

高等学校法学教材

刑法学

(第二版)

CRIMINAL LAW

张明楷/著



法律出版社

高等学校法学教材

刑法学

(第二版)

张明楷 著

法律出版社
2003年·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑法学/张明楷著. —2版, —北京: 法律出版社,
2003.7
高等学校法学专业教材
ISBN 7-5036-4376-5

I. 刑… II. 张… III. 刑法—法的理论—中国—
高等学校—教材 IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 060892 号

法律出版社·中国

责任编辑/丁小宣 金 云

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社

编辑/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/56 插页/1146 千

版本/2003 年 7 月第 1 版

印次/2004 年 6 月第 2 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法律教育出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939660

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 7-5036-4376-5/D·4094

定价: 69.00 元

作者介绍

张明楷,男,1959年生,湖北仙桃人。1982年毕业于中南财经政法大学(原湖北财经学院)法律系。曾是日本东京大学客员研究员、日本东京都立大学客员研究教授、德国波恩大学高级访问学者和中南财经政法大学(原中南政法学院)教授。现为清华大学法学院教授、博士生导师、中国法学会理事。独著《犯罪论原理》(1991年版)、《刑事责任论》(1992年版)、《刑法的基础观念》(1995年版)、《市场经济下的经济犯罪与对策》(1995年版)、《刑法学(上、下)》(1997年第1版)、《未遂犯论》(1997年版)、《刑法格言的展开》(1999年第1版、2003年第2版)、《外国刑法纲要》(1999年版)、《刑法学(教学参考书)》(1999年版)、《法益初论》(2000年版、2003年修订版)、《全国律师资格考试指定用书·刑法》(2001年版)、《刑法的基本立场》(2002年版);译《日本刑法典》(1998年版)。

出版说明

二十多年前,当中国改革开放开始勃兴,法律和法律教育开始再度崛起之时,法律出版社便以精诚态度和极大力度服务于中国的法律教育。针对不同层次的读者,本社陆续推出了多种系列的法学教材,涉及法律教育的各个层面,迄今已达数百种。高等学校教材、教学辅导书是其中重要的组成部分。长期以来,这些教材陪伴中国法律人共同成长,对中国法律教育,以至对中国法律的发展都起了不小的推助作用。

进入新世纪以来,法律教育在取得长足发展的同时,也积极酝酿和展开改革举措,将培养高素质的现代法律人才进一步列为法律教育的重要目标。为此,本社应时而变,不拘一格,力求从教材的品种上、内容上、形式上实现更大突破,为新一代法律人学取专业知识提供更好读本。

就高等学校教材而言,我们立足两种进路:全面革新旧有教材,或推出全新教材。革新旧有教材,意在选取原有教材中的精品,从内容到形式全面更新、修订,重新整合,使这些在时间流变中积淀下来的法律教育的财富,以崭新面目,继续服务于新的读者。推出全新教材,则为约请优秀作者撰写新作,精阐原理,结合实践,关注前沿,努力创造出新世纪的新经典。优秀作者,或为老一辈与盛年名家,或为新生代才俊。或革新,或全新,这些教材统为一名,名之为“高等学校法学教材”。

我们深信,中国的法律教育事业将在改革和发展中不断壮大;我们承诺,本套“高等学校法学教材”以及本社所有法律教育图书都将在发展中不断更新,不断超越。本着竭诚为法律和法律教育服务,竭诚为读者服务的宗旨,我们愿与广大读者和作者一起,共同创造法律教育出版事业、法律教育事业,以至法治事业的未来。

法律出版社法律教育出版中心

2002年12月

第二版前言

在法学繁荣发达的国度,令人敬佩的教授们,精心“经营”着自己钟情的教科书,在那片园地里阐扬传世理念、彰显卓异才华。读着那些玉质金相、剖决如流、文从字顺的教科书,恰似醍醐灌顶、甘露滋心。对于这些大方之家,樗栎庸材如我者,只得向若惊叹,却不能望其项背。我从未奢望自己能凭挈瓶之知写出一部只有研精覃思、博考经籍之后方可成就且不致误人子弟的教科书,只是因为意外事件与不可抗力(道来话长,莫如省略),致使拙作《刑法学》第一版与读者见面。在文献汗牛充栋、教材不知凡几、学者集苑集枯、学说见仁见智的刑法学领域,撰写一部教科书,于我而言,实有举鼎绝膑之感;写作之时,也若有芒刺在背。好在《刑法学》首版付梓之后的反应,使我获得了些许安慰。

