



张明楷

# 刑法的私塾

每个周末，教授与研究生们汇聚一堂，共商学术  
这个刑法的私塾，十多年来，人来人往，风雨不歇  
这个私塾里讨论的一切，这个魅力无穷的刑法世界  
日首次呈现



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 刑法的私塾

张明楷



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

刑法的私塾/张明楷编著. —北京:北京大学出版社,2014.7

ISBN 978-7-301-24377-0

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑法-研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第129883号

书 名: 刑法的私塾

著作责任者: 张明楷 编著

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978-7-301-24377-0/D·3599

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 @北大出版社法律图书

电子信箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto: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: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

880毫米×1230毫米 A5 18.75印张 420千字

2014年7月第1版 2014年7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](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

# 说 明

在清华大学法学院任教以来,每个周末我会利用半天时间,与我指导的研究生(包括硕士生与博士生)进行一次案例讨论。2004年初,曾有研究生建议,将每次讨论的内容记录、整理后出版,我当时毫不犹豫地拒绝了。2010年底,在读博士生丁慧敏(现已获得博士学位)多次提出相同建议,并且承诺负责整理讨论内容,其他研究生也表示愿意承担将录音转换为文字的工作。于是,我便答应“试一试”。

2013年底,丁慧敏博士按照刑法学的体系,将2010年底至2013年6月期间的讨论记录进行了归纳整理。她整理后,我通览了全稿,在文字上作了少量修改,也删除了部分意义不大与表述不清的内容。此外,在整理过程中,既删除了相对简单案例的讨论内容,也删除了研究生的部分发言内容(书中标明的“学生”显然不是同一人)。我确实不知道本书是否具有出版价值,但我还是觉得会有读者希望“看一看”。

每次讨论时,大体上由我先描述案情,提出问题,然后围绕案例展开讨论。我的准备既不系统,也不充分,每次的讨论内容可谓随心所欲,五花八门。我之所以重点准备案例,是因为案例讨论最能训练学生分析问题、解决问题的能力,而学生最缺乏的也是这种

能力。当然,在讨论过程中,研究生也会提出他们在学习过程中遇到的各种问题。特别需要向读者说明的是,在讨论过程中,不管是研究生的发言还是我的发言,都是没有经过准备的,大家畅所欲言,无所顾忌,所以,作为讨论内容整理而成的本书,一定错漏无穷,舛误尽显。如能得到读者的不吝指教,我一定好好“改一改”。

