

JINENG ZHUYI XINGFA LILUN YANJIU



机能主义刑法理论研究

赖正直◎著



中国政法大学出版社

JINENG ZHUYI XINGFA LILUN YANJIU

机能主义刑法理论研究

赖正直◎著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

机能主义刑法理论研究/赖正直著. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 4
ISBN 978-7-5620-7460-1

I. ①机… II. ①赖… III. ①刑法—研究 IV. ①D914. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第085090号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	9.25
字 数	224 千字
版 次	2017 年 5 月第 1 版
印 次	2017 年 5 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

作者简介

赖正直，男，1981年1月出生，仫佬族，广西罗城人。2002年毕业于广西大学法学院，获法学学士学位；2006年毕业于厦门大学法学院，获法学硕士学位；2014年毕业于武汉大学法学院，获法学博士学位。现为广西壮族自治区高级人民法院刑二庭法官、广西法官学院教务处副主任。

人类文明的多样性，决定了法律文化、法治道路的多样性。作为具有悠久法律文化传统的东方文明古国和新兴的发展中大国，我们在社会主义法治建设过程中应当敞开心胸，虚怀若谷，学习、借鉴、汲取人类法治文明的一切优秀成果。党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出：“推进法治理论创新，发展符合中国实际、具有中国特色、体现社会发展规律的社会主义法治理论，为依法治国提供理论指导和学理支撑。汲取中华法律文化精华，借鉴国外法治有益经验，但决不照搬外国法治理念和模式。”这就要求我们在借鉴国外的理论和经验时立足中国实际，保持中国特色，遵循“洋为中

用”的方针，既不能故步自封、拒绝学习，也不能生搬硬套、“食洋不化”，而是要将西方法治的有益经验用于解决当前中国的现实问题。

正直同志是我院理论研究工作的年轻骨干。2010年，经组织批准，他考入武汉大学法学院攻读博士学位，主攻难度颇大的比较刑法学方向，并于2014年按期完成了博士论文《机能主义刑法理论研究》。在论文中，正直同志运用大量的外语原文资料，详细梳理机能主义刑法理论的来龙去脉，客观评价了机能主义刑法理论的优点和缺点，并指出机能主义刑法理论在强调刑法的实质解释、重视判例制度、主张国民参与司法等方面对我国具有借鉴意义。确实，机能主义刑法理论来源于现代社会学的知识谱系，强调刑法在社会控制方面的实用性，这与我国司法工作实务中经常提到的“发挥审判职能作用”，“法律效果与社会效果有机统一”具有内在的相通之处，这就印证了机能主义刑法理论确实可以在很多问题上给我们带来有益的启示。正直同志立足于当前法院所面临的刑法实质解释、指导性案例、人民陪审员制度改革这三个现实问题，将艰深晦涩的机能主义刑法理论阐述得深入浅出，较好地做到了“借鉴国外法治有益经验，但绝不照搬外国法治理念和模式”。

正直同志的论文即将由中国政法大学出版社出版，说明他的研究能力和研究成果得到了学术界的认可，我对此感到十分高兴，并欣然应允为其作序。希望正直同志再接再厉，

继续坚持钻研问题，争取多出优秀研究成果，为人民法院的审判事业和司法体制改革事业贡献更多知识和智力上的支持。
是为序。

广西壮族自治区高级人民法院

党组副书记、副院长

林金文

2017年2月21日

序	1
导 论	1
一、选题及其意义	1
二、国内外研究状况	4
三、研究重点与创新点	7
四、研究方法	7
五、本书的写作思路	8
第一章 机能主义刑法理论的产生	9
第一节 战后初期日本刑法学的状况	9
一、保守色彩浓厚，重视刑法的治安维持和伦理道德 维护机能	10
二、强调罪刑法定主义的形式性，要求对刑法进行 严格解释	11
三、以形而上学的论题为中心，关注刑法理论的体系建构 ...	13
第二节 平野龙一对战后刑法学的批判	14
一、要求进行刑法领域的价值转变	15

