

全国中青年刑法学者专题研讨会文集

Seminars on Criminal Law

期待可能性

刘
远
主
编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

全国中青年刑法学者专题研讨会文集

Seminars on Criminal Law

期待可能性



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

期待可能性/刘远主编. —北京:北京大学出版社,2009.12
(全国中青年刑法学者专题研讨会文集)
ISBN 978-7-301-16040-4

I.期… II.刘… III.刑法-文集 IV.D914.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第197706号

书 名:期待可能性

著作责任者:刘 远 主编

责任编辑:郭薇薇

标准书号:ISBN 978-7-301-16040-4/D·2455

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>

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

电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者:三河市欣欣印刷有限公司

经 销 者:新华书店

650毫米×980毫米 16开本 28.5印张 482千字

2009年12月第1版 2009年12月第1次印刷

定 价:45.00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 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

“全国中青年刑法学者专题研讨会”不是一个学会,而是一个每年举行的学术论坛。截至2005年底已经举办过两届:首届是2004年11月26日至27日在北京大学深圳研究生院举办的“刑法方法论专题研讨会”;第二届是2005年10月25日至26日在西南政法大学举办的“违法性认识专题研讨会”。两届研讨会的论文集即将付印出版,我受邀作序,却之不恭,因而从命,此乃本序之所由来也。

当前我国每年召开的学术研讨会多如牛毛,如果每会必到,一会一文,就会耗费一个学者全部的精力,因而可能沦为“会议学者”。可悲的是,我国这样的“会议学者”并非罕见。但凡“会议学者”,大多没有自己的学术计划,更无学术追求与学术使命,而是被各种会议的议题牵着鼻子走,其文大多为应景之作,毫无学术创新可言。这样的学术会议除培养一批“会议学者”以外,其实并无太大的学术价值。现在,随着国际交流的加强,国际学术研讨会又开始盛行,诸如世界法律大会之类,不一而足,因而“会议学者”又升格为“国际会议学者”,以参加各种国际会议为荣。对于学术会议的频繁举行,我是颇有微词的,也不以缺席为耻。实际上,一些大型的学术会议,动辄数百人,各种来自不同领域,具有不同背景,怀有不同目的的人聚合在一起,除了“交结老朋友,认识新朋友”的交谊功能以外,学术氛围已经淡而又淡,学术功能也就退居末位。我以为,学术是一种个人的志业,写作更是一种个体化的行为。先有个人的“自思”,才有公众的“共思”。“共思”是以“自思”为前提的。若无前者则无后者。我并不否认学术交流的重要性及其对于个人研究的启迪性,但我国目前如此频繁、如此庞杂的学术会议,却与学术的宗旨与会议的初衷相去甚远。除了造就一些华威先生式的“会议学者”以外,我们的某些学术会议又复有何用?

当然,我并不是学术会议的虚无主义者,对于学术活动也不是一概的否定论者。只是对当下的某些以学术之名举行而无学术之实的学术会议,有所不满而已。大概与我有同感的学者不在少数,因而我们几位中青年刑法

学者凑在一起,想举办一次我们想参加的学术会议。这一动议由来已久,在我的印象中至少可以追溯到1996年的乐山刑法学年会。当时,张绍谦、冯亚东、贾宇、吴振兴、游伟等人,可能还有其他人,但我已经回想不起来了,对张绍谦和冯亚东是印象较为深刻的。当时张绍谦还在郑州大学法学院担任院长,想在次年召集一个小型的学术研讨会,讨论刑法基本理论问题。可惜张绍谦很快想要调离郑州大学法学院,此一调动过程持续数年之久,会议的预想终于未遂。此后,冯亚东又在2002年发起在成都开会,没想到人算不如天算,2003年春季一场席卷全国的非典,又使这次冯亚东已辛苦筹划许久的学术会议告吹。可谓一波三折。我也于1998年从中国人民大学法学院调到北京大学法学院任教。到了2004年这一年,恰逢北大法学院百年院庆,院里拨了5万元作为刑法学科举办学术庆典活动的经费,这才想起重圆那个做了近八年的学术会议的梦。这次天遂人愿,首届全国中青年刑法学者专题研讨会终于在深圳研究生院召开。这当然获益于派驻深圳研究生院的北大法学院副院长梁根林教授,他的全力筹办使会议能够圆满成功。在深圳会议上,约定第二届会议由西南政法大学承办,西南政法大学法学院院长陈忠林教授主持。在陈忠林教授的筹划下,第二届会议也获得圆满成功。如果不出意外,第三届会议将在2006年9—10月间在北京大学深圳研究生院举行,届时德国著名刑法学家克劳斯·罗克辛将受邀与会,和我国中青年刑法学者共同讨论犯罪构成体系的问题。外国学者的介入,使全国中青年刑法学者专题研讨会具有了涉外因素,这是可喜可贺之事。

