

刑法新思潮

张明楷教授学术观点探究

李立众 吴学斌 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

刑法新思潮

张明楷教授学术观点探究

主 编

李立众 吴学斌

撰稿人

(以撰写章节先后为序)

李立众 刘凤科 吴学斌 刘艳红 缙泽昆

杨金彪 吴大伟 程 红 胡东飞 陈靖宇



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法新思潮:张明楷教授学术观点探究/李立众,吴学斌主编.
—北京:北京大学出版社,2008.7
ISBN 978-7-301-14049-9

I. 刑… II. ①李… ②吴… III. 刑法—法的理论—研究—中国
IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 102363 号

书 名: 刑法新思潮——张明楷教授学术观点探究

著作责任者: 李立众 吴学斌 主编

责任编辑: 肖 菊

标准书号: ISBN 978-7-301-14049-9/D·2092

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 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 17.5 印张 285 千字

2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 29.00 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

前 言

中国社会科学院法学研究所的邓子滨研究员曾言：“着眼于刑法学最近十年的大势，愚以为理论殊荣应当给予张明楷先生”。^①从形式方面看，张明楷教授这10年在《法学研究》上发表的刑法论文数量排名第一^②，他的作品被引用率在刑法学界排名第二。^③从实质方面看，张明楷教授思维活跃，不为通说所限，他立足于我国当今社会的现实，以实现刑法正义为信念，以推动刑事法治建设为目标，以实现个案结论的妥当、均衡为追求，以比较法的眼光反复审视中外刑法理论，得出了很多令人耳目一新的结论。他近年来所倡导的客观主义的犯罪论、实质的解释论、结果无价值论、客观的未遂犯论、部分犯罪共同说、并合主义的刑罚观及罪刑各论的很多观点，在学界具有相当大的

① 邓子滨：《〈法学研究〉三十年：刑法学》，载《法学研究》2008年第1期，第80页。

② 张明楷教授近10年在《法学研究》发表的论文如下：(1)《“客观的超过要素”概念之提倡》，载《法学研究》1999年第3期；(2)《新刑法与法益侵害说》，载《法学研究》2000年第1期；(3)《受贿罪的共犯》，载《法学研究》2002年第1期；(4)《论三角诈骗》，载《法学研究》2004年第2期；(5)《严格限制结果加重犯的范围与刑罚》，载《法学研究》2005年第1期；(6)《罪过形式的确定——刑法第15条第2款“法律有规定”的含义》，载《法学研究》2006年第3期；(7)《规范的构成要件要素》，载《法学研究》2007年第6期；(8)《死刑的废止不需要终身刑替代》，载《法学研究》2008年第2期。

③ 被引用率排名第一的是陈兴良教授。根据CSSCI(中文社会科学引文索引)的统计，陈兴良教授的命中结果为754篇，总计被引1931篇次；张明楷教授的命中结果为334篇，总计被引1613篇次。参见 http://202.119.47.137/INFOBIN/Retrieval_DLL?SEARCH。最后访问日期：2008年5月18日。

影响。他所提出的很多格言式的观点,如“刑法是正义的文字表述”、“心中永远充满正义,目光不断往返于规范与事实之间”等,在学界广为流传。^①与其他刑法名家一样,张明楷教授引领着我国刑法学的潮流,推动着我国刑法学的发展。

那么,张明楷教授主要学术观点有哪些,他给我国刑法学带来了哪些新思潮,这是本书关心的问题。在第一章总体介绍张明楷教授学术观点之后,本书重点研究了张明楷教授刑法解释的基本原理及对刑法学研究的影响(第二、三章);研究了他所主张的实质的犯罪论的必要性(第四章);为他第三版《刑法学》教科书中“客观(违法)构成要件→主观(责任)构成要件”的犯罪成立新理论,作了理论论证(第五章);介绍、研究了他关于结果加重犯的基本思想(第六章);以德国法为视角,研究了不能犯的处罚根据,间接佐证了他所主张的客观的未遂犯论与不能犯思想(第七章);为他被误解了的中止犯法律特性思想作了辩护(第八章);研究了他所关心的实行行为终了的判断与中止行为类型问题(第九章);研究了他对危害公共安全罪中的“公共安全”的理解变迁及其意义(第十章);为在个罪中贯彻他的客观主义刑法立场,再次讨论了性欲倾向是否为强制猥亵、侮辱妇女罪的主观必备要件(第十一章);从司法实践的角度讨论了他对侵犯财产罪保护法益的看法(第十二章)。当然,张明楷教授不是学术完人,本书也批评了他关于冒充军警人员抢劫如何适用法定刑等问题的观点(第十三章)。通过以上研究,在基本勾勒张明楷教授主要学术观点的同时,也基本勾勒出了张明楷教授所引领的如下刑法新思潮:

