”这个命题？在德语中，“行为”和“举止”这两个词是不同的词，举止是可以没有意图、没有目的的，但行为这个词一定是有目的和意图的。但在汉语中未必如此，汉语中的“行为”不是说一定要有目的。“行为论”有很多，如果我们采取自然行为论，或者采取一种身体动作说，那你睡着的时候把人撞死，以及你晕倒的时候把花瓶砸碎，在汉语中，我们说它是一个行为，这个是没有障碍的。而我一直有一点难以理解，我一定要把它放在汉语的语境中去理解，如果我们特意说“犯罪不是行为而是举止”，这样在汉语的语境中有意义吗？我发现没有意义，这不就是一个话语的转换吗？有什么意义呢？这是没有意义的。我还在想，如果像刚才这种观点搬到我们国内的话，给我们的感觉就是所有的犯罪都几乎成了不作为。这个作为和不作为……（礼堂突然爆灯）我不知道

这是不是因为我的过错。（笑声，掌声）我觉得如果按照刚才所说的，犯罪都是因为他没有实施符合规范的行为，那么这样子给我一种感觉，就是好像所有的犯罪都是一种不作为。如果说所有的犯罪都是一种不作为的话，那我们审查这个犯罪的路径就不一样，因为我们审查一个作为构不构成犯罪的时候，我们是不需要考虑这个人有没有相应的义务的。但是如果是不作为的话，审查的路径就要与实践联系去判断，这个人是不是保证人，他有没有作为的义务？如果没有作为的义务，肯定他是不作为是不成立的。

另外，我还在想，如果说像刚才那两个例子，我们因为他没有实施法律所要求的那种举止就认定为犯罪的话，那么在故意犯罪的场合，尤其是在结果没有发生的场合，我们怎么样去判断“着手”？恐怕这也是一个很难的问题，而且还会出现违反“同时存在”的原则，即责任主义原则，就是讲“责任和行为同时存在”。那么刚才分析的观点，我觉得它会导致什么呢？就是说，只要你的行为造成了构成要件的结果，我就能判断你在某一个时点有责任，这就够了。但是认定责任这个时点的时候一定要在行为时，如果行为时没有责任的话，那是不能定罪的，除非我们要运用“原因自由行为”这种法理去解决它。

总的来讲，我的意思就是说，我们现在在汉语的语境下，不要否认“犯罪是行为”这个命题；而且联系到“文革”这段经历来看，如果我们否认“犯罪是行为”这个命题的话，可能会对刑事司法的认定带来很多问题，这是我想讲的第一个问题。

二、国内传统刑法学对犯罪构造的研究

第二个大问题讲国内的传统。我们国内的传统，用我的话来概括，就是说犯罪是客观危害和主观恶性的相加，把客观危害和主观恶性加起来就是社会危害性，社会危害性达到一定的程度，就具备了犯罪的本质特征。所以，我们即使是讲四个要件，那么最终也是把它分成客观和主观两个方面。说犯罪是主客观的统一也好，说犯罪是社会危害性，而社会危害性是主客观的统一也好，联系到某个客体上来说的确是有意

但是，我觉得，仔细一想的话，我们传统的这个观点有很多问题。比如说，主观与客观究竟是在什么意义上去讲？是在存在论意义上讲，还是在认识论意义上讲？事实上，我们并不清楚。比如说，责任年龄、责任能力是主观的吗？不管是从存在论意义上去讲，还是从认识论意义上去讲，它们都不是主观的，而是客观的。你说一个人究竟是已满 16 周岁，还是不满 16 周岁，都是不以任何人的意志为转移的，它当然是客观的，不是主观的。所以，我们在讲主客观统一的时候，这个客观、主观究竟是指什么，并不是很容易明确的。客观和主观要素究竟是起什么作用呢？它是干什么的？最让我产生疑问的是主体。主体里面有责任年龄、责任能力，还有自然人、法人等，它们起的作用是一样的吗？不一样！一个 13 岁的人把人杀了，我们肯定是说他的行为侵害了法益，不能说一个 13 岁的人杀了人，他的行为没有社会危害性，对吧！你不可以这么去讲。我们读书的时候，书上都是这么讲的：没有达到法定年龄的人实施的行为没有社会危害性。后来可能觉得这种说法不妥当，就改成了没有刑法上的社会危害性。但我想问，这种行为有民法上的社会危害性吗？有违反《治安管理处罚法》吗？《治安管理处罚法》的责任年龄也是 14 周岁，对吧！这一行为明明导致一个人死了，怎么说没有社会危害性呢？当然有。那为什么不处罚他呢？我们说那是因为他年纪小，我们不能谴责他，谴责他没有意义。