二、强调从实质上理解罪刑法定主义	18
三、倡导问题性思考	21
第三节 机能主义刑法理论的展开	23
一、刑法的法益保护机能	24
二、刑法机能的可替代性	31
三、刑法的谦抑性	33
四、法官决策行动论	36
五、判例的立法机能论	38
六、国民参与司法论	40
第四节 机能主义刑法理论的现实影响	43
一、机能主义刑法理论与日本《刑法修改草案》	43
二、机能主义刑法理论与日本裁判员制度	49
第二章 机能主义刑法理论的思想渊源	59
第一节 美国功能主义社会学	60
一、功能主义社会学的主要观点	61
二、功能分析方法对机能主义刑法理论的影响	73
五、社会行动理论对机能主义刑法理论的影响	79
第二节 美国现实主义法学	85
一、现实主义法学的主要观点	86
二、现实主义法学对机能主义刑法理论的影响	90
第三节 日本经验法学	95
一、经验法学的主要观点	96
二、经验法学对机能主义刑法理论的影响	100

第三章 机能主义刑法理论的新发展	106
第一节 机能主义刑法理论的几种发展趋势	107
第二节 所一彦的刑事法社会学	109
一、抗争处理学	110
二、从抗争处理走向共生	118
三、刑事司法的民主控制	123
第三节 前田雅英的实质犯罪论	126
一、实质犯罪论的概貌	127
二、实质犯罪论的内容	133
三、实质犯罪论的实现机制	141
第四节 松泽伸的新机能主义刑法学	148
一、丹麦现实主义法学的影响	148
二、机能主义刑法理论的两类型	153
三、新机能主义刑法学的展望	155
第四章 机能主义刑法理论的评价与借鉴	163
第一节 日本学者对机能主义刑法理论的批判	163
一、对机能考察方法及其运用的批判	164
二、对问题性思考的批判	166
三、对判例的立法机能的批判	168
四、对法官决策行动论的批判	170
五、对刑法的实质解释（实质犯罪论）的批判	173
六、对国民参与司法的批判	176
第二节 机能主义刑法理论的评价	178
一、机能主义刑法理论的短处	178
二、机能主义刑法理论的长处	185

第三节 机能主义刑法理论对我国刑事法学的借鉴意义	189
一、刑法解释理论的借鉴	189
二、刑法法律渊源的借鉴	192
三、刑事司法改革的借鉴	195
第五章 机能主义刑法理论与我国刑法解释理论	198
第一节 我国刑法学的形式解释论与实质解释论	198
一、形式解释论的主张	198
二、实质解释论的主张	202
第二节 机能主义刑法理论的启示	205
一、我国形式解释论与实质解释论之争的特点	205
二、实质犯罪论中的机能主义思想及其启示	208
第三节 问题性思考之下的刑法解释	213
一、刑法解释应重视问题性思考	214
二、合理的刑法解释有赖于制度保障	215
三、刑法解释的形式界限仍需恪守	216
第六章 机能主义刑法理论与我国案例指导制度	218
第一节 我国案例指导制度概况及存在的问题	218
一、我国案例指导制度的发展沿革	218
二、我国案例指导制度的规范性内容	220
三、我国案例指导制度存在的问题	222
第二节 日本判例制度的启示	225
一、判例是一种法律判断	226
二、判例是裁判理由而不是裁判依据	228
三、判例具有事实上的约束力	229

四、判例变更的慎重性	232
五、判例与学说的互动性	234
第三节 完善案例指导制度的思考	237
一、指导性案例的“裁判要点”应具有约束力	237
二、指导性案例可在说理部分引用,不宜作为裁判 依据引用	238
三、指导性案例具有事实上的约束力	239
四、指导性案例可以变更但需慎重	240
五、加强指导性案例与法学理论的互动	240
第七章 机能主义刑法理论与我国人民陪审员制度	242
第一节 我国人民陪审员制度与日本裁判员制度的比较	245
一、我国人民陪审员制度与日本裁判员制度的共同点	245
二、我国人民陪审员制度与日本裁判员制度的不同点	249
第二节 日本裁判员制度的经验及启示	258
一、在立法及实施法律前进行充分的讨论和准备工作	259
二、在制度设计上充分保障裁判员的独立地位	260
三、在司法审判实务中最大限度地尊重裁判员的法律 解释	261
第三节 完善人民陪审员制度的思考	262
一、我国人民陪审员制度实施中存在的问题	262
二、改善我国人民陪审员制度的若干思考	267
参考文献	271
后 记	285