(1)研究态度:刑法学研究应当积极进取,顺势而为。在张明楷教授

^① 因为很多观点独特、异于通说,张明楷教授成了近年来被商榷最多的刑法学者:公开指名专门与他商榷的论文有8篇,在文中就某一观点与他商榷的论文多得无法统计。根据中文期刊网的统计,公开指名专门与张明楷教授商榷的论文有:(1)王拓:《不能犯抽象危险说之坚持——兼与张明楷教授商榷》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2007年第2期;(2)黄桂武:《新论财产罪法益——与张明楷教授商榷》,载《学术交流》2007年第1期;(3)康诚:《论作为“客观的超过要素”的危害结果——兼与张明楷教授商榷》,载《国家检察官学院学报》2006年第2期;(4)毛冠楠:《“客观的超过要素”相关问题研究——与张明楷教授商榷》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2005年第6期;(5)郭泽强:《我国刑法中主观主义地位的界定——兼与张明楷教授、周光权博士商榷》,载《法学》2005年第5期;(6)左良凯:《论“客观的超过要素”之不存在——兼与张明楷教授商榷》,载《西安政治学院学报》2005年第1期;(7)张波:《刑法学的若干基本理论探讨——对张明楷教授的若干观点的商榷》,载《现代法学》2004年第6期;(8)胡宇鹏:《伤害胎儿是侵犯生育权的行为——兼与张明楷先生商榷》,载《法学》2002年第3期。

早年的著作(如《犯罪论原理》)中,还经常可以发现“刑法是作为统治阶级实行统治的工具而存在的”、“犯罪具有阶级本质”这样的观点。可以理解,这是时代烙印在张明楷教授早年著作中的反映。如今,这些论述在张明楷教授的著作中早已消失不见,取而代之的是“法益保护”、“人权保障”、“处罚的正当性”等现代刑法理念。理论大抵是时代的产物,时代在变,公民的观念在变,理论焉能不变?

(2)研究重点:刑法学研究重在解释刑法。在罪刑法定原则之下,定罪量刑是依据具体刑法条文进行的,因此,理论研究必须重视刑法规定,需要反复研读刑法条文,殚精竭虑解释条文的可能含义,这样,理论研究才能高效地为司法实务服务。在当前的研究中,以下一些倾向值得注意:一是无视刑法规定的存在,以“理想状态的法”、“心目中的法律”取代刑法条文来分析、思考问题。二是不善于从犯罪的本质、刑法的目的来理解刑法,只愿意通过《现代汉语词典》等工具书或者自己熟悉的概念来解释刑法条文。三是不善于反思自己的解释结论,一遇到难题,不是尽量解释条文,而是两手一摊说“立法机关应当修改刑法”、“司法机关应当作出明确的司法解释”。第一种倾向会使人忽视刑法规定,导致刑法解释学无用论;第二种倾向不但不能完成解释刑法的任务,而且会严重损害刑法解释学的形象;第三种倾向背离了解释者本应承担的职责,难以形成高水平的刑法解释学。刑法解释学绝不是低层次的学问,它必须以实际问题为起点,心中充满正义,目光在事实与规范之间不断地来回往复,才可能得出合理的解释结论。正是有感于上述几种倾向,张明楷教授才大力提倡他的刑法解释学。可以肯定,没有发达的刑法解释学,就不可能有发达的刑法学。我国刑法学研究近年来所取得的成就,很大程度上是重视了刑法解释学的结果。重视刑法规定、探究条文真义,这才是刑法学真正的研究重点。