很显然，这个责任年龄就是讲责任，讲有没有可谴责性。责任年龄、责任能力这个词就是这么来的，也是来源于德国。那好，特殊主体是干什么的呢？特殊主体是表明你这个行为违法不违法，有没有害的。比如说，一个普通的大学生，没有和任何人、任何国家的工作人员有什么共谋之类的，他收了人家的钱，你能说他侵犯了国家工作人员职务行为的不可收买性吗？你能说他侵害了什么法益吗？没有！这表明特殊身份是干什么的？特殊身份主要就是表明你行为是不是侵害法益。我们主体的这个要素里面，有一部分是表明行为违法不违法，有没有法益侵害，有一部分是表明这个行为人值不值得谴责。这两个的功能和作用是不一样的，但都划归到主体里面去了，从而成了广义的主观要件。而且虽然说的是主客观的统一，但事实上有很多在我看来就是主观归罪，因为我们认为行为的性质内容是由主观故意、主观心理状态决定的。于

是，不管你利用什么动作，只要你当时有杀人的故意，那就说你的行为是杀人行为。比如说，你们在许多教科书上会看到行为人想杀人，本来想用砒霜的，结果没有砒霜就用了白糖，但是也要定杀人未遂，因为他有杀人的故意。可是我问的是，什么叫杀人的行为？杀人行为是足以致人死亡的行为，弄个白糖给一般的人吃，它能叫杀人行为吗？不能叫！对吧！

又比如说，在荒山野岭看到一个人，以为是仇人，一开枪，走近一看是稻草人，按照我们教科书上的说法也要定杀人未遂。可是人在哪呢？没有人怎么定杀人？对吧！而且这种做法会导致什么呢？任何正当的行为，你都会受到怀疑，因为任何你正当的举止，只要我查明你有杀人的故意在支配，你就是杀人行为。我今天上午还说了，当时是谁帮我倒的茶呢？是不是想放砒霜没放成，错放成茶叶了呢？（笑声）万一刑讯逼供，那一个杀人未遂就可能出来了。但我还是不怕的，照样喝了。（笑声）如果任何客观上正当的行为都会受到司法机关的怀疑，我们每一个人没有自由可言。而且，目前我们的做法是主观恶性和客观危害的相加（客观不足，主观补；主观不足，客观补），我加起来就可以了嘛！然而，我们很多案件处理起来就很困难。

再比如说，这是一个真实案件：甲想陷害乙，就跟乙说，我有海洛因，你帮我卖，卖了之后钱一人一半。如果是海洛因的话，价值总共600元。甲就跟乙说，这是我花钱买的毒品，你要什么时候卖给谁，一定要告诉我，要不然我不放心，乙说没问题。乙为了挣这300元钱，后来跟甲说我已经联系好了买主，哪一天几点我们在什么地方交易。乙跟甲打电话说了这个事情之后，甲就立即报警说几点几分在什么地方有人贩卖毒品。乙一直以为是毒品，但实际上甲给乙的是面粉，警察一到，把买毒品的人和乙都抓走了。乙也承认他是在贩卖毒品，买方也承认他是在买毒品，那按照我们现在的司法解释和学界通说，乙要定贩卖毒品罪未遂，因为他主观上是要卖毒品。可是定了乙，司法机关反过来想，这个甲应该怎么办？司法机关想整一整甲，就说这个事情就是他引起的，可是我们定他什么罪呢？你定不了贩卖毒品罪，为什么？甲知道自己给乙的是面粉，那甲是什么行为呢？严格地来讲，甲是诈骗罪的间接正犯，实际上乙是一个诈骗行为，客观上是一个诈骗行为，但是乙没有

