



中华当代学术著作辑要



刑法的 基本立场

(修订版)



张明楷 著



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press



中华当代学术著作辑要



刑法的基本立场

(修订版)



张明楷 著



商务印书馆
The Commercial Press

2019年·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑法的基本立场/张明楷著. —修订本. —北京:商务
印书馆, 2019

(中华当代学术著作辑要)

ISBN 978-7-100-16065-0

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 095017 号

权利保留,侵权必究。

中华当代学术著作辑要

刑法的基本立场

(修订版)

张明楷 著

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北 京 冠 中 印 刷 厂 印 刷

ISBN 978-7-100-16065-0

2019年1月第1版

开本 787×960 1/16

2019年1月北京第1次印刷

印张 33½

定价:100.00 元

中华当代学术著作辑要

出版说明

学术升降,代有沉浮。中华学术,继近现代大量吸纳西学、涤荡本土体系以来,至上世纪八十年代,因重开国门,迎来了学术发展的又一个高峰期。在中西文化的相互激荡之下,中华大地集中迸发出学术创新、思想创新、文化创新的强大力量,产生了一大批卓有影响的学术成果。这些出自新一代学人的著作,充分体现了当代学术精神,不仅与中国近现代学术成就先后辉映,也成为激荡未来社会发展的文化力量。

为展现改革开放以来中国学术所取得的标志性成就,我馆组织出版“中华当代学术著作辑要”,旨在系统整理当代学人的学术成果,展现当代中国学术的演进与突破,更立足于向世界展示中华学人立足本土、独立思考的思想结晶与学术智慧,使其不仅并立于世界学术之林,更成为滋养中国乃至人类文明的宝贵资源。

“中华当代学术著作辑要”主要收录改革开放以来中国大陆学者、兼及港澳台地区和海外华人学者的原创名著,涵盖文学、历史、哲学、政治、经济、法律、社会学和文艺理论等众多学科。丛书选目遵循优中选精的原则,所收须为立意高远、见解独到,在相关学科领域具有重要影响的专著或论文集;须经历时间的积淀,具有定评,且侧重于首次出版十年以上的著作;须在当时具有广泛的学术影响,并至今仍富于生命力。

自1897年始创起,本馆以“昌明教育、开启民智”为己任,近年又确立了“服务教育,引领学术,担当文化,激动潮流”的出版宗旨,继上

2 刑法的基本立场

世纪八十年代以来系统出版“汉译世界学术名著丛书”后,近期又有“中华现代学术名著丛书”等大型学术经典丛书陆续推出,“中华当代学术著作辑要”为又一重要接续,冀彼此间相互辉映,促成域外经典、中华现代与当代经典的聚首,全景式展示世界学术发展的整体脉络。尤其寄望于这套丛书的出版,不仅仅服务于当下学术,更成为引领未来学术的基础,并让经典激发思想,激荡社会,推动文明滚滚向前。

商务印书馆编辑部

2016年1月

目 录

修订版前言·····	1
序说·····	4
第一章 学派之争:旧派与新派·····	14
一、旧派与新派的产生·····	14
二、旧派与新派的基本对立·····	50
三、中国刑法理论的现状·····	65
第二章 犯罪论:客观主义与主观主义·····	75
一、序说:客观主义与主观主义的区别·····	75
二、传统观点:主客观相统一·····	79
三、现行刑法:客观主义立场·····	93
四、本论:刑法理论与审判实践的方向·····	105
第三章 构成要件论:形式解释论与实质解释论·····	118
一、构成要件论之概述·····	118
二、实质的解释论之提倡·····	134
三、实质的解释论之贯彻·····	158
第四章 违法性论:行为无价值论与结果无价值论·····	187

4 刑法的基本立场

一、序论:违法性的本质与根据	187
二、争论:行为无价值论与结果无价值论	202
三、方向:贯彻结果无价值论	228

第五章 责任论:规范责任论与功能责任论

一、概述:责任的概念与本质	243
二、基础:决定论与非决定论	257
三、争论:规范责任论与功能责任论	268
四、方向:规范责任论的运用	285

第六章 未遂犯论:客观的未遂犯论与主观的未遂犯论

一、处罚根据:客观的未遂论与主观的未遂论	294
二、着手:客观说与主观说	306
三、不能犯:客观主义见解与主观主义见解	321

第七章 共犯论(Ⅰ):犯罪共同说与行为共同说

一、争议领域与讨论旨趣	351
二、完全犯罪共同说与部分犯罪共同说	362
三、前构成要件的行为共同说与构成要件的行为共同说	376

第八章 共犯论(Ⅱ):共犯从属性说与共犯独立性说

一、前提:正犯与共犯的区别	393
二、学说:共犯从属性说与共犯独立性说	402
三、二重性说:不可思议的学说	413
四、独立性说:缺乏实质根据的学说	424
五、结论:共犯从属性说	429