(3)研究选题:刑法学的研究选题有必要从“小”做起,由“小”渐“大”,最终“小”中有“大”,“大”中含“小”,渐成体系。这方面,张明楷教授给我们树立了良好的榜样。他发表在《法学研究》上的论文,没有一篇是空泛之论,都是围绕具体问题来探讨刑法理念的。比如,他认为抽象地议论限制死刑的适用没有意义,只有将削减死刑的理念具体化为削减死刑的解释结论才是可取的。他对于结果加重犯的研究、对于刑法上“公共安全”的理解,都是在限制死刑适用的理念指导下展开的。包括本人在内,学界空论犯罪论体系重构之风,越演越烈。日本成蹊大学法学部的金光旭教

授数次严厉地告诫我:没有具体问题的支持,空洞地议论犯罪论体系是无益的,必须围绕具体问题来进行犯罪论体系的重构。

(4)研究基点:刑法学研究必须有稳固的基本立场。没有刑法立场的理论大厦,不论历史多么悠久,不论拥护者多么众多,一个轻微的理论追问,就可能使其瞬间支离破碎。没有基本立场的刑法理论,犹如墙头之草左右摇摆、四处投机,不可能做到适用刑法平等,有百害而无一益。刑法的立场如何,与研究者的个人经历、价值取向及社会现实等因素密切相关。在此意义上,作为基本立场,主观主义、客观主义都在可选之列。但是,现有技术水平还难以科学地测定(判定)人的主观恶性,同时,我国的司法体制问题很多,人权保护的现实并不乐观,在此背景下,从既保障人权又维持社会秩序的角度出发,张明楷教授所推荐的优先重视客观面的客观主义的刑法立场,当是我国学界的不二选择。

(5)研究方法:研究刑法的方法是多元的,其中一定要重视比较研究法。张明楷教授能够取得丰硕的理论成果,与他比较法的思维密不可分。只有在与他国刑法规定及相关理论的比较中,才能明了中国刑法规定及相关理论的利弊得失。比较研究法需要研究者胸襟开阔:优秀的外国理论,必须毫不犹豫地学习、借鉴;我国问题较多的理论,必须义无反顾地否定、抛弃。在此绝无崇洋媚外之说,是否有助于合理解决我国司法难题、实现刑法正义,乃理论取舍的唯一标准。

(6)研究策略:刑法学研究需要讲究研究策略。在刑法学研究中,过于冒进或者极度保守,均不可取。而照搬德日犯罪体系,在我国并不现实;全盘维持苏联式犯罪构成理论,同样也不合适。因此,如何既能大体维持苏联式犯罪构成理论的框架,又能实质地吸纳德日犯罪成立理论的内容,是重构犯罪论体系的策略之所在。基于这一思路,张明楷教授提出了“客观(违法)构成要件→主观(责任)构成要件”的两阶层新体系。

可以预料,张明楷教授所引领的思潮,未必都能得到学界的认同。但是,学术思潮是而且应当是多元的,学界最起码应当关注、重视、反思这股潮流。在刑法学研究中,尊重与竞争,容忍与对抗,既坚持己见又关注对方,这种相对主义的品格,是目前急需的。

二

为人与为学有着密切的关联。简单描述一下张明楷教授的习性,熟悉现实中的(而不是一般人脑海中的)张明楷教授的形象,相信有助于理解他的学术取向、有助于亲近他的学术观点、有助于把握他所引领的刑法潮流。

生活中的张明楷教授,和蔼可亲,充满生活情趣。他特别注重形象。据前田雅英教授讲,1989年在东京都立大学第一次见到张明楷教授时,惊讶地发现他穿着一身当时连一般日本人都很少穿的高档西服。西装革履是他一贯的行头。他喜好美食,北京什么地方新开了湖北菜馆,他很快就能知道。张明楷教授重视锻炼,曾有一段时间,他坚持每周六早上5点多去爬香山;平时,他经常步行,如果有时间,能从人民大学步行回清华;听说他现在每周改打羽毛球健身了。他兴趣广泛,喜欢卡拉OK,不但唱《北国之春》,也唱《吻别》、《天边》、《朋友别哭》。他以前爱打扑克,常常感慨到了清华之后,就再也凑不齐人玩“拖拉机”了。他从不墨守成规,有时还会兴随所至。有一次他夜里梦见自己穿了一条牛仔裤,于是早晨起来,翻箱倒柜还真找出了一件。可以想象,穿着牛仔裤的他走进课堂时,教室里惊呼一片。当然,张明楷教授并非总能得心应手,也有让他挠头的事。“哎呀,儿子”,他总是感叹自己不会教育青春期的儿子。