名家撰述的教科书中,有两类令人叹为观止。其一为,出版二三十年后未曾也毋需修订,仍然反复印刷,学者频繁摘引,学子百读不厌。其二为,出版之后每年一次新版,依然纸贵洛阳,学界竞相传诵,学士爱不释手。我乃平庸之辈、愚钝之人,不及前者稳健,弗如后者敏捷,既无能力成就一部可“一劳永逸”的教科书,也难做到每年印行一次新版。本书首版问世后,同仁们对其中奇谈怪论的批判以及附带对刍蕘之见的认同,一直萦绕于我心,不经意间,“本人存用”的教科书上已留下稠密的修补删改记录。于是,我拟定以经常修订的方式,“经营”这本教科书(虽然好几家出版社约我改换书名在其处出版,但我眼下还没有“移情别恋”的欲望)。或许若干年后,教科书的体系已面目全非,观点也改弦更张,但我不会自动放弃和中止这本教科书的“经营”。

本来,第一版付梓后不到两年,便有同仁诚挚地建议我根据司法解释确定的罪名进行修改,但我反复扪心自问的是:仓促修订能否给读者以新版的感觉?由于当时未能做出肯定应答,便寻思着在多发现、多研讨一些问题后再作修订。去年在刑法学大师云集的德国学府访问期间(2002年3月至9月),拜读了阿图尔·考夫曼“并非仅为法学研究人所写,读者对象也包括法律外行人”的《法哲学》一书。考夫曼在“导言”中写道:“任何刑法法律人都不会借助一本五十年前,或只是十年前所写的作品(法条释义、教科书),来解答一个案例。这种作品几乎只能作为历史文献。”(Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, C. H. Beck, 1997. S.

4.)这段话令我寝食不安:拙作《刑法学》倘若不从速修订,是否会被人作覆瓿之用,且不符合“历史文献”的构成要件?于是,修订欲望愈为强烈,回国之后便着手实行。

本次修订,仍以刑法的法益保护(含人权保障)目的为核心,维持刑法论——犯罪论——刑事责任论——罪刑各论的总体系,删除了第一版的“犯罪客体要件”与“定罪”两章,其中的必要内容纳入相应章节。犯罪论方面,立于客观主义立场,采取结果无价值论(修改了第一版中行为无价值论的观点),并对犯罪构成要件进行实质的解释。在刑罚论方面,站在并合主义立场,使相对报应刑论的主张更为明确。总的来看,在体系的思考与问题的思考之间,本书更注重了后者。与此同时,以下几点也是我修订时企望实现的:既立足于中国当今社会的现实,又将论题置于世界刑法学之林思考;既评介中国的理论学说,又从学派之争的视角进行分析;既解释现行法条,又阐释规范背后的理念;既阐述刑法理论上的要害与重点,又预测和解决司法实践中可能出现与已经遇到的难题;既发表自以为成熟的见解,又提出自己尚难回答的疑问。

作者末学肤受、学识谫陋,加之仓促付梓,校改不周,不仅企图奢望可能未遂,而且错漏舛误定然难免。法律的解释并非真理的判断,而是价值的判断,不能被事实证伪,难以被实践检验,所以,我不得不时常以怀疑的眼光审视自己的观点。本书针对许多争议问题与通说观点发表的舐皮论骨之见,还待国人贤达衡定。人文科学的研究,并非一种独白的个别行为,而是需要对话与沟通,需要学术批评。学术批评使我获益匪浅,因为“旁观者清”,参与讨论的学者,更易于发现对方的遗漏,更善于寻摸对方的缺陷;面对学者的批评,我必须补救原本的观点或者创建崭新的理论。正因如此,若能博得同仁们的不吝赐教,下次修订时得以采摭群言,将是笔者莫大的荣幸。

本书第二版得以付梓,得益于多方的协力与襄助,对于他/她们的感激之情,委实难以言表;为免挂一漏万,恕我不一一列举他/她们的尊姓大名,但我要由衷地、真诚地道谢:感谢传道并解惑的恩师!感谢博达却谦和的学者!感谢坦荡又精诚的朋友!感谢友善且宽厚的同事!感谢聪颖而厚实的学子!感谢可敬和可爱的家人!