第九章 罪数论:日本路径与德国路径	438
一、罪数论与竞合论的区别何在?	438
二、能否以竞合论取代罪数论?	449
三、如何构建我国的罪数理论?	459
第十章 刑罚论:报应刑论与目的刑论	468
一、概述	468
二、报应刑论	472
三、目的刑论	487
四、并合主义	512

修订版前言

刑法是时代文化的一面镜子,是社会道德的晴雨表,是社会意识的忠实反映。刑法总是紧跟时代的步伐,敏感地反映着社会结构以及国民价值观的变化。对刑法的理解总是从解释者自身视野所感知的社会环境和文化背景开始的,解释者只能根据不同的时代需要和不同的文化背景从事理解活动。《刑法的基本立场》于2002年3月出版发行。过去的15年里,我国的刑事立法、刑事司法以及刑法理论发生了明显变化,所以,我不得不对《刑法的基本立场》补偏救弊、纠误订正。

刑法学不是真理的判断,但是刑法学者应当有追求真理的态度。刑法学中不存在绝对正确解释的逻辑,各种解释结论与学术观点都是一种假设,而不可能是最终的权威构建。如果我们以顶礼膜拜取代追求真理的态度,我们的刑法学研究就不可能有所进展。和其他人文社会科学一样,刑法学总是在强势理论逐渐衰退、弱势理论逐渐强势然后再逐渐衰退、新的弱势理论再逐渐成为强势理论的过程中向前发展的。所以,刑法学的发展,不仅需要弱势理论,而且需要弱势理论由弱变强。与维护强势理论相比,将弱势理论发展为强势理论,对刑法学发展所做出的贡献更大。

刑法是正义的文字表述;刑法之所以生机勃勃,就是因为其中蕴藏着正义。但是,正义的脸变幻无常,要彻底认清和精确描绘刑法这张脸确实太难,要完全看清和准确领会刑法这张脸上的各种表情、感情与心情委实不易。不仅如此,我们还必须承认,人不可避免地会有人性的成

2 刑法的基本立场

见、褊狭和自私,而且我们总是倾向于维护自己的立场与观点。然而,我们必须有表述正义的意愿,有伸张正义的良心。即使我们选择的结论获得别人的同意,也不可掉以轻心,更不能固执己见,因为正义随时可能呈现不同的面貌,法条随时能够产生崭新的含义。

刑法学是一种价值判断,但这并不意味着所有的价值判断都同等地合乎情理,更并不意味着人们可以随其所好地接受任何价值判断。因为刑法学的价值判断,并不是与他人无关的个人喜好,而是一种严肃的道德价值判断、法律价值判断,不可能由个人的价值判断所左右,而是需要各方的争辩,尽可能形成一般人可以接受的结论。刑法学的价值判断特征与批判性思考完全一致。任何一个解释者都需要把问题和争议议题视为令人兴奋的挑战,而不能视为对自我的损害或者威胁。争论、批判、反省在刑法学研究中起着特别重要的作用。

刑法学是充满了争议的学科。在任何刑法问题上,刑法学人总会站成意见相左、立场不同的两个队伍;或许有时两个队伍的长度相当,但更多的时候则是一个队伍长、另一个队伍短。刑法学不同于自然科学,我们每个人都自觉或者不自觉地将个人的生活经历与命运融入到自己的研究结论中。虽然每个人的研究都是自由的,但同时也是被自己的生活经历与命运决定的。每个人站在哪一个队伍、选择哪一种立场都是基于各种各样的原因与理由,在此意义上说,每个人的立场与观点无所谓对与错,也不存在好与坏。刑法学研究不是单个人的独白,而是群体性的事业,我们需要对他人的思想感兴趣,应当专心地阅读对方的文献,耐心地倾听对方的声音,即使对方往往强烈反对自己的观点。事实上,正是因为有两个队伍、有两种声音、有强弱相撞、有相互批判,才使刑法学得以繁荣和发展。