我以为,全国中青年刑法学者专题研讨会最大的特点在于:小规模、专题性、开放式和争辩化。这也是我们设计的初衷,现在按照我个人的理解阐述如下:

小规模,是相对于大规模或者超大规模的学术会议而言的。小规模之小,约在20—30人左右,超出50人就不属于小规模,100人以上可谓大规模,1000人以上可谓超大规模。在我看来,会议之规模大小恰与会议之学术含量成反比:会议规模越大则学术含量越小,反之亦然。从首届和第二届全国中青年刑法学者专题研讨会的规模来看,均未超过30人,第二届只有20人左右。唯有会议规模小,才有深入探讨某一问题的可能。因此,小规模是首先需要坚守的一条底线。

专题性,是相对于漫无主题式的研讨活动而言的。每个学术会议都号称有中心议题,但不是中心议题过于宽泛,就是存在多个中心议题,因

而使学术讨论难以集中深入。全国中青年刑法学者专题研讨会以单一性专题和小专题为中心议题,不作泛泛而论,而是有感而发。我们设想以后每年的专题设计为刑法教科书中的三级标题甚至四级标题,以某一核心概念为主题,例如第二届的违法性认识即为范例。由于专题小,非有专门研究者与会不能有发言权,由此提高了会议的专业槽,将“会议学者”拒之门外。

开放式,是相对于封闭式而言的,包括议题开放和与会人员开放。全国中青年刑法学者专题研讨会是一个开放的论坛,凡对某一议题有兴趣者均可参加。它不是一个专门的学术机构,因而是“无组织”;它又遵循一定的学术规范,因而是“有纪律”。这种“无组织有纪律”式学术会议规则能够使之长久地坚持下去。当然,这里的开放式还指会议向举办地的同学开放,首届会议在北京大学深圳研究生院召开时,参加旁听的法律硕士多达百人,同学们还向与会者提问,展开互动。第二届会议在西南政法大学召开时,参加旁听的刑法专业硕士生和博士生也有数十人,由此增添了会议的“人气”,又使会议附带地收获“教学”的功效,可谓一举多得。

争辩化,是相对于以往会议只有发言没有交锋的状况而言的。在会议进行当中,学者之间可以就某一问题展开充分而深入的观点争辩,甚至不乏脸红耳赤之状,一改学者的温良恭俭之风。尤其是陈忠林教授、冯亚东教授、冯军教授,均以好善争辩而著称于会,可惜没有实况录像,未与会者无缘一睹争辩时各位教授的风采。

学术会议的学术性不仅贯穿在会议当中,更重要的是体现在会议达成的共识上。从已经召开的两届会议来看,初步达成了某种共识。尤其是第二届关于违法性认识的讨论,尽管对于违法如何理解、违法性认识的体系性地位等问题尚有分歧,但与会者一致认为违法性认识是归责要素,这就是一个学术共识。我甚至想,能否每次会议都由主办者起草一份“关于×××问题的决议”,亦或是“宣言”,以免会后遗忘,也告未与会者周知。

我们的会议名称为“全国中青年刑法学者专题研讨会”,似有排斥老一辈刑法学者之嫌。当时起名的初衷有自谦之意,只是少数中青年学者的造次,未敢惊动刑法学界的老一辈学者。当然,有老一辈刑法学者参与指导则更是会议之幸矣。首届会议有北大法学院德高望重的储槐植教授、张文教授与会,使会议大为增色。当然,我们也有年老的那一天,届时会议名称仍

为“全国中青年刑法学者专题研讨会”，会议的主体将是那时的中青年刑法学者，而我辈则将退居二线矣。

以上感言，率性而随意，不文不白，不三不四，亦可为序乎？是为序也！

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2005年11月16日

前 言

2008年4月,南京师范大学法学院承办了“第五届全国中青年刑法学者专题研讨会暨‘期待可能性’高级论坛”。来自全国各地的六十余位刑法学者出席了此次研讨会。在为期两天的研讨会上,大家围绕着期待可能性的各种理论与实践问题进行了热烈研讨,取得了丰硕的成果。按照惯例,我们对本次研讨会收到的论文进行编辑整理,结集出版。