张明楷

2003年6月于清华园

目 录

导言	(1)
一、刑法学与刑事法学	(1)
二、刑法解释学与刑法哲学	(2)
三、旧派与新派	(4)
四、刑法学的理论体系与研究方法	(17)

第一编 刑法论

第一章 刑法概说	(23)
第一节 刑法的概念、渊源与分类	(23)
第二节 刑法的性质、任务与目的	(29)
第三节 刑法的制定、修改与根据	(34)
第四节 刑法的规范、体系与解释	(37)
第二章 刑法的基本原则	(47)
第一节 刑法的基本原则概述	(47)
第二节 罪刑法定原则	(49)
第三节 平等适用刑法原则	(67)
第四节 罪刑相适应原则	(70)
第三章 刑法的效力	(76)
第一节 刑法的规范效力	(76)
第二节 刑法的空间效力	(78)
第三节 刑法的时间效力	(85)

第二编 犯罪论

第四章 犯罪概说	(91)
第一节 犯罪的概念	(91)

第二节 犯罪的本质·····	(107)
第三节 犯罪的分类·····	(115)
第五章 犯罪构成·····	(119)
第一节 犯罪构成概述·····	(119)
第二节 犯罪构成要件·····	(129)
第三节 犯罪构成要件要素·····	(141)
第六章 犯罪客观要件·····	(146)
第一节 犯罪客观要件概述·····	(146)
第二节 危害行为·····	(148)
第三节 行为对象·····	(159)
第四节 危害结果·····	(162)
第五节 刑法上的因果关系·····	(172)
第七章 犯罪主体要件·····	(184)
第一节 犯罪主体要件概述·····	(184)
第二节 自然人犯罪主体要件·····	(185)
第三节 单位犯罪主体要件·····	(204)
第八章 犯罪主观要件·····	(210)
第一节 犯罪主观要件概述·····	(210)
第二节 犯罪故意·····	(215)
第三节 犯罪过失·····	(239)
第四节 犯罪的目的与动机·····	(249)
第九章 排除犯罪的事由·····	(254)
第一节 排除犯罪的事由概述·····	(254)
第二节 正当防卫·····	(258)
第三节 紧急避险·····	(271)
第四节 其他排除犯罪的事由·····	(275)
第十章 故意犯罪形态·····	(281)
第一节 故意犯罪形态概述·····	(281)
第二节 犯罪预备·····	(285)
第三节 犯罪未遂·····	(288)
第四节 犯罪中止·····	(302)
第五节 犯罪既遂·····	(309)
第十一章 共同犯罪·····	(314)
第一节 共同犯罪概述·····	(314)

第二节 共同犯罪的成立条件·····	(324)
第三节 共同犯罪的形式·····	(330)
第四节 共犯人的分类及其刑事责任·····	(336)
第五节 共同犯罪的其他问题·····	(352)
第十二章 罪数·····	(360)
第一节 罪数的区分·····	(360)
第二节 一罪的认定·····	(366)
第三节 数罪的认定·····	(374)

第三编 刑事责任论

第十三章 刑事责任概说·····	(379)
第一节 刑事责任的概念·····	(379)
第二节 刑事责任的根据·····	(385)
第三节 刑事责任的实现·····	(389)
第十四章 刑罚的观念·····	(393)
第一节 刑罚的概念·····	(393)
第二节 刑罚的目的·····	(400)
第三节 刑罚的功能·····	(407)
第十五章 刑罚的体系·····	(411)
第一节 刑罚的体系概述·····	(411)
第二节 主刑·····	(415)
第三节 附加刑·····	(426)
第十六章 刑罚的裁量·····	(434)
第一节 量刑概述·····	(434)
第二节 量刑情节·····	(442)
第三节 累犯·····	(449)
第四节 自首与立功·····	(452)
第五节 数罪并罚·····	(458)
第六节 缓刑·····	(466)
第十七章 刑罚的执行·····	(471)
第一节 刑罚执行概述·····	(471)
第二节 减刑制度·····	(473)
第三节 假释制度·····	(477)