或许一般人想象不出,张明楷教授非常谦虚。即使是学生的发言,如果他觉得特别有意思,肯定会拿笔记录下来(他有很多小本子,随时记录、归纳、整理各种问题、想法)。我在清华读博期间,他发表的作品初稿,基本都让我看过。自己那时真是失礼,居然用红笔在稿子上圈圈画画写上反对或修改意见。他毫无不快,非常谦逊,觉得观点确实可能有问题的,或是补充论证,或是修改语言表述,尽力完善。他所公开发表的观点,都是他深思熟虑的产物,所以,不论别人如何批评,他一般都不会轻易放弃。这容易给人一种印象,即他在学术上固执己见。其实不然。张明楷教授真诚地相信:“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,更善于琢磨对方的缺陷;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。”^①如果他坚持己见,一定是他认为对方的批评没有力度,不足以推翻他的想法。

“贴近生活、疏远媒体”是张明楷教授的生活格言。名利是空的,学问是实的,所以,他把做学问、写文章当作是人生的最大乐趣,从不觉得读书、写作是件苦差事。他曾愉快地说:“下笔成文,直抒个人情怀,何等愉悦!操觚染翰,伸张人间正义,好不畅快!将事业与爱好融为一体,做人学与为学合而为一,不觉身心疲惫,唯感其乐无穷!”^②所以,他从不无聊,总是精神饱满,早晨6点多便起床(这让我们这些天天睡懒觉的年轻人真是感到惭愧),7点钟已到办公室开始工作。白天,除了处理公务,基本上都在写作。他与实务界、理论界的交往,使他的脑子里装满了各种问题。他反复地思考这些问题,日积月累,自然思如泉涌,落笔成文,一气呵成。他的作品以爆炸式的速度问世,原因即在于此。晚上,他或在家里剪报——把《检察日报》等报纸上有学术价值的案例剪下来,分门别类收藏;或在家中阅读新作——德国、日本、美国的法理、宪法、民法、行政法等书籍,均是他的阅读对象。由此,不难理解为什么他的论文中总能引用一些新作。

总之,正是他的个性,即“大抵缘于村生泊长的经历,讨是寻非的心态,标新立异的习癖,独树一帜的幻想,好高骛远的性情,不自量力的狂妄”^③,使得他的学问如同他本人一般富有个性,给我国刑法学研究带来了一股生气。

三

本书的产生纯属偶然。2007年10月1日上午,中日刑事法学术研讨会已经结束。在东京大学附近,我陪张明楷教授去书店买书(每次去日本,他都会大批地购书)。半道有一约45度的斜坡,爬到一半时,他就已经微喘,腰快弯成了90度。当时,我突然意识到,岁月不饶人,他快50岁了,2008年就是他的天命之年了。在张明楷教授半百之岁,我们几个深受他影响的年轻人,似乎该做点什么。学术之盛需要学派之争。张明楷

① 张明楷:《刑法学》(第2版),法律出版社2003年版,第二版前言。

② 张明楷:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,第三版前言。

③ 张明楷:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,第三版前言。

教授一直主张中国应有学派之争。经过商量,我们决定以“派”的形式^①,在一部著作中追随他所提倡的客观主义、实质的解释论、实质的构成要件论、结果无价值的违法性论、非难可能性的罪过论、客观的未遂犯论……如果学界能有另一批学者也以“派”的形式,以另一种视角全面地对本书展开批判,那么,说不定我国真有可能出现学派之争。这一局面无疑是张明楷教授最为企盼的。

张明楷教授是个喜好安静、远离是非的人。这本专门研究他的学术观点的著作,若能得到他的亲自指点,肯定能够更加严谨、系统地反映他的学术思想,至少可以更加准确地解说他的学术观点。但是,我们并没有这样做。在这个容易产生误解的年头,他的指点或者哪怕仅是“明知”,都可能使人误以为是在幕后“组织、指挥”,或者至少“放任”本书的出版。以张明楷教授的行事风格,这一“立项”恐怕难以通过。所以,我们决定在他保密的状态下完成本书。本书出版后,相信他肯定会吃惊,甚至会批评我们的莽撞。然而,他的想法是他的,我们所做的是一件我们认为有意义的事情。