需要说明的是:一、由于种种客观原因,我们未能将研讨会收到的论文全部收录,这令我们感到遗憾和无奈;二、出于出版需要的考虑,我们对收录的论文进行了不同程度的压缩,可能无法展现某些文章的全貌,但力争保持各篇的精华;三、会议论文由于论题相对集中,难免在知识背景的介绍上出现重叠,我们为了保持文集整体效果、便于读者阅读,对重叠部分尽量作了整合;四、从出版效果和阅读便利上说,需要对诸多论文按照讨论内容进行分类编排,但这在一个论域相对较小的论文集中又实难做到,最后只能以每篇论文的题目为主要参照,以其正文内容为辅助参照来分类编排;五、按照惯例,本书附录中收录了研讨会上各位学者的发言摘要,力争与当时发言相符,但也未必字字妥切。对于在相关方面可能造成的不当,我们敬请与会学者、作者和读者谅解。

在此次研讨会的举办以及论文集的编辑过程中,南京师范大学法学院的许多老师和硕士研究生付出了辛苦的劳动,在此无法一一述及他(她)们的名字,但我们的感激是存于内心深处的。

本书主编 刘 远

2009年10月

CONTENTS 目 录

第一部分 期待可能性源流论

刍议期待可能性的讨论背景/刘国良	3
罪刑法定原则视野中的期待可能性理论/高 巍	9
“期待可能性”新解	
——以刑法导向观转变为核心/张 文	18
期待可能性理论:学说、本体	
及其展开/徐 岱 王军明	28
刑法中的法律期待与非难可能/王 钧	38
期待可能性与犯罪动机/冯亚东 张 丽	49
具有刑罚干预可能性的行为动机	
——论“期待可能性”到底是什么/庄 劲	58
作为一般性超法规责任阻却事由的期待	
可能性理论/方 鹏	68
罪责的客观化与期待可能性理论的命运/劳东燕	78
期待可能性理论超规范化的反思	
——以学说、判例史的考察为中心/林 维	89
期待可能性:思想的扩张与制度的限缩/康 伟	101
期待可能性的体系性地位/陈兴良	110
期待可能性理论的功能定位/刘艳红	118
论期待可能性理论的功能/于洪伟	126
期待可能性判断的机理/张武举	136
期待可能性判断标准刍议/夏 勇	146

CONTENTS 目 录

论期待可能性公正判断的一体化寻求

——如何面对德日刑法期待可能性理论

衰落可能带来的冲击/王志远 156

第二部分 期待可能性引进论

我国刑法中的期待可能性/贾宇 舒洪水 167

论期待可能性在我国犯罪构成理论中

的地位/牛忠志 178

论期待可能性的合理性

——基于言伴语境理论的考察/王政勋 188

期待可能性理论:何以必要,怎样可能

——以通说的犯罪论体系为基本

分析对象/蔡道通 202

期待可能性理论的不可期待性/高艳东 215

期待可能性理论的借鉴意义/黄伟明 225

本土还是移植:期待可能性的中国命运/陈世伟 234

论期待可能性理论的中国化改造

/刘德法 孔德琴 243

期待可能性理论:完善刑法合理性的

新契机/李川 253

论期待可能性理论的价值及其对中国刑法的

借鉴意义/唐稷尧 261

期待可能性理论的中国式图景

——价值解读与路径选择/冯卫国 271

CONTENTS 目 录

期待可能性:在审慎中借鉴/李 翔 吴 波	281
期待可能性地位问题的反思/李立众	289
期待可能性理论之地位及判断标准 ——以我国犯罪构成体系的重构 为前提/张天虹 徐大勇	295
第三部分 期待可能性应用论	
论刑法学中的期待可能性/马荣春 周建达	307
期待可能性理论的新课题/杜 宇	317
犯罪标准:期待可能性的根据/王 敏	327
期待可能性的实践批评/杨兴培	341
论期待可能性之判断/谢望原 邹 兵	349
期待可能性的逻辑含义与司法控制 ——一个新视角的理论尝试/刘 远	361
期待可能性司法适用研究/孙国祥	373
论期待可能性的司法适用/李 荣	383
期待可能性在中国台湾地区“刑法”的运用 /张丽卿	393
附录一 德国帝国法院刑四庭关于“癖马案” 的判决书/车 浩 王 莹	405
附录二 期待可能性研讨实录	408