《刑法的基本立场》修订版与第一版一样,旨在提倡学派之争,促进学术批评。修订版与第一版的基本立场没有不同,但部分具体观点

却有明显差异。第一章至第三章的基本观点没有变化,但仍然进行了诸多修改。第四章所表明的依然是结果无价值论的立场,但具体内容与第一版并不相同。第五章是新增加的责任论,其中论述了责任主义的宪法根据,肯定了责任主义是宪法原则,同时站在非决定论的立场,论证我国刑法采取了规范责任论,并对功能责任论持否定态度。第六章关于未遂犯论的观点没有变化,但具体内容有不少修改。第七章是关于犯罪共同说与行为共同说的讨论,第一版采取了部分犯罪共同说,修订版则采取了行为共同说,因此,本章的内容完全不同于第一版的对应内容。第八章是关于共犯从属性与共犯独立性的讨论,与第一版一样,修订版也采取了共犯从属性说的立场。第九章的罪数论是新增加的内容,主张借鉴日本的罪数论来构建我国的罪数论体系,反对以德国的竞合论取代当下的罪数论。第十章的刑罚论讨论了刑罚的正当化根据,虽然立场与第一版相同即采取了并合主义,但内容完全是重新撰写的。

刑法学的整体发展依赖学术批评,研究者个人的学术进步也依赖学术批评。我特别期待读者能够发现本书的遗漏与缺陷,衷心感谢读者对本书提出批评与建议!

本书是清华大学自主科研项目《刑法的基本立场再研究》的最终成果。由衷感谢清华大学自主科研计划资助!

张明楷

2017年10月10日于清华明理楼

序 说

不知道因为什么,也不知道为了什么,从开始接触刑法的那一刻起,我便对学派之争兴趣浓厚。在课堂上听到尊敬的老师介绍学派之争时,一定会完完全全地记录;在图书馆见到高深的著述论评学派之争时,肯定会原原本本地抄录;在教室里遇到可爱的学生寻问学派之争时,注定会高高兴兴地陈说;在著述中想到争议的问题涉及学派之争时,必定会痛痛快快地陈述。学派之争驱使我寻思他人学说的实质,追问自己观点的根基。因为各种学派皆有其理论根基,并据此展开具体学说。所以,每当听到、看到某种学说时,我定会三思其根本意图;每当提出、主张某种观点时,我总要数虑其基本立场。久而久之,便不断追问自己:你是属于新派还是属于旧派?抑或属于一种不新不旧的折中派或亦新亦旧的综合派?你的具体观点与基本立场是否自相矛盾?你在各种不同问题上的观点是否彼此冲突?^①学派之争促使我发现了刑法解释的奥妙,初懂了刑法解释的方法。随处可以看到的现象是,对于同样的条文、同样的用语,不同学派的学者可能有理有据地做出完全不同的解释。例如,德国刑法第 228 条规定:“被害人同意的伤害行为不处罚,但以行为不违背善良风俗为限。”何谓“违背善良风俗”?行为无价值论者认为,从行为是否违反法秩序特别是根据行为人的动机进行判断;结果无价值论者主张,根据攻击的强度、伤害的程度以及行为的

^① 尽管如此,我也不敢断定自己的各种观点之间没有任何冲突,基本立场与具体学说之间没有任何矛盾。

持续性进行判断。^①再如,日本民法第 85 条规定:“本法所称之物指有体物。”日本刑法对财产罪的规定则没有言明其中的“财物”是有体物还是无体物,但刑法分则在规定“盗窃罪与强盗罪”的第 36 章的最后一条规定:“就本章犯罪,电气也视为财物。”主观主义者牧野英一教授指出,本条为注意规定,故电气以及像电气这样的其他无体物均为刑法上的财物;而客观主义者平野龙一教授则认为,本条乃例外规定,即刑法上的物原则上仅限于有体物,但刑法例外地规定电气也属于财物,故电气之外的无体物不属于刑法上的财物。^②两位大家之所以做出完全相反的解释,大体是因为前者强调社会防卫,后者重视自由保障。更令人惊讶的是,对于日本 1906 年受新派刑法理论影响所制定的刑法典,二战后的日本刑法理论与审判实践通常是在旧派刑法理论指导下解释的。我由此体会到,虽然解释结论不是无限的,但解释方法却是无穷的;判断何为真诠、何为真释,不仅要看是否符合文义,而且要看是否符合正义。所以,在人们批判某个条文、用语不当时,^③我总是试图进行

