

张明楷 著

刑法格言的展开

(第三版)

*Interpretation of
Criminal Law Maxims*



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



刑法格言的展开

*Interpretation of
Criminal Law Maxims*

上架建议：法律/刑法/法理

ISBN 978-7-301-21613-2



9 787301 216132 >

定价：49.00元

责任编辑：白丽丽 封面设计：海云

张明楷 著

刑法格言的展开

(第三版)



YZLI0890173039



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法格言的展开/张明楷著.—3版.—北京:北京大学出版社, 2013.1

ISBN 978-7-301-21613-2

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑法-法的理论-文集
IV. ①D914.01-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第281309号

书 名: 刑法格言的展开(第三版)

著作责任者: 张明楷 著

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978-7-301-21613-2/D·3214

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

890mm×1240mm A5 18印张 402千字

1999年2月第1版 2003年1月第2版

2013年1月第3版 2013年1月第1次印刷

定 价: 49.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

一切高尚的诗
都是无限的
就像第一粒橡子
潜藏着所有的橡树
我们可以掀开
一层一层的罩纱
但永远不能露出
最里面的赤裸裸的意义之美
一首伟大的诗
是永远溢淌着
智慧和愉悦之水的源泉

一个人和一个时代
凭借特定的关系
穷尽了神圣的甘泉
但是
另一个人和另一个时代
会接踵而来
新的关系会重新培养出来
仍然会流溢出
看不见、想不到的喜悦

——雪莱

刑法格言的展开 | 目录

001

法律不是嘲笑的对象(代序)

035

没有法律就没有犯罪,没有法律就没有刑罚

067

任何权力都不得位于法律之上

089

罪责越重,刑罚越重

107

任何人不因他人的不法行为受处罚

119

法律在惩罚前应予警告

❧ 139 ❧

有利益的地方就有犯人

❧ 165 ❧

法律不理睬琐细之事

❧ 185 ❧

没有刑罚就没有犯罪

❧ 197 ❧

任何人不因思想受处罚

❧ 215 ❧

不作为也是行为

❧ 257 ❧

原因的原因是结果的原因

❧ 283 ❧

紧急时无法律

❧ 303 ❧

得到承诺的行为不违法

❧ 329 ❧

幼年人无异于精神错乱者

❧ 345 ❧

无犯意则无犯人

❧ 375 ❧

不知法律不免责

❧ 395 ❧

法律不强人所难

❧ 413 ❧

受强制实施的恶行应当归责于强制者

❧ 429 ❧

特别法优于普通法

❧ 459 ❧

因为有犯罪并为了没有犯罪而科处刑罚

❧ 479 ❧

刑罚与其严厉不如缓和

❧ 503 ❧

任何人不因同一犯罪再度受罚

❧ 533 ❧

存疑时有利于被告

❧ 559 ❧

后记

❧ 561 ❧

第二版后记

❧ 562 ❧

第三版后记

法律不是嘲笑的对象
(代序)

“迄今为止,与人类有关的科学告诉我们,人一直生活在社会中。”^[1]“法是社会生活的行为准则(规范)。社会是从事共同生活的人的集团,如果各人恣意行为,就不可能构成共同生活。因此,既然人要共同生活,理所当然应有行为规范(社会生活的准则)。”^[2]所以,有人就有法(Ubi homo, ibi jus),有人就需要法;有社会就有法(Ubi societas, ibi jus)^[3],有社会就需要法;法律存自远古(Lex est ab aeterno),时代越糟,法律越多(Pessima tempora—plurimae leges)。

法律的睿智不能以金钱评价(Sapientia legis nummario pretio non est aestimanda)。“法律是最杰出的智慧,代代相继,由经久不断的经验构成,(经由光明与真理的检验)精致而优雅。”^[4]没有人比法律规定更聪明(Neminem oportet esse sapientiores legibus)。“人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。”^[5]对于利益,法律的保护比个人的保护更有力(Fortior est custodia legis quam hominis),这不仅因为对客观存在的各种利益的正确认识与协调是法律的创制与实施的核心内容^[6],而且因为**有法律就有处罚**(Ubi

lex, ibi poena), 只要实施不法就会受到处罚 (Ibi debet quis puniri, ubi quis deliquit), 法律的实施以国家强制力为保障, 绝不存在没有适度强制的审判 (Jurisdictio sine modica coercitione nulla est); 恶行始终受到惩罚 (Dolus omnimodo puniatur)。“每个社会都会产生矛盾”^[7], 人与人之间总会发生争端。对于矛盾与争端, 法律的处置比人的处置更平衡 (Aequior est dispositio legis quam hominis), 这既因为“提供一种替代武力解决争端的途径乃是法律的一个基本的目的”^[8], 又因为法律的普遍性使法律不偏不倚, 法律是正当化的准则 (Lex est norma recti)。因此, 在产生矛盾与发生争端的情况下, 与法律相争比与他人相争更明智 (Melius agitur cum lege quam cum homine), 期待比法律更为贤明的睿智便是愚蠢 (Stulta sapientia, quae vult lege sapientior esse)。可见, 实行法治是明智的选择。

