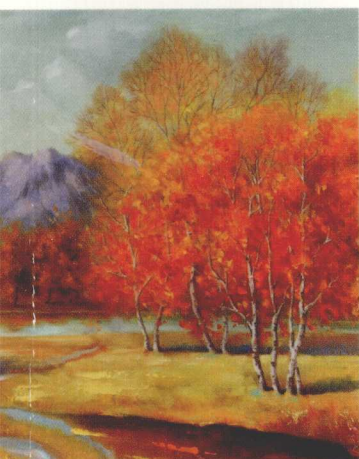


刑法客观主义 与方法论

周光权 著

中国刑法学派研究系列之二



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013049995

D914.01
59

刑法客观主义 与方法论

周光权 著

中国刑法学派研究系列之二



北航

C1658068



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法客观主义与方法论 / 周光权著. —北京: 法律出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4708 - 9

I. ①刑… II. ①周… III. ①刑法—研究 IV.
①D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 049074 号

中国刑法学派研究系列之二

刑法客观主义与方法论

周光权 著

责任编辑 易明群

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2013 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 23.25 字数 353 千

印次 2013 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4708-9

定价:46.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

周光权,男,1968 年生于重庆市江津区,现为清华大学法学院教授、博士生导师。1999 年毕业于中国人民大学法学院,获博士学位,先后任清华大学法学院讲师(1999 年)、副教授(2000 年)、教授(2005 年)、博士生导师(2006 年)。第十二届全国人大法律委员会委员;兼任全国十余家司法机关专家咨询委员、专家顾问。曾挂职任北京市人民检察院第一分院副检察长(2007 年 11 月至 2010 年 7 月)。2001 年 4 月至 2002 年 3 月,在日本名城大学法学部任客座研究员。

主要研究领域:中国刑法学、比较刑法学等。出版《注意义务研究》(中国政法大学出版社 1998 年)、《刑法诸问题的新表述》(中国法制出版社 1999 年)、《法治视野中的刑法客观主义》(清华大学出版社 2002 年,法律出版社 2013 年)、《刑法各论讲义》(清华大学出版社 2003 年版)、《刑法学的向度》(中国政法大学出版社 2004 年)、《刑法总论》(中国人民大学出版社 2011 年,第 2 版)、《刑法各论》(中国人民大学出版社 2011 年,第 2 版)、《刑法客观主义与方法论》(法律出版社 2013 年)等个人专著九部;合著、主编、参编《刑法学的现代展开》(与陈兴良教授合作,中国人民大学出版社 2006 年版)等刑法学著作二十余部。在《中国社会科学》、

《中国法学》、《法学研究》、《中外法学》等刊物发表论文一百五十余篇。

2002年获第七届北京市哲学社会科学优秀成果二等奖;2003年获第三届“胡绳青年学术奖”;2004年获清华大学“学术新人奖”(清华大学青年学术成果最高奖);2005年获第一届中国青年法律学术奖(法鼎奖)银奖;2006年获司法部优秀法学科研成果二等奖;2008年入选北京市社科理论人才“百人工程”;2010年获北京市“十大中青年法学家”称号。

总 序

最近三十年来,我国学者在刑法学研究方面所取得的成就有目共睹。但是,在合理借鉴国外(不仅仅是德、日,也包括英美国家)最新理论,以建构精巧的刑法学体系的同时,如何进一步和中国的具体国情相结合,立足于中国当下的社会现实,思考中国转型社会的特点,巧妙地回应社会需求,使刑法理论尽可能与司法实务相照应,可能是更需要深思的复杂问题。而在上述关键点背后,都明显隐含有一个刑法的“学派之争”如何展开、刑法基本立场如何定位的问题。必须看到,德国刑法学之所以在今天令人叹服,与20世纪20年代之前的客观主义与主观主义的全面交锋、20世纪中期开始的行为无价值论与结果无价值论之争密切相关。可以说,没有“学派之争”,就没有今天德国刑法学蔚为大观的理论构造。日本刑法学的发展也没有脱离这一规律。但是,在中国,从总体上看,刑法学者自身立场的一贯性还较为缺乏,没有一个统一的、基本的逻辑体系。例如,某些学者在分析疑难案件时,总是习惯于从主观要件切入;在论述行为论时,强调犯罪客观面的重要性,但对未遂犯的成立坚持主观立场;在涉及教唆犯时,赞成共犯独立性说或“二重性说”,主观主义明显成为指导观念。凡此种种,不一而足。立场的缺乏导致“学派之争”在