诈骗的故意！甲是诈骗罪的间接正犯，诈骗的数额只有 600 元而且还未遂，因而司法机关觉得对甲和乙的处理不公平！

我要问的是，为什么这不公平？不公平是因为什么引起的？不公平是因为原本就不应当定乙贩卖毒品罪！因为客观上乙没有贩卖毒品的行为，你怎么可以把一个贩卖面粉的行为评价为贩卖毒品的行为？这是明显不妥当的。我们把一个原本不该定罪的人定罪了，然后又想把另外一个比他性质更严重的人要定罪，但实际上你是不可能定罪的。这不公平的原因不在于我们刑法理论有漏洞，而在于乙原本就不该受处罚。社会危害性是主观恶性和客观危害的相加这个说法，也的确存在太多的问题。我现在在参加一些案件讨论的时候，还听到有些人在讲，这个案件的客观危害性差一点，但是主观恶性太大了，综合起来看，社会危害性达到犯罪的程度，定吧！给我的感觉就是：60 分就定罪，现在客观危害性只有 10 分，这个主观恶性可能有 60、70 分，加起来 70、80 分，那就算良好的成绩或者优秀，这就要定罪了。（笑声）可是，客观危害和主观恶性怎么可能是一种相加的关系？我认为不可能是一种相加的关系。你说那个 13 岁的小孩把人杀了，客观危害还是有的，你不能说看他的年纪小，就把他的主观恶性减减分，然后看加起来多少，这不可能，这不是相加的关系，这是第三个问题的内容，下面我要大讲特讲。

最让我不可思议的是，我们先讲犯罪有三个特征、四个要件。三个特征是社会危害性、刑事违法性、应受刑罚处罚性；四个要件是主观方面的要件、客观方面的要件、主体方面的要件、客体方面的要件。如果四个要件都具备的话，三个特征就全有了；四个要件如果差一个，三个特征就都没了，好奇怪哦！你们想想评“三好学生”（德、智、体），按照逻辑，如果说评“三好学生”的话，第一好是“德”，满足其条件有两个：一是尊敬老师；二是遵守学校的规章制度；第二好是“智”，要求每门科都达到 80 分以上；第三好是“体”，要求每项体育都达标。这样加起来也有四个条件了，对不对？我们说现在评“三好学生”要求具备这四个条件，但不能说其中学生差一个“好”，“三好”都不好了，连“一好”也没有了。比如说，有个学生他总是迟到，可是他每门课都 90 分，体育都达标，我们能够说就因为他迟到，没满足德的要求，那智和体都没了吗？都不好了吗？不能吧！这个逻辑关系太清楚了。你

既然讲犯罪有三个特征，那接下来就应当说具备哪些要素就具备社会危害性，具备哪些要素就符合违法性，再具备哪些要素就符合应受刑罚处罚性。而现在来说，四个要件都具备了，三个特征就全有了，四个要件差一个，三个特征就都没有了，这就表明前面三个特征一定是一个东西，对吧！为什么四个要件差一个，而三个特征就都没了呢？这从逻辑上根本说不过去！你想想“三好生”就对了，怎么可能因为一个条件不符合，“三好”中的“一好”就都没了呢？我觉得这是一个很大问题。实际上，最根本的问题就在于我们国内的传统一直不区分违法和责任。

三、大陆法系国家刑法有关犯罪构造的通说

我接下来讲今天重点要讲的第三个大问题，它的大标题是大陆法系国家刑法有关犯罪构造的通说。

大陆法系国家刑法有关犯罪构造的通说是什么呢？犯罪是有责的不法。不法和违法这两个词在我们国内没怎么区分，在日本有一部分人区分它，有一部分人不区分它，但在德国是严格区分这两个词的。