四

本书由李立众、吴学斌共同策划、拟定选题范围、负责组织稿源,最后由李立众负责对全书进行统稿,吴学斌协助统稿。本书的写作分工如下(按撰写章节先后为序):

李立众(法学博士,苏州大学王健法学院副教授):前言、第八、十一章

刘凤科(法学博士,北京工商大学法学院讲师):第一章

吴学斌(法学博士,深圳大学法学院副教授):第二章

刘艳红(法学博士,东南大学法学院教授):第三、四、十三章

猴泽昆(博士研究生,清华大学法学院):第五章

杨金彪(法学博士,中国人民公安大学讲师):第六章

^① 张明楷教授所追求的学派,不是以师承关系或者地域关系为核心,而是以对刑法学基本观念(如刑法的基本立场等)、基本问题(如不能犯的处罚范围等)的认同为核心所形成的学术流派。本书的“派”就是这样形成的:本书中有的作者从来就没有听过张明楷教授一节课,有的作者并不是毕业于张明楷教授门下的博士,他们仅是赞成、欣赏张明楷教授的学说,欣然加入本书写作行列的。

吴大伟(博士研究生,清华大学法学院):第七章

程 红(法学博士,中南财经政法大学法学院副教授):第九章

胡东飞(法学博士,西南财经大学法学院讲师):第十章

陈靖宇(法律硕士,江苏省无锡市中级人民法院法官):第十二章

李立众

2008年5月20日

目 录

第一章 张明楷教授学术观点素描 001

一、引言 001

二、张明楷教授刑法学总论观点素描 003

三、张明楷教授刑法学分论观点素描 046

第二章 刑法必须是正义的表述 058

一、问题的提出 058

二、正义:刑法解释的根本目标 059

三、客观主义:刑法解释的基本立场 065

四、实质解释:通往正义之路 067

五、目的解释与体系解释:刑法解释的主要方法 071

六、多归纳、少演绎:刑法解释的新逻辑 076

第三章 走向实质解释的刑法学 079

一、课题的意义与任务 079

二、刑法方法论之发端:本体论与工具论之争 080

三、刑法方法论之发展:从本体方法论到工具方法论的范式转型 085

四、刑法方法论之发达:走向实质的刑法解释学 091

五、结语 096

第四章 实质的犯罪论 098

一、课题的意义与任务 98

二、我国提倡实质犯罪论的现实根据 100

三、实质的犯罪论与刑法的出罪机制 105

四、质疑解答 110

五、理论的可能发展 114

第五章 两阶层犯罪构成体系的理论论证 116

- 一、犯罪构成体系完善思潮中的两阶层体系 116
- 二、两阶层体系是阶层模式犯罪构成中的合理体系 118
- 三、按照两阶层体系重构我国犯罪构成的必要性 138
- 四、简单小结 143

第六章 结果加重犯的构造 144

- 一、结果加重犯的本质 144
- 二、结果加重犯的客观构造 147
- 三、结果加重犯的主观构造 149
- 四、结果加重犯的法定刑 154
- 五、理论的可能发展 157

第七章 不能犯处罚根据之争——德国法的视角 160

- 一、主观说优势地位之确立 161
- 二、限制对不能犯的处罚之努力 165
- 三、总结与启示 173

第八章 中止犯的法律特性 177

- 一、课题的意义与任务 177
- 二、三面综合说的学说传承 179
- 三、我国学说与日本相关理论的贯通 181
- 四、三面综合说的合理性 185
- 五、各个处罚根据之间的关系 186
- 六、理论的可能发展 189