中国难以展开。虽然欧陆刑法上的“学派之争”是一个多世纪前出现的历史事实,但是,中国刑法学如欲取得长远发展,就不能无视这一事实,并要有展开“学派论争”的自觉。认识到这一点,对于当下中国刑法理论的发展尤为重要。

本系列之所以对刑法“学派之争”详加探讨,在很大程度上,是为了防止将刑法方法论的所有对立图式化,避免“快餐式”地理解主观主义与客观主义、结果无价值论与行为无价值论。收入本系列的四本书,前后之间存在一定内在关联性。《法治视野中的刑法客观主义》(第二版)和《刑法客观主义与方法论》从“学派之争”的原初意义出发,重点讨论立场定位问题,以确定思考刑法问题的出发点只能是客观主义的。其中,《法治视野中的刑法客观主义》(第二版)对客观主义与法治的关联性、与主观主义的对立点、中国刑法学与刑法客观主义之间的抵触、刑法客观主义的未来走向等问题进行研究。《刑法客观主义与方法论》则对运用客观主义立场的各种方法论进行研究,其中还涉及刑法客观主义与诉讼要求、证明标准等问题。《行为无价值论的中国展开》对行为无价值论的理论体系、与结果无价值论的对立、行为规范的性质、规范和法益的关系、行为无价值二元论与中国转型社会的暗合等问题进行探讨;同时,对在德国成为通说的行为无价值二元论,为何在日本成为少数说提出了一孔之见。《刑法学的向度:行为无价值论的深层追问》(第二版)则对行为无价值二元论理论构造中的行为人、规范、积极的一般预防等问题做了细致研究,对行为无价值二元论进行延伸思考。这四本书的侧重点不同,但基本上层层递进、环环相扣,且最终目标相同——旨在提倡、推进立足于客观主义立场的中国刑法“学派之争”。

我深知:在学术上,建构与批评是永无止境的循环。没有任何一种刑法理论是一劳永逸、“一网打尽”的。所有的刑法理论,无论自认为多么高明,也仅仅是一只“泥饭碗”,不是“金饭碗”。本系列充其量只是一个初步的讨论,是为刑法学的“中国学派”的建构打基础,也为未来的批评提供素材。

最后,需要说的是:对于刑法“学派之争”的重要性,无论如何强调都不为过。对于刑法学者而言,最值得记取的可能是:如果不确立刑法基本

立场,不能够自圆其说,理论体系充满任意性,缺乏内在秩序、逻辑,各种构想、观点、方法和基本立场相互交错,不能做到首尾一贯,中国刑法学的长远发展可能无从谈起。但是,如果能够有效避免上述缺陷,理论的发展就是值得期许的!

是为序!

周光权

2013年4月8日于清华园

序 言

征诸欧陆各国(除意大利稍微有些特殊之外),为实现法治目标,无不将刑法定位于客观主义立场。刑法客观主义特色在于:(1)着眼于外部的行为及其结果,而且客观化、类型化、抽象化的行为的存在直接决定了其理论上的基本取向。(2)犯罪行为可能是由有特殊素质或个体际遇的具体个人实施的,但是,刑法客观主义完全剥离了行为人之间的差异。(3)刑法客观主义的立场使得判断有依托,且判定标准明确,有助于保障人权、实现司法正义。刑法客观主义和主观主义的差别在于是否肯定对客观要素的判断具有优先于主观要素的地位;是否能够通过对客观要素的反复检验,来确保刑法思维的客观性。

虽然客观主义在总体上左右世界刑法潮流,但是,要真正实现刑法客观主义可谓知易行难。在实质地判断被告人是否有罪时,如何在方法论上确保客观要素绝对重要的理念,遵循先客观后主观的司法逻辑,是需要认真对待的刑法学难题。本书承接《法治视野中的刑法客观主义》一书,对刑法客观主义之下刑法方法论的总体面貌以及对某些问题的具体研究路径进行思考。我的基本观点是:如欲肯定刑法客观主义的逻辑,在认定行为是否构成犯罪时,就必须承认客观要素(行为及