特别感谢丁慧敏博士!也十分感谢参加讨论的所有研究生!至于今后是否继续出版讨论内容,我还要“想一想”。

张明楷

2014年2月18日于清华明理楼



第十四堂  
贪污贿赂罪  
555

第十五堂  
渎职罪  
587

第十三堂  
妨害社会管理秩序罪  
533

第十二堂  
侵犯财产罪  
381

第十一堂  
侵犯公民人身权利、民主权利罪  
313

第十堂  
破坏社会主义市场经济罪  
281

第九堂  
危害公共安全罪  
271

第八堂  
量刑制度与量刑情节  
259

第一堂  
实质解释论与形式解释论  
001

第二堂  
行为无价值与结果无价值  
043

第三堂  
因果关系与客观归责  
067

第四堂  
正当防卫与紧急避险  
093

第五堂  
犯罪中止与犯罪未遂  
117

## 刑法的私塾 目 录

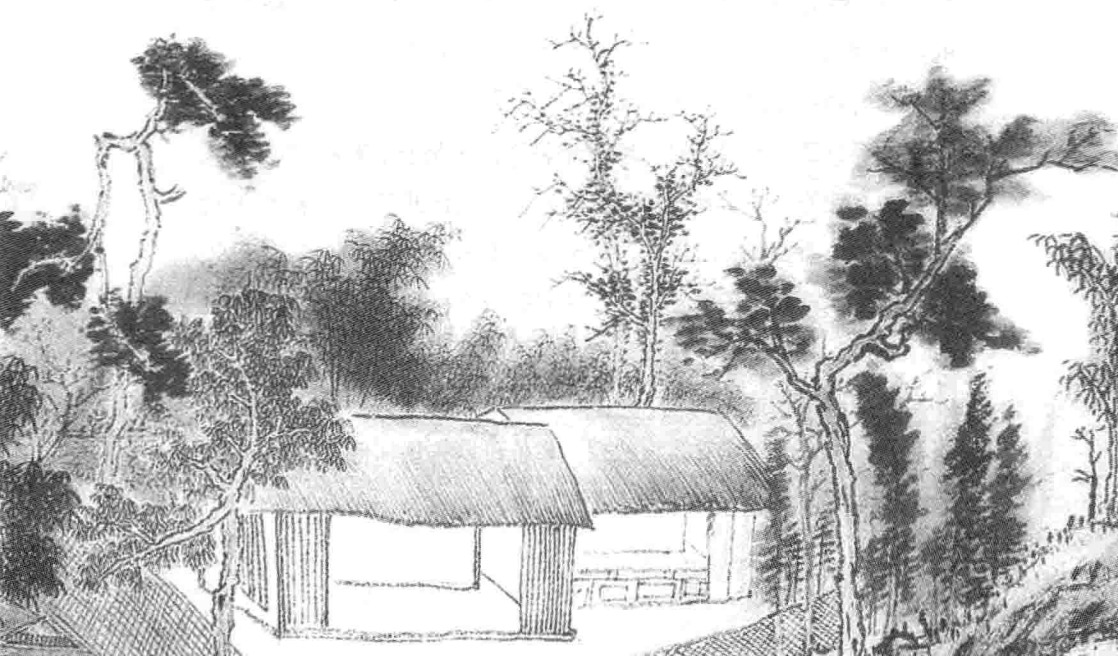
第七堂  
法条竞合与想象竞合  
225

第六堂  
正犯与共犯  
167



# 第一堂

实质解释论与形式解释论



**学生：**周详博士曾在《法学研究》上发表过一篇题为《形式解释论与实质解释论之争》的论文。他在这篇文章中提出，我们国家的刑法理论过分重视对犯罪的概念以及严重的刑事违法性的研究；他认为，您虽然不同意在严重的违法性中考虑主观要素，但您的观点与通说的共通之处在于，都是在实质的层面上理解概念，而不是像陈兴良教授那样，从形式层面上理解概念。如果这一点是划分两个学派的最基本的界限的话，那么他认为，您的观点和通说都是实质解释派，都强调实质刑法观。他认为，您的这种刑法解释方法是秉承了您导师以社会危害性为中心来解释刑法的解释理念。您觉得周详博士对您的看法正确吗？

**张明楷：**我觉得，从某种意义上说，中南财经政法大学刑法学者的观点是一脉相承的。2010年暑假，毕业于中南财经政法大学刑法专业的一些学者、法官、检察官在宜昌开了一个学术研讨会。其中一项重要的内容是，讨论我们中南财经政法大学老教授的一些学术观点。我在发言时，讲的第一个问题就是实质的解释论。我确实将中南财经政法大学刑法学老教授们的一些观点归纳为了实质的解释论。在老一辈刑法学家中，将社会危害性的内容揭示得最彻底的当属曾宪信教授。你们可以去读读他在《中南政法大学学报》1986年第1期创刊号上的一篇文章。

但中南财经政法大学的老先生们的观点与通说的一些观点还是很不一样的。我觉得通说的一些观点往往自相矛盾，比如，通说一方面很强调社会危害性这个实质的概念在犯罪论中的地位或者作用，但又在一些很具体的问题上没有贯彻实质解释的精神。一个最典型的例子是，中南财经政法大学的老教授们都很反对通说的一个观点，即认为正当防卫和紧急避险是形式上符合犯罪构成、实质上没有社会危害性。尽管现在通说的一些代表学者对此予以否定，指出通说从未提出过这样的观点，但只要把之前的通说教科书打开一看，就可以找到这样的观点了。根据这种观点，正当防卫等行为虽然在形式上符合了构成要件，但实质上却不是犯罪，那构成要件的内容岂不就十分形式化了吗？从这个意义上说，通说并不像曾宪信教授那样，把犯罪构成进行很实质的解释。

