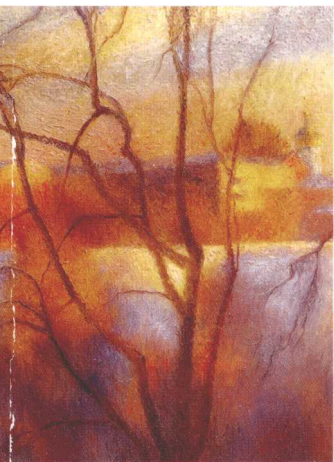


法治视野中的 刑法客观主义

(第二版)

周光权 著

中国刑法学派研究系列之一



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013052090

D914.01
08-2

法治视野中的 刑法客观主义

(第二版)

周光权 著

中国刑法学派研究系列之一



北航

C1659921



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D914.01
08-2

图书在版编目(CIP)数据

法治视野中的刑法客观主义 / 周光权著. —2 版.
—北京: 法律出版社, 2013. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4709 - 6

I. ①法… II. ①周… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 049176 号

中国刑法学派研究系列之一

法治视野中的刑法
客观主义(第二版)

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 2 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 25 字数 382 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 - 4709 - 6

定价: 48.00 元

(如有缺页或损坏, 请联系本公司负责退换)



北航

C1659921

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)、《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)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,都明显隐含着—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

第二版序

在中国刑法学中,对于刑法基本立场尤其是刑法客观主义这一重大问题,必须认真对待!

“刑法理论不过是一连串的‘主观与客观的迷思’。”^{〔1〕}初学刑法学的人,会视各种各样蔚为大观的理论体系为畏途。学习刑法,如同进入迷宫,往往知其然,而不知其所以然。为此,需要了解学派论争的来龙去脉。今天大陆法系刑法学内部的学派对立,主要体现在刑法学旧派范围内的结果无价值论(法益侵害说)和行为无价值论(规范违反说)的论争。这种“学派之争”与19世纪中后期刑法学旧派(特别是后期旧派)与新派的对立,已经不可同日而语。但是,今天的学派对立,仍然处于刑法客观主义、主观主义论争的延长线上。刑法客观主义和主观主义的理论基础不同,评价的重点、评价的方法也大相径庭,尤其在犯罪成立理论、未遂犯的认定与处罚、共犯从属性与独立性、盗窃罪、伪证罪的成立范围等问题上,两派的差异更为明显,这充分反映了不同时代的特色,以及人们对国家、社会与个人之间关系的不同理解。不研

〔1〕 许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第5页。

究学派对立,就不能理解当时的刑法学大家们思考 and 解决问题的方法论,就难以洞察学派之间的部分融合,从而难以深刻把握今天世界刑法学发展的总体潮流。

虽然刑法客观主义的相关理论在近年来得到大力提倡,但是,从总体上看,中国刑法学界仍然习惯于将刑法客观主义和“客观归罪”挂钩;认为刑法主观主义就是“主观归罪”,从而错误地运用过于形式化的“主客观相统一”来对刑法客观主义和主观主义进行完全不得要领的批评。在当代中国刑法理论中,由于我们继受的苏联刑法学理论在很长时期内处于唯我独尊的地位,一直被奉为金科玉律,所以,不同学派之间的论争事实上不可能存在。刑法学旧派、新派的观点也被我们简单地贴上资产阶级唯心主义刑法理论的标签了事。近年来,不断有学者提倡刑法学知识转型的重要意义。在刑法学知识转型过程中,学派论争所展示出来的问题意识、研究方法,很值得我们重视。中国刑法学如果想取得长足的发展,就必须理解学派之争的内容、正视学派之争的现实、挖掘学派之争对于中国刑法学的意义,从而提倡、鼓励学派之争。我们的确得承认“学术之盛需要学派之争”。^{〔2〕}

学派论争对于司法实务影响巨大。要在中国推行法治,就必须在司法实务上贯彻刑法客观主义。对于刑法客观主义与法治的关联性、刑法主观主义的危险性及其对法治的瓦解,在理论上无论进行何种繁复的研究都是必要的。福柯曾经指出,在19世纪末,刑事法理论上立足于新派的“伟大思想”是一种“丑恶可耻”的思想。^{〔3〕}虽然他的话可能说得重了一些,但是,刑法主观主义的问题点的确是我们不能忽视的,需要在理论上对其缺陷及对司法的危害充分加以揭示,对客观主义立场的合理性大加彰显。

基于上述考虑,我认为,于2002年2月由清华大学出版社出版的本书,虽然经过了十余年,但仍有经大规模修订后再出版的意义。

本书第二版仍然以法治立场作为参照系,全面检讨刑法学派论争

〔2〕 参见张明楷:“学术之盛需要学派之争”,载《环球法律评论》2005年第1期。

〔3〕 参见[法]福柯:“真理与司法形式”,强世功、孙小佳译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第15卷),中国政法大学出版社2004年版,第483页。