其法益损害)绝对重要;在司法判断上,必须先确定行为人的客观行为,再判断其主观上有犯罪的意思;对于客观上没有法益侵害或危险的行为,必须得出无罪结论。

本书试图将上述立场贯彻到对所有刑法问题(包括定罪和量刑)的处理中。全书分为上、中、下三篇,分别讨论刑法客观主义与方法论展开、刑法客观主义与证据运用、刑法客观主义与刑罚适用等专题。贯彻刑法客观主义的过程,是对刑法方法论的合理运用,确保客观判断绝对优先的过程,也是刑事程序法观念在实体法上得以运用的过程。本书的核心内容是:合理的刑法理论必须顾及方法论的合理性,必须考虑刑事程序与司法逻辑,必须有助于解决某些司法难题,以最终实现保障人权目标。“实际上我们不仅要关注法律之善恶,还应该关心,如何运用法律方法把正义等价值送进法治的殿堂。”^{〔1〕}刑法的客观判断,不仅仅是如何看待因果关系的问题,与法益概念、刑法价值判断等问题有关,甚至涉及如何协调刑法基本立场、刑法方法论和司法逻辑三者关系的问题。我国刑法学应当坚持和发展客观主义,确立客观要素在犯罪论体系中的核心地位,确保客观判断优先,对行为进行分层次的、价值上的判断。因此,刑法客观主义、刑法方法论与刑事程序法之间经常存在“三位一体”的关系。

将刑法基本立场、方法论和程序法糅合在一起进行研究,源于我对刑事程序法的特殊情结。

1988年至1992年期间,我在四川大学法学院求学,得到著名刑事诉讼法学家左卫民教授的悉心指导。他不仅为我们讲授刑事诉讼法课程,而且在课余就我所感兴趣的程序法问题不吝赐教。我在1991年至1995年前后,在左卫民教授的指导下,还和他合作撰写过多篇刑事诉讼法方面的论文。左卫民教授独到的学术眼光、敏锐的思维令人印象深刻;对后学的提携,一直令我心存感激!

在1996年考入中国人民大学法学院之后,我对刑法和刑事诉讼法的一体性思考深受恩师陈兴良教授的影响。当时,正在北京市海淀区人民检察院挂职担任副检察长的陈老师对刑事程序法抱有浓厚兴趣,并亲身

〔1〕 陈金钊:“实质法治思维路径的风险及其矫正”,载《清华法学》2012年第4期。

参与主诉检察官制度、证据开示制度改革,他还就检警关系的合理构建、检察引导侦查问题等牵头做了一些调研。陈兴良教授将刑法问题和刑事诉讼法问题协调起来加以思考和研究的方法,对开阔我的知识视野有特别大的帮助。2007年年底至2010年6月期间,我在北京市人民检察院第一分院的挂职经历,更加深了我对刑法方法论运用、刑法与刑事诉讼法紧密关系的理解。由此,我对储槐植教授二十多年来所极力鼓与呼的“刑事一体化”的重要性也有了新的认识,对域外很多刑法学者同时研究刑事诉讼法,^[2]也就有了更多认同。

其实,只要我们稍加留心,就不难发现:刑法客观主义、刑法方法论和刑事程序法之间犬牙交错的问题比比皆是。在这里,以日本发生的一起案件加以说明。

被告人发现被害人在某公园的椅子上坐着与他人聊天时将随身携带的拎包放在身边,就暗想如果被害人不小心忘了这个包,就去拿走。结果,被害人离开椅子时,真的将包忘了。行为人在发现被害人走出27米左右时,感觉时机已到,就将包拿到旁边的公共厕所里,打开拎包从中取走现金。被害人在离开现场200米远处(2分钟路程),发现自己忘了拿包,返身回来找,后来在朋友协助下将行为人抓住。对本案,日本法院判决被告人构成盗窃罪,其中,一审法院的判决理由是,虽然被害人将本案拎包遗忘于公园椅子上,但被害人脱离对于本拎包现实的控制的距离与时间都极为短暂,在这期间,公园里几乎无人通行,被害人不仅对遗忘物场所有明确认识,对有可能拿走拎包的人也能猜得到,实际上也是如此。因此,在被告人拿走财物之时,被害人对财物的实际支配并未丧失,仍然继续保持对财物的占有。二审法院认为,被告人在被害人离开自己的财物仅仅27米之际就拿走被害人的财物,即便考虑到被害人暂时忘记拎包而离开现场的事实,也不能认为被害人失去对本案拎包的占有,故被告人在本案中的领得行为构成盗窃罪。^[3]对于本案,日本学者认为,法院