第十八章 刑罚的免除	(483)
第一节 刑罚的免除概述.....	(483)
第二节 非刑罚处罚.....	(485)
第三节 单纯宣告有罪.....	(489)
第十九章 刑罚的消灭	(491)
第一节 刑罚的消灭概述.....	(491)
第二节 时效.....	(492)
第三节 赦免.....	(498)

第四编 罪刑各论

第二十章 罪刑各论概说	(503)
第一节 罪刑各论的研究对象与意义.....	(503)
第二节 刑法分则的体系.....	(505)
第三节 刑法分则的条文结构.....	(507)
第四节 刑法分则的注意规定与法律拟制.....	(520)
第五节 刑法分则的法条竞合.....	(522)
第二十一章 危害国家安全罪	(527)
第一节 危害国家安全罪概述.....	(527)
第二节 危害国家、颠覆政权的犯罪.....	(528)
第三节 叛变、叛逃的犯罪.....	(532)
第四节 间谍、资敌的犯罪.....	(534)
第二十二章 危害公共安全罪	(537)
第一节 危害公共安全罪概述.....	(537)
第二节 以危险方法危害公共安全的犯罪.....	(540)
第三节 破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪.....	(546)
第四节 实施恐怖、危险活动危害公共安全的犯罪.....	(551)
第五节 违反枪支、弹药管理规定危害公共安全的犯罪.....	(555)
第六节 造成重大责任事故危害公共安全的犯罪.....	(565)
第二十三章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(576)
第一节 破坏社会主义市场经济秩序罪概述.....	(576)
第二节 生产、销售伪劣产品罪.....	(578)
第三节 走私罪.....	(591)
第四节 妨害对公司、企业的管理秩序罪.....	(598)

第五节	破坏金融管理秩序罪·····	(606)
第六节	金融诈骗罪·····	(627)
第七节	危害税收征管罪·····	(640)
第八节	侵犯知识产权罪·····	(650)
第九节	扰乱市场秩序罪·····	(660)
第二十四章	侵犯公民人身权利、民主权利罪 ·····	(673)
第一节	侵犯公民人身权利、民主权利罪概述·····	(673)
第二节	侵犯生命、健康的犯罪·····	(675)
第三节	侵犯妇女、儿童身心健康的犯罪·····	(690)
第四节	侵犯人身自由的犯罪·····	(701)
第五节	侵犯名誉的犯罪·····	(714)
第六节	侵犯民主权利的犯罪·····	(717)
第七节	妨害婚姻家庭权利的犯罪·····	(723)
第八节	侵犯其他权利的犯罪·····	(733)
第二十五章	侵犯财产罪 ·····	(740)
第一节	侵犯财产罪概述·····	(740)
第二节	暴力、胁迫型财产犯罪·····	(752)
第三节	窃取、骗取型财产犯罪·····	(765)
第四节	侵占、挪用型财产犯罪·····	(781)
第五节	毁坏、破坏型财产犯罪·····	(789)
第二十六章	妨害社会管理秩序罪 ·····	(791)
第一节	妨害社会管理秩序罪概述·····	(791)
第二节	扰乱公共秩序罪·····	(794)
第三节	妨害司法罪·····	(824)
第四节	妨害国(边)境管理罪·····	(839)
第五节	妨害文物管理罪·····	(843)
第六节	危害公共卫生罪·····	(846)
第七节	破坏环境资源保护罪·····	(857)
第八节	走私、贩卖、运输、制造毒品罪·····	(867)
第九节	组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪·····	(882)
第十节	制作、贩卖、传播淫秽物品罪·····	(888)
第二十七章	危害国防利益罪 ·····	(896)
第一节	危害国防利益罪概述·····	(896)
第二节	平时危害国防利益的犯罪·····	(897)