① 参见〔德〕Albin Eser:《违法性与正当化》,〔日〕西原春夫监修,成文堂 1993 年版,第 140 页。

② 参见〔日〕早稻田司法考试研究室:《刑法各论》,早稻田经营出版 1990 年版,第 102 页以下。

③ 大陆法系国家不同学派的学者一般不会因为所谓刑法条文不合己意便批判刑法,相反总是将刑法条文解释得符合己意。如果没有或者不可能将刑法条文解释得符合己意,就必须放弃己意。因为没有“学者之意高于法律之意”的道理。也许受这种现象的影响,我不愿意批判刑法。我国学者批判刑法时,也不过是在批判刑法用语不明确、不妥当。其实,解释的必要性就在这里,刑法学正是要通过各种解释方法使不明确、不妥当的用语变得明确、妥当。明确的、妥当的用语根本没有解释的必要。法律概念大体分为四大类:一是数的概念,二是分类概念(记述的构成要件要素),三是机能概念(规范的构成要件要素),四是纯粹的价值概念(如“违反善良风俗”“违背良知”等)。数的概念最明确,刑法学上基本不予解释,有谁还解释说“‘三年以下有期徒刑’中的‘三’是指三个一相加的和”呢?对于分类概念,刑法理论虽然也作些解释,但一般不会产生太大的分歧。倒是后两类概念总存争议。但又有谁能担保说“我可以起草一部刑法典而不使用这两类概念”呢?意欲一部刑法绝对明确、绝无疏漏、绝无争议,只不过是幻想而已。既然如此,与其动辄批判刑法,不如反复解释刑法。

合理解释,使刑法用语体现实质正义。例如,人们常常批判我国刑法第20条第3款使用“行凶”一词不当,因为在并非罪名的“行凶”后列举的“杀人、抢劫、强奸、绑架”皆为罪名,非罪名的用语何以能和罪名并列呢?我不习惯于批判刑法,也不随意主张修改刑法,便做出了这样的解释:刑法第20条第3款规定的防卫对象只能是严重危及人身安全的暴力犯罪(不是罪名),于是刑法从两个方面作了例举:一是犯罪行为的方式即行凶;^①二是犯罪行为的性质即杀人、抢劫、强奸、绑架等。通过行为方式与行为性质的例举,可以使司法机关更加明确“严重危及人身安全的暴力犯罪”的范围。而且,“行凶”一词还可以涵盖那些性质不明、界限不清,但又严重危及人身安全的暴力犯罪。这样解释似乎不至于将刑法第20条第3款大骂一通、猛批一顿。我一直认为,刑法典是正义的文字表述(其他成文法也是如此)。我不敢定义正义是什么,但我知道什么是正义的;所以,我习惯于尽量以善意将条文、用语(不管有无争议)朝着正义的方向解释(当然必须说明解释过程,并且不得超出刑法用语可能具有的含义、不得损害国民的预测可能性);^②我不喜欢夸大实然(现行刑法条文)与应然之间的距离,而是愿意使实然接近、贴近应然(当然不是说存在的就是合理的,也不是说不追求应然,而是通过解释实然来追求、实现应然),试图采用各种适当方法将刑法解释为良法、正义之法。

显然,对刑法学派之争的兴趣并不能成为我主张中国应有刑法学

① 至于应否将“行凶”限定为使用凶器的暴力行为,则是另外一个问题。

② 本书认为现行刑法采取了客观主义立场、结果无价值论、并合主义。读者很可能认为本书的理由并不充分;事实上,任何学者都有能力找出现行刑法采取主观主义、行为无价值论、目的刑论的理由或根据。但是,由于本书认为客观主义、结果无价值、并合主义在当下的中国更为合理,也更符合中国的国情、人心,便得出了这种结论。可见,这里并不只是各种主义、学说能否在刑法上找到充分根据的问题。

派之争的重要理由,更不能成为这一主张的唯一理由。

学派之争可以将理论研究引向深入。刑法理论对诸具体问题的不同看法,源于对刑法性质、机能的不同认识。但是,如果一位研究者没有学派意识^①,便可能忽视自己的具体观点与基本立场的关系,进而导致具体观点与基本立场相冲突;或者所提出的各种具体学说表面上相一致,但实际上与各自背后的基本立场相冲突。学派的形成会迫使研究者思考自己采取了何种立场、属于哪种学派,从而保持理论的一致性、协调性。学术需要批判。对一种观点的批判无疑是对该观点的重视,如果一种观点连被批判的价值也没有,就说明它没有任何意义。批判可以促使对方完善自己的观点,因为受批判的一方为了坚持自己的学说,不得不使自己的学说更有说服力;批判也可能促使对方放弃不合理的观点,因为受批判的一方如果不能提出更充分的理由,则必须放弃自己的观点;批判还能促进批判者的理论完善,因为批判者在批判对方的缺陷时,必然思考自己的学说是否存在类似缺陷。我国刑法理论中的批判的确不少,即使自己完全同意他人的观点,也要批判他人的理由不充分,于是补充一两点(或许完全没有必要补充的)理由。可是,刑法理论上的批判往往是零散的、表面的;缺少针锋相对、没有追根溯源。甚至在许多场合,只抓住对方的一点进行批判,而不评价其他合理性。例如,有人主张,犯罪未得逞是指犯罪目的没有实现,并声称,这里的犯罪目的不包含刑法分则所规定的“以……目的”。而批判者总是说:目的说不能说明刑法分则规定的目的没有实现时也成立既遂的现象。我想,如果形成学派之争,刑法理论的批判一定会系统化、实质化,从而不