[2] 例如,德国罗克辛教授、日本刑法学大家平野龙一教授、团藤重光教授各自都有非常出色的刑事诉讼法教科书;台湾学者林钰雄教授也曾就对刑法和刑诉法的交错适用问题有深入研究(参见林钰雄:《刑法与刑诉法之交错适用》,中国人民大学出版社2009年版)。

[3] 参见日本最高裁判所(2004年)平成16·8·25刑集58卷6号,第515页。

直接根据被告人取得财物的行为时点时的状况,来判断被害人是否丧失占有,进而根据被告人在被害人离开 27 米就拿走被害人财物的事实,肯定行为人侵害了他人的占有,因而是妥当的判决。这和传统的解决进路不同。传统的思路是:对于从被害人离开财物的时间点开始直到发现自己遗忘物并回到遗忘场所的全部状况加以综合地检讨,据此判断该财物此时是否仍处于被害人的占有之下。但是,这里有一个刑法和刑事程序法交叉的问题。

对此,山口厚教授指出:传统思路面临“存疑时有利于被告人”这一刑事裁判原则的拷问。因为“即便是最大限度地考虑被害人与财物之间的时间、距离的隔离的场合,能否肯定被害人对财物的占有?与上述场合相反,在本判例中,在被告人实施取得行为的时点已确定的基础上,直接地采取了以该时点来判断被害人是否丧失占有的判断方法。可以说这种直接判断法才是本来的占有的判断方法。这是因为,只有取得行为之时点被害人是否丧失占有才成为问题,在取得行为实施完毕后,被告人即便又丧失占有,但盗窃罪一旦成立就即告既遂,也就不可能再说不成立盗窃罪了。”〔4〕

类似刑法客观主义和程序法交汇的问题,在犯罪论体系建构、刑法客观主义的实现、刑法谦抑性的确保、共犯处罚、认识错误、作为犯中保证人地位的错误、受贿罪的认定、量刑情节的评价等方面大量存在。这充分说明,刑法学研究在方法论上如果不考虑刑事诉讼法的要求,显然在深度上是有限的,也会和司法实务之间存在过大的鸿沟。因此,刑法学者需要着力防止刑法和刑事诉讼法“两张皮”的现象出现,不能在研究刑法学问题时只思考处罚必要性问题,只思考通过定罪实现社会治理问题,而需要结合现代诉讼理念来思考在运用刑法理论惩罚犯罪时,如何能够尊重和保障人权,实现刑诉法的程序价值。

最后需要说明的是,本书是一本刑法学著作,虽然其中部分问题涉入了刑事诉讼法领域,但基本切入点仍然是刑法学问题。本书所真正关心

〔4〕〔日〕山口厚:《从新判例看刑法》,付立庆、刘隽译,中国人民大学出版社 2009 年版,第 129 页。

的是,按照刑法客观主义立场,对犯罪的指控、认定如果要向刑法客观主义倾斜,就应该将犯罪客观要素置于优先地位,在对客观要素的证明达到确实充分的程度之后,再审慎提出被告人具有犯罪故意、过失的主张。因此,司法活动应该遵循从客观到主观的路径,即因合法权益受到了侵害或者威胁,并且证明是由人的行为造成时,才开始启动刑事诉讼程序。唯其如此,才能确保司法行为不出错,不会殃及无辜。即便在对刑法方法论的研讨过程中,偶尔涉及刑事诉讼法问题,我也只是在客观主义背景下思考哪些刑法问题如果不考虑诉讼现实或诉讼需要,就可能是难以妥善解决的。