正是因为通说的观点在有的时候十分的实质，而在另外的时候又十分的形式，所以，在对通说定位上，陈兴良教授认为通说的观点很实质，而周光权教授又认为通说的观点很形式。例如，周光权教授在《现代法学》2010年第6期上发表的文章中，就详细地举例说明了通说观点很形式化的一些表现。正因为通说既存在很形式的地方，又存在很实质的地方，如果从整体上评价通说的话，哪种说法都可能不够准确；每个批评主体从不同的角度可以就此得出截然不同的结论。

实质的解释论强调，即使在三阶层的犯罪论体系中，对构成要件本身也要进行实质的解释，也就是说，在构成要件这个层面上必须作实质的解释。对构成要件进行形式解释，似乎从某种意义上说，相当于没有解释构成要件。解释任何一个构成要件中的

语词时，一定是存在某种导向的。说白了，就是到底要朝什么方向去解释。没有任何导向的解释，就只能是单纯的字面解释了。在违法性阶段没有解释构成要件的空间。因为在违法性这个阶段，已经没有了专门的违法要素，违法性阶段只是讨论违法阻却事由而已。那些认为只有在违法性阶段才能进行实质的解释的观点，实际上就等于将构成要件的要素进行形式的解释，然后再把相同的要素拿到违法性阶段进行实质的解释。我觉得这样的方法并不妥当。我们都知道，违法性阶段旨在排除行为的违法性，到了这个阶段就已经没有了具体可供解释的构成要件要素。只要还承认构成要件是违法类型，就必须对构成要件进行实质解释。除非采取贝林的行为构成要件论。因为这种观点认为，构成要件和违法性没有关系。但要是构成要件和违法性没有关系的话，为什么要把符合构成要件的行为拿到违法性中去判断？不需要再讲别的理由，仅这一个问题，贝林的行为构成要件论就无法回答了。所以，不可能对构成要件进行形式的解释。

刑法的解释，当然是以符合罪刑法定原则为前提的。将不符合构成要件的行为当作犯罪处理，是无论如何也不被允许的。这就涉及扩大解释与类推解释的界限。在国外，无论大陆法系还是英美法系，无论法官、律师还是学者，都普遍承认三段论的倒置理论。所谓的三段论的倒置理论是指，在进行具体的解释时，解释者往往是先有了预判结论，然后再考察事实和规范是否对应。解释的过程中，并不存在一个纯粹的形式上的逻辑推理，因为逻辑推理不能够保证内容的真实性。所以，关键就是，事实和规范是否已经对应了。倘若事实与规范无法对应，当然就不能定罪。有时候也可能出现这样的现象，我们在看到某一事实以后，直觉

上想把这个行为定罪，但是找来找去都找不到对应的条文，或者即使勉强找到了一个对应的条文，解释来解释去，还是没办法定罪。

比如，行为人在拍卖会中不准他人与自己竞标，最后该行为人以最低价买下拍卖物品。这种行为与串通投标相比，似乎有更重的危害性，但是，无论如何也不能认为该行为属于“串通投标”。那能否认为这种行为是“强迫交易”呢？“强迫交易”要求行为人强迫对方和自己进行交易，现在的情况是，行为人通过威胁别人不准竞标而使自己和招标人交易，行为人并没有强迫招标人与自己交易，所以，这种行为也不能被认定为“强迫交易”。当事实与规范无法对应时，必须宣告无罪。<sup>①</sup>