法律体系中有各种各样的法律, “今天的法律理论与法律实践最重要的区分之一是‘公法’和‘私法’之区分”。“‘公法’直接与‘刑法’交汇在一起。”^[9] 私法隐藏在公法的保护之下 (Jus privatum sub tutela juris publicilatet), 刑法不仅是私法的保障法, 而且是其他一切法律的保障法。^[10] 建设法治国家, 需要刑法的保障。

“徒法不足以自行”, 仅有立法并不意味着法治。法律必须得到服从与遵守, 为了服从者与遵守者以外的人制定法律毫无裨益 (Frustra feruntur leges nisi subditis et obedientibus)。法律是一种规则, 适用是规则的生命 (Applicatio est vita regulae); 执行是法律的

目标与果实 (Exsecutio est finis et fructus legis),更是法律的确证;得以执行的**法律才是真正具有效力的法律**,**法律有效力国民便昌盛** (Ibi valet populus, ubi leges valent)。

然而,**造法易,执法难** (Facile est ferre leges, tueri difficile)。这一古老的格言在当今的社会得到了印证。除了司法体制、司法人员的素质、执法环境、领导者与普通人的法治观念等多方面的原因导致执法难以外,法学者也可能负有责任。因为很多人不勤于解释法律而善于批评法律,不仅背弃了自己的使命,而且降低了法律的权威。旧刑法典是在实施不久后才受到批判的^[11],而现行刑法一经公布就被不少人认为不能“垂范久远”受到了攻击。

但是,**法律不是嘲笑的对象** (Lex non debet esse ludibrio),而是法学研究的对象;**法律不应受裁判** (Non sunt iudicandae leges),而应是裁判的准则。应当想到法律的规定都是合理的,**不应推定法律中有不衡平的规定** (Nullum iniquum est in jure praesumendum)。本书并不绝对主张**恶法亦法** (Dura lex, sed lex)^[12],但也不一概赞成**非正义的法律不是法律** (Lex injusta non est lex)^[13],而是主张信仰法律,因为“法律必须被信仰,否则它将形同虚设”。^[14]既然信仰法律,就不要随意批判法律,不要随意主张修改法律,**应当从更好的角度解释疑点** (Dubia in meliorem partem interpretari debent),**对抽象的或有疑问的表述应当作出善意的解释或推定** (Benignior sententia in verbis generalibus seu dubiis est praefenda),将“不理想”的法律条文解释为理想的法律规定。对于法学者如此,对于裁

判者更如此。**法官可以宣示法,但不能制定法** (Praetor jus dicere potest, facere non potest);或者说,**法官解释法,但不制定法** (Jus dicere, et non jus dare)。“裁判者只有适用法律的职务,却没有批评法律的权能。裁判者只能说出法律是怎样怎样,却不能主张法律应该是怎样怎样;所以立法的良恶在原则上是不劳裁判者来批评的。……要晓得法律的良不良,是法律的改造问题,并不是法律的适用问题。”^[15]

事实上,一些人对现行刑法的批判并无道理。我国刑法中的定义已经远远多于其他国家刑法中的定义。法谚云:**法不定义未遂是什么** (Non definitur in jure quid sit conatus),但我国刑法定义了未遂。再如,其他国家不会定义什么是共同犯罪,但我国刑法却有定义。尽管如此,还是有人批判现行刑法对单位犯罪等一些概念没有下定义。但是,过多的法律定义会使法律过于僵化,所以,**法律中的定义都是危险的** (In jure omnis definitio periculosa est; Omnis definitio in lege periculosa)。同样,**民法中的定义都是危险的,没被推翻的定义实属罕见** (Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset)。社会是复杂的,需要适用法律的案件也是复杂的,“在制定法律时,立法者‘不得不作出一种并不适用于所有案件而只适用于大多数案件的普遍规定’,‘因为,由于案件数目无限’,各有各的特点,‘很难下一个定义’(即绝对定义)”^[16]对单位犯罪的概念就很难下定义。^[17]因此,难以下定义时,**法律不规定精确的定义,而委任善良人裁量** (Lex non

exacte definit, sed arbitrio boni viri permittit)。德国旧刑法中没有故意、过失的定义,1962年的修改草案规定了故意、过失的定义,但1975年颁布的刑法删除了故意、过失等多种定义。^[18]“因为以法规固定这些概念,会阻碍今后犯罪论的发展,对这样的概念下定义不是立法者的任务,而是学说的任务。”^[19]由于司法解释具有法律效力,所以,司法解释中的定义也是危险的。^[20]