的得失,并试图为中国刑法学的未来发展提供可资参考的路径。在我看来,刑法客观主义追求案件处理的普遍性、确定性,防止刑法因人而异,正是建立法治国家的题中之义。就当下中国刑法学而言,不能动辄谈论刑法主观主义。世界范围内的实践证明,转变刑罚目的无力改变罪刑矛盾(犯罪猖獗、刑不压罪)状况,也无法收到控制犯罪的功效。而过分关注具体人和过分强调因人而异的刑法理论则极有可能被专制统治者所利用,刑法主观主义在德国纳粹时期被大加发挥,使刑法成为重视犯罪人动机的“意思刑法”就提醒人们对抛弃抽象化思考框架的刑法理论保持警惕。所以,研究欧陆诸国的刑法学派争论,是为了更加透彻地审视刑法学的“西方经验”,在此基础上,将值得我们借鉴的刑法学原理、方法与“中国现实”相结合,^{〔4〕}从而寻找出适合中国刑法学发展的理论进路。

本次修订,增加了十余万字,修改的幅度不可谓不大。这次修订主要涉及以下内容:(1)尽量吸收近年来国内外学者关于刑法客观主义、法治立场的最新研究成果。(2)吸纳哈耶克等人的观点,对实证主义和刑法主观主义的关系、唯科学主义方法论的错误进行更为深入的探讨。(3)在本书第一版中,受大塚仁教授的影响,将李斯特作为刑法主观主义者看待。但是,应该认为李斯特在犯罪论上属于刑法客观主义者,在刑罚论上属于主观主义者,本书就此进行了观点调整。(4)对于学派融合的最终结局,以及刑法客观主义最终取得优势的理由进行详尽分析。(5)对于我国刑法中的主观主义立场,从立法、司法和理论三个视角进行相当详尽的反思和检讨,并得出对于中国刑法的所有规定都应该朝着刑法客观主义的方向进行解释的结论。(6)对刑法客观主义的未来发展方向作出大致勾勒,提出本人的行为无价值二元论立场(犯罪是违反行为规范,进而侵害法益的行为),从而大幅度修正第一版认为犯罪是对社会伦理规范的违反及造成法益损害的主张,使得行为无价值二元论的理论边际更为清晰,刑法基本立场更为贴近客观主义。

最后,特别需要提到的是:本书第一版于2003年获得中国社会科

〔4〕 参见周光权:“刑法学的西方经验与中国现实”,载《政法论坛》2006年第2期。

学院第三届“胡绳青年学术奖”。该奖项有非常广泛的社会影响,我深知评审委员会将该奖项授予我,是对我的激励和鞭策。这也是我一直前行的动力!

周光权

2013年1月6日

目 录

绪论 “学派之争”对于刑法学发展的意义 / 1

一、学派之争的反思与告别“无史化”的中国刑法理论 / 1

二、刑法中令人困惑的“主观”与“客观” / 5

三、本研究的创新之处 / 8

四、研究方法及其相关问题 / 9

第一编 刑法客观主义与法治观念的契合

——主要基于“抽象性问题”的研究

第一章 刑法客观主义的基本观念:抽象性 / 15

一、刑法客观主义理论的谱系 / 17

二、刑法客观主义理论的核心概念:抽象人
与抽象行为 / 37

第二章 刑法客观主义的本体论主张:以抽象性为基 点 / 57

一、犯罪论的行为主义、现实主义 / 58

二、刑罚论上的一般预防论和报应论 / 76

第三章 刑法客观主义的基本目标:法治追求 / 80

- 一、基于抽象性问题的社会治理策略的重新设计 / 80
- 二、刑法客观主义与法治立场的关联性 / 92
- 三、刑法客观主义的问题点 / 104

第二编 刑法客观主义的反对派

——危险个体、社会防卫与法治立场的动摇

第四章 刑法主观主义的基本观念:社会本位与科学方法 / 111

- 一、刑法主观主义的立论基础 / 111
- 二、刑法主观主义的核心概念:“危险个体”及其知识考古学研究 / 125
- 三、基本方法论:刑法领域中“科学方法”的展示 / 141

第五章 刑法主观主义的本体论主张:以危险个体为基点 / 149

- 一、犯罪论的行为人主义、征表说 / 150
- 二、在对付犯罪技巧上的创新 / 166

第六章 刑法主观主义的“政策形成”目标及其危机 / 171

- 一、刑法主观主义的目标:保卫社会 / 172
- 二、“知识客观性”的追求及其与法治取向的抵牾 / 182

第三编 客观主义立场与刑法学的未来走向

第七章 立足于刑法客观主义的学派融合 / 199

- 一、学派论争的结局:刑法客观主义取得优势地位 / 200
- 二、国家观、知识社会学与刑法学派融合 / 210
- 三、刑法客观主义对“知识客观性”的吸纳 / 216