通过这个例子，我想强调的是，人们在遇到类似的案件时，都或多或少会先有一个值不值得科处刑罚的感觉，这个感觉就是我才讲到过的解释构成要件要素时的导向。经过长期良好训练的人员，他们的这种感觉一般来说较为准确。英国学者在讲解释规则时，提出过一个“直觉规则”。伦理学中经常提到“某个说法违反了人们的直觉”。在刑法解释的过程中，这里的“直觉”在某种意义上就是一种正义感、法感情。人们在解释规则的时候，总不至于要得出一个连自己的良心也无法说服的结论吧？所以，正如德国教授罗克辛所言，解释刑法时，只要实现两个“做到”就可以了：一是做到不超出法条文字含义，二是符合法条目的。这里的“目的”就是法益保护的目的。“不超出法条文字含

---

<sup>①</sup> 这是在《刑法修正案(八)》颁布之前所形成的结论。根据我国现行《刑法》第226条，上述行为成立强迫交易罪。

义”，就是为了保障被告人的人权，不能类推解释。可见，刑法解释的两端就是保护法益与保障人权，剩下的只是一些很技术性的问题。

每个人都会把自己的经验、经历、感觉等等融入自己的解释里面去。我很不赞成一种说法：我明明感觉该行为无罪，但根据刑法却要定罪。我觉得，如果我们明明感觉这样的行为不是犯罪，就应该设法将它解释为无罪。比如之前南京发生了一起换妻案。南京某副教授组织了一些自愿进行“换妻游戏”的夫妇在他的房间里同时发生性行为。我在和一些学者讨论这个案件时，有的学者说，他觉得这样的行为不构成犯罪，但我国《刑法》第301条规定（“聚众进行淫乱活动的，对首要分子或者多次参加的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制”），这样的行为显然属于“聚众进行淫乱活动”，所以只能按照聚众淫乱罪定罪量刑。这样的思维方式或者处理案件的方式，就是典型的形式解释论提倡的方式。我也同样认为这样的行为无罪。但怎么解释才能使这样的行为无罪呢？那就需要借助该罪保护的法益来实现。聚众淫乱罪的法益应该是公众对性的感情，尤其是性行为非公开化的社会秩序，这就决定了聚众淫乱罪的行为必须具有一定的公开性，否则就不能符合该罪的构成要件。但上述“换妻”的行为发生在被告人的家里或者宾馆房间，他们的行为并不具有公开性，所以就应该无罪。

从我刚才举的换妻案可以看出，“形式解释论是限制了处罚范围，实质解释论扩大了处罚范围”的说法是不能成立的。很多人都认为，我提倡实质解释导致我的解释处罚范围最广。显然，我通过实质解释使很多不值得科处刑罚的行为被认定为无罪的努

力被他们忽略掉了。比如我主张不能犯无罪；我通过共犯从属性理论主张实行犯未实行犯罪时教唆犯就无罪；我主张分则解释时，没有侵害法益的行为无论如何也不能构成犯罪。除了上述南京教授换妻案以外还有很多其他案例，比如农民在没有经过林业局批准的情况下就将 14 棵枯死的松树砍倒补栽树苗的行为不构成滥伐林木罪，因为这个罪保护的法益是林木资源，死掉的松树显然已经不能成为这个罪的犯罪对象。我将刚才列举的这些案例统统认定为无罪，但形式解释论者却往往会认为这些行为都构成犯罪。

**学生：**如果对概念进行实质解释的话，是否会影响您对共犯从属性的从属程度的看法？

**张明楷：**实质解释论跟共犯从属性没有什么必然的关系吧。我现在主张将共犯看做一种违法形态，实际上共犯就是要解决违法结果发生了以后要归属到哪些人的行为上，共犯理论的任务到此为止基本上就完成了。剩下的就是每个人对共犯的结果或者危险有没有责任，是什么样的责任。共犯的责任认定与单个人犯罪的责任认定并没有区别。以前我们老是回答这样的问题：共同犯罪犯了什么罪？现在我觉得完全没有必要回答这个问题，因为即使回答了，也是一个没有意义的问题。就算采取部分犯罪共同说，回答了共犯人在什么范围内成立共犯，这个回答也是没有丝毫意义的。比如，甲以杀人的故意，乙以伤害的故意共同殴打丙，最后将丙打死了。采取完全犯罪共同说也好，部分犯罪共同说也罢，都会认为甲乙在故意伤害罪的范围内成立共犯。但这句话有什么用呢？结局还是甲定故意杀人罪，乙定故意伤害致死。违法通常是连带的，但也不排除某些情况下是相对的，但责任肯