再如,有人认为现行刑法还不够确定,不够明确,不够精密,不够具体。换言之,“法律家希望能够使用精确、简洁、明晰且持久的独特语言,当然他们失败了。失败在所难免”。^[21]诚然,法律的内容确定是罪刑法定原则的要求,不确定性在法律中受到非难(Infinium in jure reprobatur)。可是,极度的确定性反而有损确定性(Nimia certitudo certitudinem ipsam destruit),事实上也不可能十分确定,正因为不确定才需要解释。“有很大一部分法律训练,特别是在精英法学院里,就是研究法律的不确定性,并且创造了一种与一般的外行人并且事实上也与许多法律人的看法相距遥远的关于法律的基本看法。”^[22]法律当然应当明确,但又不可避免会存在不明确之处。“如果法律没有不明之处,就不存在解释问题,因为在这种情况下,解释不仅无益,而且是有害的。……明确的法律条文需要解释的唯一情况是立法者在制定这项法律条文时出现了明显的笔误或差错。”^[23]极度的精密在法律中受到非难(Nimia subtilitas in jure reprobatur)。因为“越细密的刑法漏洞越多^[24],而漏洞越多越不利于刑法的稳定”。^[25]极度精密也不利于刑法的执行与

遵守。法律既是针对司法人员的裁判规范,也是针对一般人的行为规范,因此,法律应当被一切人理解 (Leges ab omnibus intellegi debent)。“为便于适用和遵守起见,条文固应力求其少,文字尤应力求其短,以免卷帙浩繁,人民有无所适从之叹。”^[26] 因为“即使是规则清楚,其数量也可能太多,以至于受这些规则规制的人们无法了解;这样一来,规则清晰也就只是水中月,镜中花了”。^[27] 所以,法律必须简洁以便更容易掌握 (Leges breves esse oportet quo facilius teneantur);法律需要简洁以便外行人容易理解 (Legem brevem esse oportet, quo facilius ab imperitis teneatur)。法律的普遍性本质决定了法律不能过于具体。“法律的具体规定内容,本质上既有相当的一般概括性,则又不得不有相当的抽象性,相当的非具体性。而法律的具体内容,在本质上,就除了以某种抽象的概括的表现方法之外,没有把它直接表现出来的方法。”^[28]

又如,有人习惯于认为刑法存在漏洞。虽然以前曾有人认为系统的法典可以包罗无遗^[29],法律实证主义的典型代表 Bergbohm 认为,“法律绝不需要从外在加以填补,因为它在任何时刻都是圆满的,它的内在丰富性,它的逻辑延展力,在自己的领域中任何时刻都涵盖了法律判决的整体需要”。^[30] 但是,“我们的时代已不再有人相信这一点。谁在起草法律时就能够避免与某个无法估计的、已生效的法规相抵触? 谁又可能完全预见全部的构成事实,它们藏身于无尽多变的生活海洋中,何曾有一次被全部冲上沙滩?”^[31] 很多人知道很多,没有人知道全部 (Multi multa, nemo omnia novit)。“很明显,

立法者难以预见到社会生活中涌现的大量错综复杂的、各种各样的情况。……因此从法律的定义本身来看,它是难以满足一个处在永久运动中的社会的所有新的需要的。”^[32]认为刑法典可以毫无遗漏,是荒唐的幻想;希望刑法典做到毫无遗漏,是苛刻的要求。承认刑法典必然有遗漏,才是明智的想法。**法律有时入睡,但绝不死亡**(*Dormiunt aliquando leges, numquam moriuntur*)的格言,或许在某种意义上也表述了法律必然有漏洞的观点。在刑法领域,面对真正的漏洞时,解释者确实无能为力。在依法治国的时代,解释者必须充分认识到罪刑法定原则的贯彻所形成的对法治的信仰、对其思想基础与基本理念的弘扬、对公民自由的保障所具有的重大意义。所以,“在刑法上,还有所谓刑法的片断性格(*der sog. fragmentarische Charakter*),也就是说,规定的无漏洞性(*die Lückenlosigkeit der Regelung*)在这个领域中只会是法律解释的次要目标”。^[33]另一方面也必须看到,一些所谓的漏洞,是声称有漏洞的人制造出来的。^[34]

还有人批判刑法用语不能充分表达立法意图,刑法用语与刑法精神不尽一致。然而,这种现象在任何法律中都不可避免,这并非法律的原因,而是语言的原因或对语言有不同理解的原因。“在所有的符号中,语言符号是最重要、最复杂的一种。”^[35]“尽管每位作者都希望把自己的意图原原本本地、毫无保留地反映在作品之中,但由于作品语言的局限,作者的意图不可能充分地、完全地表达出来,言不尽意是作者与作品关系中存在的普遍现象。”^[36]立法