第八章 刑法客观主义继续发展的两个维度 / 219

- 一、刑法判断的对象:行为还是结果 / 220
- 二、刑法判断的步骤:实证方法论还是价值论 / 237

第九章 刑法客观主义之在中国 I:现状 / 242

- 一、刑法客观主义与中国刑法立法 / 243
- 二、刑法客观主义与中国司法实务 / 253
- 三、刑法客观主义与中国刑法理论 / 266

第十章 刑法客观主义之在中国 II:前景 / 305

- 一、结果无价值论的意义与不足 / 306
- 二、行为无价值二元论的初步展开 / 310
- 三、行为无价值二元论对客观主义立场的坚持 / 327
- 四、行为无价值二元论与中国法治建设的实际需要 / 345

附表 1 刑法客观主义和主观主义:总体对立 / 364

附表 2 刑法客观主义和主观主义:具体差异 / 366

主要参考文献 / 369

索引 / 377

绪论 “学派之争”对于刑法学发展的意义

在绪论中,我想首先对本研究的价值、国外对类似问题研究的状况、本书中可能涉及的基本概念、我所使用的研究方法以及创新之处作一个简单的交代,通过这些分析,我想表明:学派之争的存在对于刑法学的纵深发展具有根本性意义,中国刑法学研究如欲取得突破性进展,就不能对学派之争的历史、各学派所讨论的主要问题熟视无睹。

一、学派之争的反思与告别“无史化”的中国刑法理论

以史为鉴,才能谋求发展,此乃古训。所以,在国外的刑法学研究中,对于刑法思想发展史的研究一直都比较重视,专门进行这方面讨论的著作、论文为数不少。^{〔1〕} 在国外的一些教科书中,一般都会有专门的章

〔1〕 这方面有价值的文献,请参见〔日〕大塚仁:《刑法における新・旧两派の理论》,日本评论社1957年版,第18页以下;〔日〕庄子邦雄:《近代刑法思想史研究》,日本NTT出版株式会社1994年版,第41页以下;〔日〕沈川幸辰:“刑法学派之争”,载日本刑法学会编:《刑事法讲座》(第1卷),有斐阁1952年版,第20页;以及〔日〕内藤谦:“刑法学说史”,载中山研一、藤木英雄等编:《现代刑法讲座》(第1卷),成文堂1977年版,第124页。

节介绍刑法的发展史和刑法理论的发展史。在学者们看来,刑事古典学派与刑事实证学派以及受它们所左右的刑法客观主义和主观主义^[2]是整个刑事法上的指导性观念,而不只是刑法适用解释上的指导理念,其对刑事立法、刑法解释及适用、刑罚执行上的影响都超乎我们的想象。^[3]

但是,在中国刑法学中,对刑法思想发展史的研究一直是缺乏的。这主要是中国没有学派之争的历史,中国刑法学的发展在很多时候都与这一学科领域中历史转折的重大机遇毫无关联或者擦肩而过。

18世纪中叶由贝卡利亚发起的刑法思想改革运动影响了整个欧洲,但是,当时处于封建主义制度下的中国不可能产生启蒙思想,古典学派的刑法理论缺乏在中国生根发芽的社会土壤。此后,于19世纪末由意大利、法国、德国学者提出的近代实证主义刑法理论一时间也成了潮流,但是,中国刑法学对此理论体系及其与古典学派的激烈论战知之甚少、反应迟缓。虽然于20世纪初展开的刑法学中新旧两派的“学派之争”对20世纪30年代左右国民党时期的刑法学理论有一定的影响,^[4]但是其影响力毕竟有限,当时刑法学的研究动向主要还是致力于“建构”而不是论争,而且这种有限度的对立很快中止:一方面,从世界范围内看,在20世纪20年代以后,学派之争的激烈程度大幅度缓解。另一方面,极其重要的历史事实是,随着社会主义新中国的建立,旧有的法律思想体系基本上被抛弃,刑法“学派之争”之类的理论被划入资产阶级思想的范畴,自然不需要继承,刑法学以当时苏联的理论为模本进行建构,在社会主义刑法理论一统天下的状态下,学者们在个别问题上有分歧的情形会产生,但是绝对不会也不允许出现根本上对立的刑法观点;加之我们有几十年封闭发展的历史,对外国刑法制度的发展状况缺乏了解,更遑论把握其学派论争的态势。

在20世纪80年代改革、开放以后,随着对外交往的增多,国外刑法

[2] 关于刑事古典学派和刑法客观主义、刑事实证学派和刑法主观主义之间的关联性的论述,请参见本书第一章。

[3] 参见[日]下村康正:《犯罪论の基本的思想》,成文堂1960年版,第18页。

[4] 例如,当时的一些刑法学研究者(如蔡枢衡教授)就对日本以牧野英一博士为代表的主观主义刑法思想较为推崇。