周光权

2013年1月7日

目 录

上篇 刑法客观主义与方法论展开

第一章 刑法方法论的中国意义 / 3

- 一、问题的提出 / 3
- 二、必须充分认识方法论的重要性 / 5
- 三、刑法方法论中的关键问题 / 8
- 结语 / 20

第二章 刑法方法论与司法逻辑 / 22

- 引言 / 22
- 一、客观优先的刑法方法论与司法逻辑 / 24
- 二、分层次判断的刑法方法论与司法逻辑 / 31
- 三、实质判断的刑法方法论与司法逻辑 / 42
- 结语 / 44

第三章 客观归责论的方法论意义 / 46

- 一、作为归责理论的相当性说 / 47
- 二、相当性说与客观归责理论:同与不同 / 53
- 三、客观归责理论在方法论上的特殊意义 / 63

结语 / 75

第四章 刑法客观主义与共犯从属性说 / 77

一、共犯独立性说、从属性说、“二重性说”的争论焦点 / 78

二、我国共犯独立性说的问题点 / 82

三、共犯从属性说与我国刑法第 29 条第 2 款的规定 / 93

第五章 价值判断与刑法知识转型 / 96

一、事实判断和价值判断的逐步分离：学说史梳理 / 97

二、价值判断与中国犯罪构成理论的体系性重构 / 105

三、价值判断与中国刑法学具体知识的转型 / 114

结语 / 123

第六章 刑事指导案例制度的难题与前景 / 125

一、首批两个刑事指导案例的问题点 / 126

二、刑事案例指导制度的难题 / 132

三、中国刑事指导性案例的前景 / 140

中篇 刑法客观主义与证据运用

第七章 刑法客观主义与非法证据排除

——刑法和诉讼法的“交错” / 153

一、问题的提出 / 153

二、新刑事诉讼法非法证据排除规定的理解 / 154

三、非法证据排除：刑法观的转变 / 161

四、非法证据排除：方法论 / 168

第八章 刑法与控方证明责任 / 178

一、为什么要适度减轻控方责任 / 180

二、刑法立法与控方举证责任的减轻 / 183

三、刑法解释与控方证明责任的降低 / 191

四、余论 / 194

第九章 明知与刑事推定 / 199

一、分析前提:明知的种类 / 200

二、不能不当扩大推定“明知”的范围 / 205

三、替代司法解释上“应当知道”的表述的建议 / 209

第十章 受贿罪的认定与证明标准 / 217

一、股权转让与受贿罪的认定 / 220

二、合伙经营与受贿罪认定 / 223

三、借贷关系的判断与受贿罪认定 / 226

第十一章 渎职犯罪的指控难点 / 230

一、渎职犯罪实行行为的指控难点 / 231

二、渎职犯罪因果关系的指控难点 / 238

三、“徇私”指控上的难点 / 240

四、渎职罪共犯的指控难点 / 242

五、一罪与数罪的指控难点 / 243

下篇 刑法客观主义与刑罚适用

第十二章 量刑程序改革的实体法支撑 / 249

一、量刑基准的确立 / 250

二、量刑情节的相对性 / 256

三、逆向量刑情节并存时的处理 / 261

结语 / 265

第十三章 量刑上的禁止不利评价原则 / 268

一、序说 / 268

二、量刑上的禁止重复评价原则 / 270

三、累犯处罚与量刑上的禁止不利宣告原则 / 274

四、组织、领导黑社会性质组织罪的主犯量刑与禁止不利宣告原则 / 278

第十四章 禁止重复评价 / 283

一、问题的提出 / 283

二、通常的处理方式及其问题 / 286

三、对余罪的“综合评判”与禁止重复评价 / 290

第十五章 刑法客观主义与教唆犯的处罚 / 296

一、问题的提出 / 296

二、主、从犯区分的一般理论 / 297

三、造意者可以成立从犯的理由 / 299

四、具体案例：对造意不为首的注解 / 303

五、对若干反对意见的评析 / 307

第十六章 刑法客观主义视角下的立功 / 310

一、问题的提出 / 310

二、客观主义下立功情节法定化的疑问 / 312

三、现行法之下立功的认定：以协助抓捕同案犯为例 / 314

第十七章 刑法客观主义与犯罪数额计算 / 325

一、问题的提出 / 325

二、刑法客观主义的逻辑与犯罪数额计算 / 326

三、数额计算上不利刑法评价的禁止 / 335

结语 / 339

参考文献 / 340

索引 / 345