第三节	战时危害国防利益的犯罪·····	(903)
第二十八章	贪污贿赂罪·····	(907)
第一节	贪污贿赂罪概述·····	(907)
第二节	贪污犯罪·····	(908)
第三节	贿赂犯罪·····	(917)
第二十九章	渎职罪·····	(938)
第一节	渎职罪概述·····	(938)
第二节	一般国家机关工作人员的渎职罪·····	(940)
第三节	司法工作人员的渎职罪·····	(949)
第四节	特定机关工作人员的渎职罪·····	(955)
第三十章	军人违反职责罪·····	(964)
第一节	军人违反职责罪概述·····	(964)
第二节	危害作战利益的犯罪·····	(965)
第三节	违反部队管理制度的犯罪·····	(968)
第四节	危害军事秘密的犯罪·····	(970)
第五节	危害部队物资保障的犯罪·····	(972)
第六节	侵犯部属、伤病军人、平民、俘虏利益的犯罪·····	(975)

导 言

一、刑法学与刑事法学

法学是一门施展才华、满足自尊、唤起激情、伸张正义的学科。刑法学也不例外。

最广义的刑法学(可谓刑事法学)是研究有关犯罪与刑事责任的一切问题的学科,其研究对象包括实体的刑法规范、犯罪原因与对策、刑事诉讼程序、刑罚的执行等内容。广义的刑法学,是指解释现行刑法(刑法解释学)、阐述刑法规范的哲学基础(刑法哲学或理论刑法学)、研究刑法历史(刑法史学)、比较不同刑法(比较刑法学)的学科。狭义的刑法学,仅指刑法解释学。本书尝试一种中间意义的刑法学,即刑法解释学与刑法哲学的统一体,但必要时仍然会涉及刑法史学与比较刑法学。^{〔1〕}

19世纪以前的刑法学,是指刑事法学。但随着立法的发展、法学的发达,最广义刑法学中的许多内容,如犯罪学、监狱学、刑事诉讼法学、刑事侦查学、比较刑法学、刑法史学等都逐渐演变为独立的学科,不再属于刑法学的范畴,而与刑法学相并列。因此,刑法学与这些学科既有联系,也有区别。犯罪学以犯罪原因与对策为研究对象;有关犯罪原因的结论必然影响刑法理论,但刑法学一般不直接研究犯罪原因;刑法学只是研究追究刑事责任方面的犯罪对策,不像犯罪学那样从更广泛的范围研究犯罪对策。监狱学是以监狱法为研究对象的学科,主要探讨如何执行刑罚;刑法主要研究适用刑罚的前提与方法。刑事诉讼法学以刑事诉讼法为研究对象,属于程序法学;刑法学属于实体法学。二者紧密结合,才能有效地惩罚犯罪、保护法益。刑事侦查学是以犯罪侦查的策略和技术为研究对象的学科,研究如何发现已然犯罪;刑法研究如何认定犯罪与处罚犯罪。刑事侦查是适用刑法的前提,刑法又指导刑事侦查。比较刑法学是对各国刑法的规定及其根据进行比较的学科;刑法学一般以本国刑法为研究对象,但在难以得出合理结论的情况下,也将比较各国的刑法规范、审判实务作为刑法解释的方法。刑法史学以历史上各种类型的刑法和刑法思想为研究对象;刑法学以现行刑法

〔1〕 下面使用的刑法学一词,如无特殊说明,一般指这种中间意义的刑法学。

为研究对象。但为了把握现行刑法的来龙去脉,刑法学也可能使用历史解释的方法。

如前所述,本书所称刑法学,是包含刑法解释学与刑法哲学的刑法学,其具体研究对象包括:(1)刑法本身,如刑法的概念、性质、地位、目的、原则、适用范围等等;(2)刑法规范与规定,即刑法对于犯罪与刑事责任的一般规定与具体规定;(3)刑法规范的哲学基础;(4)对刑法规范的立法解释;(5)对刑法规范的司法解释,主要是指最高人民法院、最高人民检察院关于具体适用刑法的司法解释;(6)刑法适用的规律、经验与问题。