大家都知道，德国犯罪的构造是三阶层：第一是构成要件符合性；第二是违法性，违法性实际上是讲一个反面的、消极的判断，就是你有没有违法阻却事由。构成要件符合性和违法性解决的是同一个问题，即你的行为是不是形式上为刑法所禁止、实质上侵害法益。只不过构成要件符合性是一个积极的、正面的判断，违法性是消极的、反面的判断，符合构成要件并且违法就称为不法，这在德国的语境中是严格区分的。所谓符合构成要件的违法是不法，很显然，这个是不以有没有责任为前提的。如果你们的脑子里想的是四要件的话，那么哪些要素表明不法呢？客观要件，还有主体要件里面的主体本身和特殊身份，这些构成要件是表明违法的；哪些是责任呢？当然，这个有争议，按照结果无价值论的观点，包括故意、过失、责任年龄、责任能力、违法性认识的可能性、期待可能性。因为，如果一个人不可能认识到自己的行为是违法的，相反，认为自己的行为是正当的而实施，表明这个人很有规范意识，你怎么能去处罚他呢？对吧！例如，一个人要在网上搞一种游戏，

他担心会违法，于是，他就把自己游戏的内容怎么玩，然后自己怎么去获利，请示一个中级法院的研究室，而且是书面的报告，中级法院研究室的答复是没问题，不违法！可是，他办了不到一个月，公安机关就把他查了，说他是开设赌场！公安机关有没有错？按照赌博的真实含义，按照司法解释，他的行为就属于开设赌场。那你现在要处罚这个人吗？要定他开设赌场罪吗？人家很有规范意识的，已经担心自己的行为可能违反刑法，人家才特意请示了中级法院研究室。那你回答错了，你怎么去处罚别人呢？这是没有违法性认识的可能性。

还有就是期待可能性。你们看很多书，不管它是红皮的，还是什么皮的。它在讲总论的时候，它是不讲期待可能性的，但是在讲重婚罪的时候一定有一段话：如果已婚妇女因为长期受丈夫迫害，或者被拐卖，或者是因为特大自然灾害流落他乡，走投无路的时候再结婚的，不定重婚罪。我要问的是为什么？第一，这个行为，四个要件哪一个不符合？对吧！你说它破坏了一夫一妻制的婚姻关系没有？破坏了，她有两个丈夫，对吧！前面一个，后面一个。第二，客观上她是不是有重婚行为？有！第三，主体肯定没问题。第四，她是不是知道自己有两个丈夫，有没有重婚的故意？有！她怎么可能不小心又找了一个丈夫，她也不是过失呀，对不对？明明故意嘛，对吧？（笑声）你说按照四个要件，她哪一个不符合？你看，强烈主张四要件没有？它的分则一定有这段话，那这段话为什么在重婚罪里有，别的就没有？别的罪一样会有。当然，在现代社会，没有期待可能性的情形的确很罕见，对吧！但就是有这种情形。

所以，你一定要区分不法和有没有责任。在具体说犯罪是有责的不法之前，我要先讲一个案例。一帮恐怖分子绑架了20名村民，把他们带到深山老林里面去，然后向政府提出极不妥当的要求或者说提出违法要求。政府是不可能答应的，并正在想办法怎么把这些恐怖分子抓走。恐怖分子的首领觉得政府已经不会答应他们的要求了，没有希望了。刚好这个时候来了一个过路人，恐怖分子的首领就把过路人抓住了，跟这个过路人说：如果你把1个村民杀了，我把你放掉，把剩下的19个村民也放掉；如果你不杀，我不仅要把你杀掉，而且还要把20个村民也杀掉！伦理学界的同志们讨论的就是过路人杀还是不杀？

我再演绎一下，把它分为两种情形：第一种情形是过路人刚刚把村民杀死，警察到了，把过路人抓住，恐怖分子我们就不谈了，那也抓住了，不管他们；第二种情形是过路人在杀村民的时候，那个村民为了保护自己的生命，把过路人杀死了，这个时候警察来了，把那个村民抓走了，恐怖分子我们也不管他们。不管你是法官、检察官、学生还是老师，让你同时思考这两种情形，让你同时办这两个案件，你会怎么想？我估计谁都会说这两个人都不应当定罪，对吧？你说你怎么给那个村民定罪呢？村民很无辜，看到人家杀自己，保护自己怎么会是错的呢？那你说你怎么定他罪呢？那你说前面那个过路人，你怎么定他罪呢？你要说比较也好，你想想看，杀1个人可以救20个人，不杀的话21个人都得死，对不对？而且他当时也没办法呀，他不杀，恐怖分子就把他杀了。两个人都无罪，但我觉得也不能说两个人都合法。怎么可能两个人都合法？这两个人相互杀对方的时候，怎么可能都合法？完全相反的行为，怎么可能都合法？大家可以把我讲的这段先放到心上，放在脑子里。我们究竟该怎么解决这个问题？