第一部分

期待可能性源流论

刍议期待可能性的讨论背景

刘国良*

一、前 言

期待可能性是指立法者对特定的行为人作出期待,期望其在特定的处境下能够实施一种特定的行为,而放弃实施另外一种行为。简而言之,期望行为人以一种立法者所期待的行为替代另外一种行为。行为人如果不作出这样的行为而相反实施另外一种行为,则后种行为被视为违法行为。行为人的态度表现为,行为人主观上认识到了自己应该实施的替代行为,他也认识到客观上他能够实施这种替代行为,而最终没有去实施这种行为。故立法者认为应该对这样的行为人的人格进行谴责。立法者所期待的整体价值与行为人的个体利益存在着矛盾与冲突。这种矛盾与冲突决定了特定的行为人在特定的处境背景下的抉择可能性。在这种抉择可能性当中,关键的因素包括:首先,作为立法者的言说——刑法,能够提供一种什么样的说教背景与说教后对行为人将产生什么样的心理效应。其次,特殊的身份职责与特殊的处境与行为人价值取向。在这里不得不选择违法行为与不应该选择违法行为的根本区别是构成行为人的罪责的基础。

假设行为人选择违法行为是出于不得已而为之,则试问立法者是否能够强人所难?假设行为人实施违法行为系处于故意或者过失,并且行为人实施行为的当时确实有责任能力,那么此时能否期待行为人实施立法者所期待的行为?假设行为人实施行为的时候没有立法者所说的期待可能性事由,那是否就想当然的发生罪责阻却,是否构成一般罪责阻却事由?因此本文讨论的是我们探讨这个问题时是否考虑它的背景问题?我们是否想到在什么样背景下更适合探讨以及我们如何去探讨?本文仅仅谈一下期待可能性的德国犯罪论背景。

* 海南大学法学院副教授,中欧比较法研究中心主任,海南省检察协会理事。

二、德国犯罪论的目的性

《德国刑法典》自 1871 年生效以来,百年来德国学者一直从事对符合性 (Tatbestandsmaessigkeit)、违法性 (Rechtswidrigkeit) 和罪责 (Schuld) 相互之间的区分研究。尽管在 1867 年由冯·耶林提出客观违法性,但在当时的环境下仍旧不能清楚地界定出客观违法性同罪责之间的界限。因为当时没有 Tatbestandsmaessigkeit 这一说。这种状况一直持续到 20 世纪初,直到 1906 年贝林格提出 Tatbestandsmaessigkeit 学说,但他并没有三者间具体且系统性的组合。而搭建出现代犯罪论的基本框架,即:符合性、违法性和罪责的是德国学者阿德布鲁赫。^① 为了有别于英国法律思想,阿德布鲁赫首先对犯罪论提出了三重任务。

第一重任务也是首要任务是^②:“正确检测并最终确定犯罪嫌疑人所实际完成的活动是否是同刑法规范所描述的活动事实完全相符合,是否具有刑法规范上所标示的诸如盗窃诈骗谋杀或者其他的相关犯罪的具体特征。”

第二重任务是评判犯罪嫌疑人所实施完毕的行动是否具有现实违法性。诸如狙击手尽管具备谋杀的活动事实但是由于他系履行职务因而不具备违法。在这里阿德布鲁赫明确地提出违法性评判完全采取排除法的方式,即把诸如正当防卫、紧急避险、履行职务这样一些具有与刑法规范所设定的活动事实相符合的行为举止排除在违法性之外。

第三重任务是对行为人的性格予以评价并决定是否应该对这样的行为人的性格予以谴责。行为人从事的行动已经被认定为与刑法规范做描述的活动事实完全符合,并且这种行动在客观上已经被评判为具有违法性。对行为人的性格进行谴责也像违法性判断一样采取排除方式——即排除一切可以被谅解的事由。违法性是关于何种行动在何种条件下被评判为违法的,在这一阶段评判的对象仅仅是行动 (Handlung) 而不涉及行为人的性格问题,即判断行为人的行动是否是违法的标准。而罪责系解决的是人格评判标准问题。在罪责的内涵的问题上阿德布鲁赫通过详细阅读 1884 年英国的情人号遇难船只事件的卷宗,并依此案件事实作为免责事由与免于刑

① RGSt 66, 398; BGH, st. Rspr. seit BGHSt 1, 132.

② Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, 4. Aufl. (1956), S. 57ff.