第九章 实行行为终了的判断与中止行为类型 193

- 一、引言 193
- 二、德国的研究状况 194
- 三、日本的研究状况 205
- 四、我国中止行为类型划分标准之探讨 214

第十章 刑法意义上的“公共安全” 219

- 一、争议概览 219
- 二、“公共”安全 221
- 三、公共“安全” 224
- 四、质疑解答 228

第十一章 性欲倾向的要否 230

- 一、问题与意义 230
- 二、不成文的构成要件要素 232
- 三、通说的成因与反驳 238
- 四、我国司法的真相 239
- 五、结语 241

第十二章 侵犯财产罪法益理论的司法运用及感想 243

- 一、问题的提出 243
- 二、侵犯财产罪法益理论聚讼和发展 245
- 三、对两个案例判决的评析 248
- 四、一点感想 251

第十三章 冒充军警人员抢劫法定刑适用问题 255

- 一、争议概览 255
- 二、实质可罚性之比较 257
- 三、“解释论”的问题 260
- 四、“立法论”的结论 265

第一章

张明楷教授学术观点素描

导读:张明楷教授的刑法学术观点可以概括如下:在研究方法上,坚持一种中间意义的刑法学,即将刑法哲学与刑法解释学相结合,要求刑法学者心中充满正义,目光不断地往返于规范与事实之间;坚持以保护合法权益为核心和目的来构建刑法学体系,使作为保障法的刑法有效地保护法益,并且使刑法的处罚范围适中;坚持刑法既是善良人的大宪章也是犯罪人的大宪章的观点,使刑法在保护法益与保障人权两个方面实现高度的协调统一;坚持刑法既是行为规范也是裁判规范的观点,使刑法不仅引导一般人的行为,更重要的是限制司法人员的权力;采取实质的犯罪论,坚持行为对法益的侵害与威胁是认定犯罪的实质依据的观点,使犯罪构成的整体说明行为的社会危害性达到了应受刑罚处罚的程度;根据刑法学的知识特点与规律,按照客观违法性与主观有责性的要求重构我国犯罪论体系,以确立科学的犯罪认定模式;采取并合主义的刑罚观,使刑罚既体现报应的正义性,又符合预防犯罪的目的性;在具体犯罪的研究方面,既重视对传统型犯罪的研究,也注重对新型犯罪的研究。此外,为了将理论研究引向深入,使刑事立法更为完善,使刑事司法更为客观公正,他倡导刑法理论的学派之争。本文力求对张明楷教授包罗万象的宏大刑法学叙事进行全景式的勾勒,以方便读者在短时间内对其理论学说形成粗略印象。

一、引言

如果有机会走进张明楷教授的研究室,就会发现他的电脑总是开着的,键盘总是咔咔响着的,打印机总是呼呼印着的。只要一有时间,他都

影响。他所提出的很多格言式的观点,如“刑法是正义的文字表述”、“心中永远充满正义,目光不断往返于规范与事实之间”等,在学界广为流传。^①与其他刑法名家一样,张明楷教授引领着我国刑法学的潮流,推动着我国刑法学的发展。

那么,张明楷教授主要学术观点有哪些,他给我国刑法学带来了哪些新思潮,这是本书关心的问题。在第一章总体介绍张明楷教授学术观点之后,本书重点研究了张明楷教授刑法解释的基本原理及对刑法学研究的影响(第二、三章);研究了他所主张的实质的犯罪论的必要性(第四章);为他第三版《刑法学》教科书中“客观(违法)构成要件→主观(责任)构成要件”的犯罪成立新理论,作了理论论证(第五章);介绍、研究了他关于结果加重犯的基本思想(第六章);以德国法为视角,研究了不能犯的处罚根据,间接佐证了他所主张的客观的未遂犯论与不能犯思想(第七章);为他被误解了的中止犯法律特性思想作了辩护(第八章);研究了他所关心的实行行为终了的判断与中止行为类型问题(第九章);研究了他对危害公共安全罪中的“公共安全”的理解变迁及其意义(第十章);为在个罪中贯彻他的客观主义刑法立场,再次讨论了性欲倾向是否为强制猥亵、侮辱妇女罪的主观必备要件(第十一章);从司法实践的角度讨论了他对侵犯财产罪保护法益的看法(第十二章)。当然,张明楷教授不是学术完人,本书也批评了他关于冒充军警人员抢劫如何适用法定刑等问题的观点(第十三章)。通过以上研究,在基本勾勒张明楷教授主要学术观点的同时,也基本勾勒出了张明楷教授所引领的如下刑法新思潮:

(1)研究态度:刑法学研究应当积极进取,顺势而为。在张明楷教授

① 因为很多观点独特、异于通说,张明楷教授成了近年来被商榷最多的刑法学者:公开指名专门与他商榷的论文有8篇,在文中就某一观点与他商榷的论文多得无法统计。根据中文期刊网的统计,公开指名专门与张明楷教授商榷的论文有:(1)王拓:《不能犯抽象危险说之坚持——兼与张明楷教授商榷》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2007年第2期;(2)黄桂武:《新论财产罪法益——与张明楷教授商榷》,载《学术交流》2007年第1期;(3)康诚:《论作为“客观的超过要素”的危害结果——兼与张明楷教授商榷》,载《国家检察官学院学报》2006年第2期;(4)毛冠楠:《“客观的超过要素”相关问题研究——与张明楷教授商榷》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2005年第6期;(5)郭泽强:《我国刑法中主观主义地位的界定——兼与张明楷教授、周光权博士商榷》,载《法学》2005年第5期;(6)左良凯:《论“客观的超过要素”之不存在——兼与张明楷教授商榷》,载《西安政治学院学报》2005年第1期;(7)张波:《刑法学的若干基本理论探讨——对张明楷教授的若干观点的商榷》,载《现代法学》2004年第6期;(8)胡宇鹏:《伤害胎儿是侵犯生育权的行为——兼与张明楷先生商榷》,载《法学》2002年第3期。

样一位学者。张明楷教授也秉承了这样一种学术风骨,当苏联法学在中国学界成压倒之势的时候,仍潜心于学习、研究外国刑法理论。张明楷教授早年一面完整地接受了苏联刑法学的教育,一面完整地接受了大陆法系与英美法系的刑法教育。^① 他的刑法理论另辟蹊径,自成体系,极富个性,这与他早年的学习、研究经历是分不开的。在掌握张明楷教授学术观点之前,对此有必要加以了解。

还需说明的,本文的主旨是总结、归纳、介绍张明楷教授的主要学术观点。为了让读者能够有自己的独立判断,本文在介绍其学术观点时,基本上采取客观中立的态度,对其观点不作评价。

二、张明楷教授刑法学总论观点素描

(一)关于刑法学的解释方法

刑法学有不同的含义。一般而言,它可以在三个层面上加以使用,即最广义的刑法学(相当于刑事法学)、广义的刑法学(包括刑法解释学、刑法哲学、刑法史学和比较刑法学)及狭义的刑法学(仅指刑法解释学)。针对传统学说中刑法解释学与刑法哲学之间的紧张关系及由此导致的刑法学理论研究的缺陷,张明楷教授提出了一种中间意义的刑法学,即坚持刑法解释学与刑法哲学的统一。在他看来,“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”。“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”;反之,“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”。因而,“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”。^② 事实上,刑法解释学与刑法哲学是理解刑法的两

^① 张明楷教授在攻读硕士研究生期间,听讲的课程主要有:《刑法专题绪论》(曾昭琼讲授),《欧陆刑法专题》(曾昭琼讲授),《犯罪中的有关问题》(曾宪信讲授),《英美刑法》(江任天讲授),《刑法总论专题》(朱继良、江任天讲授),《刑法分则专题》(吴安清讲授),《犯罪学专题》(朱继良讲授),《犯罪心理学专题》(郑昌济讲授),《劳改法专题》(吴安清讲授),《古代刑法专题》(尚彝勋、胡新讲授)。参见 <http://www.wellan.cn/2006-7/2006726221416.htm>,最后访问日期:2008年5月18日。