以我的观念，我想说的就是严格区分违法和有责。违法是什么呢？按照我的观点，就是一个客观的判断。凡是客观上造成法益侵害或者有法益侵害危险的行为，就是违法的。当然，是否造成法益侵害以及有没有法益侵害危险不是一个孤立的判断。比如，你正当防卫的时候把人打伤了，但是他要保护另外的法益，这个时候你是需要权衡判断的，这是另外一回事。我今天不讲这个问题。违法不违法不以你有没有责任为前提，不以你这个人值不值得刑法来谴责为前提。13岁的人杀了人也违法，只不过我们不能用刑法去谴责他。那么这样去理解犯罪的构造有什么好处？理由何在？我下面讲几点。

(1) 犯罪由不法与责任构成，具有哲学和社会心理学的根据。哲学上的用语跟我们法学不一样。哲学上讲责任的时候，有因果的责任和道德的责任。我要反复说明，哲学上的责任跟我今天讲的不是一个概念。我举两个例子大家就知道了：一个是甲有意识地将主人家的名贵花瓶打碎了，这里的“有意识”就相当于我们刑法上说的“故意”。另一个是一只猫把主人家的名贵花瓶打碎了。因果的责任在哲学上是讲什么呢？讲这个结果的发生是谁造成的，什么原因造成的？这称为因果的责

任，因果的责任就用来判断结果是谁造成的。那很简单，在这两个例子中，甲和猫都有因果的责任，实际上就相当于我们刑法上讲的都有法益侵害。不过，猫不是违法的主体，违法的主体是人。但是我们要知道，所谓因果的责任就是讲结果是由哪个原因造成的。我们通常的想法是，不能说这个花瓶是猫打碎的，这个原因还不算数，我们一定要找出是哪个人造成的。如果你有这种想法一定会造成冤假错案。实际上，花瓶碎了就是猫造成的，你不能否认。

道义的责任或者道德的责任讲的是什么呢？这责任是讲我们可以谴责谁，相当于我们刑法上讲的责任。例子中设定的是客人有意把主人家的花瓶打碎，那当然要谴责这个客人。但是，如果是猫打碎的，你能谴责它吗？你不能谴责猫，你谴责它有什么用呢？谴责一定要跟目的联系起来，所以，哲学上讲的一个事件、一个结果发生之后，我们先看因果的责任，然后再看道德的责任，你就能发现在刑法上一个讲违法或者是客观归责，一个是讲主观归责。一个违法，一个责任，刚好跟哲学是对应的。

在社会心理学上，我们要谴责一个人的时候，首先看他做的是不是坏事情，如果做的是好事情，我们一般人不会去谴责他。只有他做的是坏事情的时候，我们再去判断要不要谴责他。但有的人很好心，却做了坏事情，我们说“好心办坏事”嘛，对不对？那要不要谴责他？我不谴责他，他那么好的心给我做这个事情，我怎么能谴责他呢？对吧。我不是说，不管你是好还是坏，我就先判断要不要起诉，这个不符合我们人际交往的规则，不符合社会心理。

我在我的书和很多地方都讲过这个道理，三岁小孩都懂。在座的同学可以回忆童年，有小孩的同学可以回忆一下你的小孩。三岁小孩吃饭的时候，把碗摔在地上摔破了，妈妈就问你怎么搞的？天下的小孩，我都问过了，不仅包括中国的，也包括国外的，回答都一样，“我是不小心，不是故意的。”从来没有小孩说碗摔坏了真好（笑声），他知道碗摔破了是坏事，是不好的事。但是你不要谴责我或者不要谴责得太严厉，因为我不是故意的，责任比较轻，你看小孩都懂。

还有，今天上午，我在泉州市检察院举的例子。一个小孩踢了人家一脚，刚好踢这一脚的时候被他妈妈看到了，他妈妈就说：“你怎么搞