导 论

一、选题及其意义

(一) 机能主义刑法理论概述

机能主义 (Functionalism), 亦称功能主义,^[1]本是现代西方社会学的一个理论流派。这一流派的理论把社会跟生物有机体相类比, 认为社会是由相互依存的各部分构成的整体系统, 各部分都在系统中承担一定的作用或功能, 研究社会现象应当注意研究其结构与功能。在 20 世纪 50 年代, 功能主义理论成了西方社会学中占统治地位的主流理论。在这一时期, 留学美国的日本刑法学者平野龙一深受功能主义理论的影响, 并将这一理论引入刑法学研究。平野龙一倡导对刑法进行“机能考察”, 同时吸收现实主义法学和经验法学的成果, 自觉地将刑法理解为一种社会控制手段。试图把刑法置于整个社会控制系统之下,

[1] “机能主义”与“功能主义”为同义词, 只是 Functionalism 的不同译法。鉴于在刑法学领域一般使用“机能主义”, 在社会学领域一般使用“功能主义”, 本书遵循各学科的学术用语习惯, 对涉及刑法学的概念使用“机能主义”, 对涉及社会学的概念使用“功能主义”。

以此分析刑法在社会现实中所发挥的作用及其界限。平野龙一借用社会学方法来分析刑法问题,呼吁刑法学尽快根据新宪法的价值转变完成从注重伦理道德的国家主义价值观向注重法益的个人主义价值观的转变,并从这一观点出发,主张在刑事立法中应以个人法益的存在与否来进行犯罪化和非犯罪化,继而提出了刑法机能的可替代性、刑法的谦抑性、法官决策行动论、判例的立法机能论、国民参与司法论等一系列主张。平野龙一的上述观点与“机能考察方法”(亦即功能主义社会学的“功能分析法”)密切相关,因而被称为“机能主义刑法理论”。^[1]机能主义刑法理论提出于20世纪60年代至70年代的,在20世纪80、90年代乃至21世纪初又取得了新的发展成果,其代表性的成果有所一彦的刑事法社会学、前田雅英的实质犯罪论、松泽伸的新机能主义刑法理论等。

(二) 机能主义刑法理论的借鉴意义

与传统刑法学相比,机能主义刑法理论的视角较为独到。它不仅考察了刑法所具有的机能,而且关注刑法机能在现实中得以实现的机制,故而能够得出不少发人深思的启示,带有鲜

[1] 在德国刑法学中,雅科布斯等学者也使用“机能主义刑法”或“机能主义犯罪论”之类的提法。但雅科布斯的“机能主义”指的是对社会规范的维护,即“保障与认为规范无效的意义表达相对抗”,是一种哲学知识背景的、旨在解决刑法的思想基础问题的理论,具有黑格尔主义特征;而平野龙一所提出的机能主义刑法理论直接来源于英美的社会学和司法哲学,是一种社会学知识背景的、旨在解决刑法的现实运行问题的理论,具有显著的实用主义特征。从结论上看,雅科布斯的机能主义犯罪论主张规范违反说,而平野龙一的机能主义刑法理论主张法益侵害说。并且,平野龙一提出机能主义刑法理论的时间也早于雅科布斯的“机能主义犯罪论”,两者之间没有直接联系,只是各自使用了一个相同的名称而已。参见[德]京特·雅科布斯:《行为·责任·刑法——机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,第101页以下;吴情树:“京特·雅科布斯的刑法思想介评”,载《刑法论丛》2010年第1期。本书主要研究以平野龙一为代表的机能主义刑法理论,不涉及雅科布斯的机能主义犯罪论。

明的现实主义和实用主义特征，对我国刑事法学具有借鉴意义。具体来说可以在以下三个方面得到借鉴：

1. 我国的刑法解释理论近来出现了形式解释论与实质解释论之争，这一争论明显受到了日本刑法学的形式犯罪论和实质犯罪论之争的影响。而实质犯罪论正是机能主义刑法理论的重要主张之一，实质犯罪论并不是孤立的理论，它与机能主义刑法理论的一系列观点密切相关。借鉴机能主义刑法理论的这些观点的合理之处，有助于我们正确看待我国刑法学中的形式解释论与实质解释论之争。

2. 我国已初步建立了案例指导制度，按照司法立场的法律渊源理论，今后的指导性案例有可能成为一种新的刑法法律渊源。但是，目前我国的案例指导制度还相当粗疏，对指导性案例的约束力和适用方式还缺乏可操作的详细规定，在这些具体的制度设计方面，有必要借鉴同属于制定法主义的日本判例制度。日本判例制度是在经验法学的影响之下发展起来的，而机能主义刑法理论作为经验法学在刑法领域的产物，其主张已经深深渗入判例制度之中。借鉴机能主义刑法理论对判例及其约束力的理解，有助于我们厘清将来完善案例指导制度时的思路。