二、刑法解释学与刑法哲学

刑法解释学以解释现行刑法为主要任务,刑法哲学以研究刑法关于犯罪与刑事责任的规定的哲学基础为主要任务。不难看出,二者密切联系。离开刑法哲学的刑法解释学,因为没有哲学基础,容易出现就事论事的解释,难以使刑法学深入发展。离开刑法解释学的刑法哲学,因为没有涉及刑法的具体规定,容易出现空泛的议论,难以适用于司法实践。诚所谓“没有诠释的分析是空泛的,没有分析的诠释是盲目的”。^{〔2〕}因此,只有以法哲学为基础解释现行刑法的学科,才是真正的刑法学。

刑法解释学不是低层次的学问,对刑法的注释也是一种理论,刑法的适用依赖于解释。所以,没有刑法解释学就没有发达的刑法学。一个国家的刑法学如果落后,主要原因就在于没有解释好刑法。就适用刑法而言,刑法解释学比刑法哲学更为重要。既不能要求我国的刑法学从刑法解释学向刑法哲学转变,也不能一概要求将刑法解释学提升为刑法哲学。因为“转变”与“提升”,都意味着刑法解释最终不复存在;^{〔3〕}事实上,刑法解释学不仅重要,而且与刑法哲学本身没有明显的界限。

英文中的“hermeneutics”(诠释学、解释学)与“semiotics”(符号学)的词源出自希腊文。希腊词源本来是指阿波罗神庙中对神谕的解说,后来应用于对《圣经》的诠释,属于语文学。以后在德国和法国引入哲学领域,因为哲学也离不开对于对象的解释。在19世纪以前,诠释学本来一直研究对《圣经》等的解说,到了19世纪初,德国神学家施莱尔马赫(E. Schleiermacher)扩大研究范围,从对保罗书简的解说到对柏拉图对话集的解说都进行研究,使局部解释学发展为一般

〔2〕 Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, C. H. Beck, 1997, S. 38.

〔3〕 我们需要从刑法解释中抽象出刑法哲学的一般原理、规则,但做出这种抽象后,刑法解释学仍然存在。

性解释学。他虽然没有留下一本完整的著作,但对解释学做出了巨大贡献。他所苦苦思索的难题是两类解释——语法的解释与技术的解释——之间的关系。19 世纪末 20 世纪初,德国哲学家狄尔泰(W. Dilthey)在新康德主义的哲学气氛之下,想将解释学的问题纳入他着重历史过程的精神科学或人文科学之内而探讨其可能性。他认为,解释学的根本作用在于:反对浪漫主义的任意性与怀疑主义主观性的不断骚扰,从理论上建立解释学的普遍有效性,历史中的一切确定性正建立在这种有效性的基础上。20 世纪的德国哲学家、存在主义哲学的创始人海德格尔(M. Heidegger)及其弟子将解释学从认识论推进到本体论:解释不仅是“知”的一种方式,而且是存在的一种形式;解释学不是对人文科学的思考,而是对人文科学据此建立的本体论基础的说明。后来德国哲学家伽达默尔(H-G. Gadamer)在海德格尔思想的基础上进行了研究,他认为,解释学要研究一切知识与我们的世界经验总体之间的关系,证实理解是存在的基本特征;对文本的理解和解释并不仅仅是一个科学方法论问题,而是人类世界经验总体的一部分;因此,解释学的问题超出了单纯的方法论,它是方法和真理的统一,是具有普遍意义的本体论的问题,是哲学的最根本问题。20 世纪 60 年代到 70 年代,在德国哲学家之间,在解释学和法兰克福派意识形态批判之间,进行了一场激烈争论,后来,法国哲学家利科尔(P. Ricoeur)挺身而出。他认为应该将解释学当成一种本体论,但不能因此而否定其方法论的意义;解释学成为本体论的最合适的道路是从语言的解释开始,从语义学阶段到达反思阶段,最后达到存在阶段;语言是人类一切经验最基本的条件,要理解存在的意义就必须先研究语言;文本一旦形成,就与特定的历史环境和作者的意图产生一定的距离,成为一个有自律性的言语实体;理解是解释者与文本意义的同化过程。由此可见,解释学是一步一步由语言学走向哲学乃至人类学、人文科学或社会科学的各方面的,它应用于许许多多的领域,现在的解释学绝不只是语言学或语义学。〔4〕