罚事由的区别例证。^① 长期处于饥饿状态的三个落难船员,将另外已经处于将死状态的年轻人吃了,英国法院以谋杀罪判处三个船员死刑,而最终英国女王以特赦令的方式将三个船员予以赦免。阿德布鲁赫对该事件提出这样一些问题:这种处境下行为人没有别的办法可选择,法律是否还能够期待行为人为人实施合法行为?在这种情况下法律是否真正地以及确实能够对行为人为人起到实际的约束力?行为人在面临两种不同时间顺序的危险抉择的时候,行为人选择重视现实的危险,而忽视未来的危险,这种情况下行为人的品格是否应该受到谴责?这些问题成为后来探讨期待可能性问题的关键所在。按照霍伊金德爾的理解,罪责的核心内涵在于行为人在当时的处境下完全有能力去适应法律的规范性意图,而处于故意蔑视或者忽略法律效力(*Rechtsgeltung*)。法律效力在霍伊金德爾理解中为既不像康德所理解的那样作为绝对的命令,也不像黑格尔所理解的抽象的精神^②,而是一种期待性结构。行为人在具体的情景下没有按照法律期待去为相关的行为,尽管其有足够的去为相关行为的可能性,然而却不为。这种期待性结构确切地说是失望的剥离。^③ 它的现实性体现在:加强规范性期待的有效性,即在立法者的期待与行动者的失望当中找寻一条中行之路。这种中行之路(如高速公路的中行线)因其具有利他性而使其具有现实的社会意义。而在霍伊金德爾看来,这个中行之路最重要的体现就是犯罪的逻辑设定。

三、犯罪论的逻辑

(一) 活动事实构成(Tatbestand)

活动事实(Tat)是指在特定时间及空间范畴里实际发生的内在活动及

① H. A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit*, 1911, S. 120 ff.; fleizger, GS 89, 211 ff.; *Kriminalistische Abhandlungen*, 1, 42ff.; *Normen I*, 1. Aufl. (1872), S. 135. *Die Rechtswidrigkeit*, 1903—1905. GS 25, 446.

② Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (Enz. I): *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*. Erster Teil. Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag. 1986. S. 379 380.

③ Vgl. z. B. PAUL F. LAZARSFELD/NEIL. W. HENRY, *Latent Structure Analysis*. Boston 1968; PETER M. BLAU, *Structural Effects*. *American Sociological Review* 25 (1960), S. 178—193. Diese Auffassung wird von vielen Soziologen bestritten, die einen statistischen Strukturbegriff vertreten, der die reine Häufigkeit von Korrelationen bezeichnet. Über den Erfolg der so angesetzten Forschungen ist im Augenblick noch kein sicheres Urteil möglich. Sie setzen jedenfalls voraus, daß die für den Menschen charakteristische Weise der Verhaltenssteuerung, die bewußte Wahl, als neutralisierbare Größe behandelt werden kann, und schon das disqualifiziert einen solchen Strukturbegriff für die Untersuchung des Rechts.

外在的举止的总称。它是在不同的状态(主观状态与客观状态)下由一系列的本原性活动所组成的。由这些活动的实际存在的活动(Tat)组合成人们所观察到的及所能推测出的事实,就像原子组成分子一样。由于活动事实是最简单的事实结构,它不能再由其他的事实所构成,因此,活动事实中的各个组成元素是彼此独立的。因此实际活动是确定一项法律后果所需要的所有事实性的法定前提条件。

(二) 逻辑结构

犯罪论的逻辑所反映的不是活动事实的具体型态、性质和变化,而是活动事实的各个组成元素的界定与联结方式。这种逻辑所反映的活动事实的界定、联结方式,并不是自然科学所描述的事物之间的因果关系。然而活动事实的各个组成元素之间的逻辑联系却是普遍适用的。由某些特定的活动事实按照一定的逻辑关系进行联结便构成刑法意义上的行动(Handlung)。因此,我们只要有思维能力,就可以把握住行动与行动之间的共性与个性联系。各个不同的行动之间的这种先验的共性与个性的必然联系,就是认知犯罪的逻辑结构。犯罪的逻辑结构隐藏在语言和客体的深处,只要我们对语言和客体做同步的逻辑分析,最后一定会发现:两者之间有相应的逻辑结构。如果一个图像的形式是逻辑的形式,它就称为逻辑图像。每一个图像都是逻辑图像,但并不是所有的图像都是空间的图像。

(三) 客体

客体是构成认知犯罪的实体,是构成刑罚活动(Straftat)的终极结构元素。客体是逻辑原子,而不是物理原子;客体的属性是逻辑属性,而不是物理属性。刑罚活动是由客体所构成的(Recht Unrecht Schuld),是客体按照一定的顺序进行的组合。当这种组合分散之后,这一类型犯罪也随之消亡。但是,客体自身却不消亡,它们又和其他客体结合,成为新的类型犯罪。

(四) 基本命题

假如命题与活动事实之间存在着图像关系,则构成命题的语言和构成事实的要素,不仅要有——对应的关系,而且,两者还要有同样的逻辑结构。我们可以用语言来描述认知犯罪,但其中只有基本命题与认知犯罪存在直接的关联性。一个基本命题代表一种活动的状况(Tat in der Situation)。它们的真假不取决于别的命题,而是取决于活动事实;其目的在于论断事实状