3. 我国司法改革的目标之一是扩大人民群众参与司法的渠道，改革完善人民陪审员制度。我国真正开始普遍实行人民陪审员制度的时间并不长，与日本制定和实施裁判员制度大体上是同一时期。但是，日本的裁判员制度实施得比较成功，而我国的人民陪审员制度实施效果却不尽如人意。其原因在于日本的裁判员制度在建立之初深受机能主义刑法理论的影响，致力于维护裁判员在行使职权时的独立地位，在审判过程中切实贯彻了国民的规范意识。而我国人民陪审员缺乏独立行使职权的观念和制度保障，不能有效地将自己的意识贯彻到审判过程中，

以致对司法实务没有产生显著影响。今后应借鉴机能主义刑法理论重视国民规范意识的观点,在不可能对人民陪审员制度作大幅度修改的前提下,围绕加强人民陪审员独立行使职权的地位来开展改革工作。

二、国内外研究状况

(一) 国内研究状况

机能主义刑法理论是现代日本刑法学的一个重要理论流派,但在我国尚未见到有人涉足这一领域的研究。在中国知网中国期刊全文数据库和博士、硕士学位论文全文数据库中搜索以“机能主义刑法”为题的论文,仅见日本学者关哲夫《论机能主义刑法学——机能主义刑法学的检讨》一文(王充译,载《刑法论丛》2009年第1期)。有部分日本刑法学的中文译著提到了平野龙一或前田雅英的观点,但大多比较简单,不足以据此进行深入研究。李海东主编的《日本刑事法学者》(法律出版社1999年版)的第十四章“前田雅英”(张明楷执笔撰写)提到了前田雅英的实质犯罪论,张明楷教授的《刑法学》(法律出版社2011年版)、《法益初论》(中国政法大学出版社2003年版)、《刑法分则的解释原理》(中国人民大学出版社2004年版)、《罪刑法定与刑法解释》(北京大学出版社2009年版)、《犯罪构成体系与构成要件要素》(北京大学出版社2010年版)、《行为无价值论与结果无价值论》(北京大学出版社2012年版)等专著也提到了实质犯罪论,但都只是简要概述实质犯罪论在刑法教义学领域的结论性主张,并没有将实质犯罪论置于整个机能主义刑法理论的学术谱系中进行研究和评价。整体上看,除了对实质犯罪论略有涉及之外,我国刑法学对机能主义刑法理论的研究尚处于空白状态。

（二）日本研究状况

日本关于机能主义刑法理论的研究成果不少，但除了主张机能主义刑法理论的学者自身的论著之外，大多数是从某一角度出发对机能主义刑法理论进行介绍和评论，没有对其进行全面整理，难以呈现机能主义刑法理论的全貌。在笔者收集到的资料中，对本书写作具有较重要参考价值的有：

1. 平野龙一的著作和论文。平野龙一是机能主义刑法理论的首倡者，也是机能主义刑法理论最重要的阐述者，研究机能主义刑法理论的起源和发展，毫无疑问首先应从平野龙一的作品入手。平野龙一集中阐述了机能主义刑法理论的著作有《刑法的基础》（东京大学出版会 1966 年版）、《刑法总论》（Ⅰ、Ⅱ，有斐阁 1975 年版）、《刑法概说》（东京大学出版会 1977 年版）、《刑法的机能考察》（有斐阁 1984 年版）等。

2. 所一彦、前田雅英、松泽伸的著作和论文。所一彦、前田雅英、松泽伸是机能主义刑法理论最具有代表性的后继者，研究他们的论著，才能了解机能主义刑法理论的不同发展趋势以及在当前日本刑法学中的地位 and 意义。尤其是所一彦的《刑事政策的基础理论》（大成出版社 1995 年版）、前田雅英的《刑法总论讲义》（东京大学出版会 1998 年版、2011 年版）、松泽伸的《机能主义刑法学的研究》（信山社 2001 年版）是代表了机能主义刑法理论最新发展动向的成果，值得仔细研读和参考。

3. 中山研一的论文《刑法的机能考察方法及其问题点》（《法学论丛》第 81 卷第 2 号）。这篇论文实际上是平野龙一《刑法的基础》一书的书评，其中详细介绍了平野龙一提出的刑法机能考察方法，并做了批判性的评价。这篇论文内容翔实，观点鲜明，对研究机能主义刑法理论很有参考价值，但缺点是年代较久远，写于 1967 年，没有涉及机能主义刑法理论此后的新发展。