简述解释学的上述发展过程,旨在说明以下观点:解释学不是低层次的学问,刑法解释学也不是低层次的学问,而是含有深层的哲学原理;刑法解释学与刑法哲学并非性质不同的两种学问,甚至可以说,刑法解释学就是刑法哲学。这也是本书将刑法学理解为刑法解释学与刑法哲学的统一体的理由。

〔4〕 以上参见金克本著:《比较文化论集》,生活·读书·新知三联书店 1984 年版,第 234 页以下;车铭洲编著:《现代西方哲学源流》,天津教育出版社 1988 年版,第 442 页以下;保罗·利科尔:《解释学与人文科学》,陶远华等译,河北人民出版社 1987 年版,第 41 页以下;等等。

三、旧派与新派

(一)旧派与新派的产生

从名称上可以知道,刑法理论上先有旧派后有新派;从常识上可以明白,没有新派时就不会有“旧派”的名称;从事实上可以断定,由新派学者菲利(E. Ferri)将自己的观点称为新派,而将其之前的对立观点称为旧派。

一般来说,旧派可以分为前期旧派与后期旧派。

前期旧派是指18世纪中后期到19世纪前半期的旧派。这一时期的旧派刑法理论,以社会契约论、自然法理论为思想基础,具体表现为否定封建刑法。因此,理解这一学派基本观点的前提,是明确封建刑法的特点。大抵可以认为,封建刑法具有四个特点:一是干涉性,即刑法干涉到个人生活的所有领域,包括干涉个人的私生活;二是恣意性,即对何种行为处以何种刑罚,事前并无法律的明文规定,通常由一定的人恣意裁量;三是身份性,即同样的行为由于行为人、被害人的身份不同,而导致处罚的有无与轻重;四是残酷性,这是指刑罚方法大部分是死刑与身体刑。^[5]形成封建刑法上述特点的最根本原因在于国家权力的集中性、庞大性与绝对性,国家是个人生活的唯一场所,个人与国家的关系成为人类社会生活的全部内容,于是个人极为渺小,权利惨遭剥夺。为了从根本上否认这一点,就必须使人民主权得以实现,使国家权力受到限制。于是前期旧派学者大多推崇社会契约论,^[6]论证国家权力源于人民,从而达到限制国家权力,实现刑法的补充性、法定性、平等性与人道性的目的。

贝卡里亚(C. Beccaria)的《论犯罪与刑罚》一书全部针对封建刑法的上述特点。^[7]他从社会契约论出发,认为国家权力是由市民在必要的最小限度内提供的自由所组成。但是,“每个人都希望交给公共保存的那份自由尽量少些,只要足以让别人保护自己就行了。这一份份最少量自由的结晶形成惩罚权。……如果刑罚超过了保护集存的公共利益这一需要,它本质上就是不公正的。刑罚越公正,君主为臣民保留的安全就越神圣不可侵犯,留给臣民的自由就越多。”这旨

[5] 参见[日]平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第5页。

[6] 前期旧派中也有学者(如边沁)不赞成社会契约论。

[7] 新派学者以及日本刑法学者一般认为贝卡里亚属于旧派学者,但现今德国一般认为贝卡里亚是给予现代刑法理论强大影响的18世纪启蒙时期刑法思想的代表者,却不认为他属于旧派(Vgl. z. B. Naucke, Strafrecht, § 1 Rdnr. 144. S. 34)。这是因为德国学者所说的学派之争,是指第一次世界大战前后李斯特及其支持者们所引起的争论,即师承康德、黑格尔的主张演变而成的绝对刑罚理论(报应刑论)与主张刑罚是使犯罪人重返社会、保卫社会安全的理论(目的刑论)的对立(参见[德]Schuenemann等:《法治国之刑事立法与司法》,台湾春风煦日论坛1999年版,82页)。但如果进一步往前追溯,认为贝卡里亚属于旧派学者应当不存在多大疑问。