定是个别的，责任不可能连带，所以在共犯的从属性上，只能采取限制从属性说。

**学生：**陈兴良老师在《中国法学》2010年第4期发表的《形式解释论的再宣示》一文第27页提到，形式解释论与实质解释论之争，实际上是罪刑法定原则与社会危害性理论之争。您怎么看待陈老师的这个观点？

**张明楷：**我觉得这个观点有待商榷。首先，什么叫社会危害性理论？严格来讲，中国也没有什么社会危害性理论，除了曾宪信教授把社会危害性理论分析得比较透彻以外，其他人压根就没有对这个概念作多少分析。人们一说到社会危害性理论，无非就是“犯罪的本质是社会危害性，刑事违法性是社会危害性的法律表现”，“社会危害性是主客观统一的”。除此以外，我国的社会危害性理论还有什么其他内容吗？好像没有了。现在，我们普遍认为，违法性的本质是法益侵害。如果将此处法益侵害理解为社会危害性的具体内容的话，怎么会有社会危害性与罪刑法定原则的冲突呢？没有人会认为，有社会危害性就是犯罪，有法益侵害就是犯罪。当他认为一个行为是犯罪时，必须把这个行为解释成符合构成要件的行为。那不就遵守罪刑法定原则了吗？

在1997年《刑法》修订之前，或许会存在陈兴良教授说的这种情况。因为当时可以将不符合构成要件但具有社会危害性的行为类推为犯罪，这样的做法当然和罪刑法定原则相冲突。那个年代的刑法中，本来就没有规定罪刑法定原则，那个时候，即使勉强说有罪刑法定原则，实际上也是在为当时的立法作辩解。

前不久，一个日本人写了一篇关于中国刑法中罪刑法定之争的论文，这篇文章以我1986年发表在《法学研究》上的一篇为



证，把我归到主张类推解释、否定罪刑法定原则的学者的行列中去了。但那是什么年代的事了嘛。这位学者可能既不了解中国刑法典的改变，也不甚了解我一直主张解释现行刑法的做法。我觉得他应该在他的论文中分两个阶段进行讨论：在1997年以前，当时的刑法规定了类推解释，要看当时有没有人极力反对这种规定；在1997年以后，现行刑法否定了类推解释，规定了罪刑法定原则，要看当下有没有人对此极力反对。

**学生：**陈兴良教授在同一篇文章的第41页以毁坏财产罪为例指出，在高进低出买卖股票的情况下能否成立毁坏财物罪这样的案例中，您和他的观点是对立的。陈教授认为，您的解释会陷入一种结果归罪。他的理由是，您的解释方法是在用结果特征来反证行为特征。您怎么看陈教授的这个观点？

**张明楷：**在“毁坏”这个问题上，日本的通说采取的就不是物理的毁损说；德国通说采取的叫有形作用说，也不能算采取了物理的毁损说。德国通说和判例要求“毁坏”要对财物有物理的作用。因此，把他人笼中的鸟放飞的行为不一定是“毁坏”行为，但把他人汽车轮胎中的气放掉的行为却会是“毁坏”行为，因为放气的行为作用了轮胎这个物本身；但德国也有人采取价值毁损说、效用侵害说等其他学说。在日本只有很少的人主张物理的毁损说，有名的学者中恐怕只有曾根威彦教授如此主张了。

物理毁坏说强调的是毁坏有体物本身，而效用毁损说就是指毁坏某个物的价值，把别人的钱烧了，在这种情形下，有体物没了，价值也没了；若行为人为人把别人的钱捆上石头后扔进大海，虽然有体物还在，但难道被害人还能利用这些货币的价值吗？陈兴良教授也主张虚拟财产是财物，但他认为只有将财物物理地毁损