① 所谓学派意识,不单是指学者们应当促进学派的形成,更重要的是指清楚地意识到自己理论的核心;不要轻易动摇自己的基本立场;对具体问题的看法与处理应当与基本立场相一致;面对他人的学说时应当审视其背后的根基;如此等等。

断地推翻过时的理论,不断地提出崭新的学说,敦促刑法学的繁荣。写到这里,想起了张五常先生所说的“一种理论可能被推翻时才具有价值”的观点。张五常先生指出:“假若读者问:在整个科学方法的结构中,哪一点最重要?我会毫不犹豫地回答:理论的推测一定要‘可能被事实推翻’。不可能被事实推翻的理论,是没有解释能力的。可以说,所有实证科学(empirical science)的主旨,是要创立一些可能被事实推翻的句子或言论来作推测。换言之,科学不是求对,也不是求错;科学所求的是‘可能被事实推翻’。可能被事实推翻而没有被推翻,就算是被证实(confirmed)了。……不可能被事实推翻的理论之所以没有解释能力,是因为这样的理论不可以被事实证明。……可能被事实推翻是重要的。但假若一个理论的推测被事实推翻,我们只有两个选择。其一是将现有的理论放弃,另创理论;其二是设法附加条件以资挽救,但……这样挽救理论须付代价,而代价是不应过大的。今天可能被事实推翻而没有被推翻的理论,明天可能晚节不保——这是科学进步必有过程。但今天还没有被推翻,在今天也就有其用场。解释现象的用场是衡量理论的最重要准则。理论是不应该以对或错来衡量的。”^①如果存在学派之争,各个学派必然会想方设法推翻对方的体系与学说,结局是每个学派都必须补救原来的理论或者创建崭新的理论。当然,刑法的解释不是真理的判断,而是价值的判断;因此,几乎在任何一个问题上,都会出现两种以上的对立结论;但是,任何对立结论都不可能像自然科学的对错那样清晰可见。也正因为如此,我们才需要追溯到各种结论背后的基本立场,从而伸展到刑法观、国家观、世界观的争论,进而将学术引向深入。

学派之争可以使刑事立法更为完善。成文刑法是正义的文字表

^① 张五常:“经济解释”(连载),载《21世纪评论》,2001年6月4日,第22版。

述,是民意的真实体现,刑事立法过程是将人民意志法定化的过程。但是,事实上人民不可能人人直接参与立法,立法机关本身也并非亲自起草刑法,而是由有关部门组织专家、学者起草后,经过法定的审议,再提交立法机关通过、颁布。起草过程中,不同的学派之间的争论、协商,有助于审视哪一种原则更符合正义,省察哪一种规则更体现民意。草案形成后,不同学派的专家、学者都会从各自的基本立场发表意见,从而推动草案的改进,促进刑法的完善。兹举一例:德国旧刑法(1871年)规定短期自由刑的最低刑期为1日,在此后的刑法修改过程中,各种党派、学派就短期自由刑的期限、存废等展开了激烈争论。1962年的政府刑法改正草案将短期自由刑的最低刑期提高到1周。这是因为该草案基于道义责任论的立场,首先考虑了报应、赎罪的需要。而1966年由学者们起草的刑法改正草案则完全废止了不满6个月的短期自由刑,并代之以罚金、公益劳动等措施,这是由于草案基于社会责任论的立场,首先考虑了回归社会、特殊预防的需要;而司法行政当局则认为,不能完全废止短期自由刑,但应否定不满1月的短期自由刑;律师联合会刑法委员会既有支持1月以上的短期自由刑者,又有支持完全废止不满6个月的短期自由刑者。^①争论的结局是,1975年的德国刑法采纳了并合主义立场:一方面规定自由刑的最低刑期为1个月(第38条),另一方面规定判处短期自由刑属于例外情况(第47条):“(1)法院根据犯罪和犯罪人人格具有的特别情况,认为必须判处自由刑才能影响犯罪人和维护法律秩序时,可以判处六个月以下的自由刑。(2)本法未规定罚金刑和六个月或六个月以上自由刑,又无前款必须判处自由刑的情况下,法院可判处其罚金。本

^① 参见〔日〕内藤谦:《联邦德国新刑法的成立——与改正刑法草案的比较研究》,成文堂1977年版,第104页以下。