^② 张明楷:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,第2—3页。

种不同的思路或研究方法,彼此之间并不矛盾,在寻求刑法规范的真义这一点上,二者完全可能实现互补。

由此,在刑法学研究路径上,他坚持“解释永远是创造的进程”(伽达默尔语)。他坚持认为,“法学者研究法律时,一方面要有宽广的胸怀,胸怀造就法学家;另一方面要进行合理解释,解释是法律调整机制的必要因素”。毕竟,法律的制定者是人不是神,法律不可能没有缺陷。因此,“发现法律的缺陷并不是什么成就,将有缺陷的法条解释得没有缺陷才是智慧”。^① 相应的,我们宁愿相信,“刑法典是正义的文字表述(其他成文法也是如此)”。^② 对于刑法学者而言,在发现缺陷时不宜随意批评,而应做出补正解释,因为法律的完善是立法者与法学者的共同任务;当我们要求刑法明确、协调、合理时,应当知道刑法的明确性、协调性、合理性需要立法者与解释者的共同努力。法学者有自己的使命,不应当将自己的任务推卸给立法者。但是也应该看到,法学者的解释是一种个性解释,为了保证解释的公正、合理,应当“尽量依善意将条文、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涵义、不得损害公民的预测可能性)”;不能“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”。^③ 也就是说,有利的应当扩充,不利的应当限制;有疑问时应朝好的方向解释;不应采纳有缺陷的解释。当然,对于正义的标准与意蕴,张明楷教授从一个经验的、社会性角色的视角作了最为质朴的说明,“我不敢定义正义是什么,但我知道什么是正义”,从而在生活中去寻求法律的真义。

刑法学者应当善于正确、合理地应用刑法解释中那些允许的解释方法,以探求法律的真义。当然,运用这些解释方法得出的相关结论应当接受目的解释的检验,而目的解释的前提是正确确定刑法规范的目的。因为任何解释都或多或少包含了目的解释;当不同的解释方法得出多种结论或不能得出妥当结论时,就以目的解释来最终决定;刑法分则规定具体

① 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第6—7页。

② 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,“序说”部分。

③ 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,“序说”部分。另请参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第1—15页。

犯罪与刑罚的条文,都有其特定的法益保护目的;在确定具体犯罪的构成要件时,必须以其保护法益为指导。因此,解释者应当牢记:任何解释方法所得出的结论都必须符合罪刑法定原则,例如扩大解释方法本身虽然并不违反罪刑法定原则,但其解释结论可能与罪刑法定原则相抵触。^①

刑法解释作为一种创造性的活动,其目标是探寻存在于刑法规范中的客观意思(客观解释),而不是立法者制定刑法规范时的主观意思或立法原意(主观解释)。这是因为:其一,立法原意并不十分明确,因为立法者不是一个人,而是一个集体,即使是一个人立法,探求立法原意也是一个自我认识的过程,自我认识也是一种解释,它并不比其他的解释容易。其二,刑法一经制定,就是一种客观存在,就会与立法原意产生距离,需要根据用语的客观含义做出解释。其三,刑法是成文法,它通过语词表达立法意图,所以,解释者应当通过立法者所使用的语词的客观含义来发现立法意图。其四,刑法具有稳定性,但它同时必须适应社会发展的需要,追求立法原意必然不能适应社会发展的需要,从而影响刑法的生命力。其五,探求立法原意,往往导致探求起草者的原意,起草者成为刑法的有效解释者,但这容易形成人治,而不利于法治。其六,立法原意也可能存在缺陷,探求立法原意不利于克服立法原意的缺陷,只有进行客观解释才有利于刑法的完善。其七,进行客观解释,并不违反罪刑法定原则,因为具有法律效力的是用文字表达出来的、具有外部形式的刑法,而不是存在于立法者大脑中的内心意思。不过,在根据文字的客观含义只能得出荒谬的结论时,则应根据相关资料探求立法原意,使解释结论明确、正当、符合刑法目的。总之,刑法解释应以客观解释为基础,只有当客观解释的结论荒谬时,才应采取主观解释。^②

刑法学者在解释刑法的过程中,不能人云亦云,更不能只有结论而没有论证,应当时刻反省、反思传统观点是否具有理论上的合理性与现实的妥当性,毕竟法律的含义是在社会生活事实中不断发现的。所以,刑法学者不仅应当理解法律的变迁,更应该洞悉社会生活的发展,以保证法律与社会生活的协调。人们之所以一直在解释现行有效的刑法,是因为“一个

^① 参见张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第27页。

^② 参见张明楷:《刑法学》(第2版),法律出版社2003年版,第40—41页。另请参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第8—10页。

词的通常的意义是在逐渐发展的,在事实的不断出现中形成的”^①;活生生的正义还需要从活生生的社会生活中发现;制定法的真实含义不只是隐藏在法条文字中,而且同样隐藏在具体的生活事实中。^②

大略而言,对于刑法解释应当牢记这样几个原则:首先,刑法解释的对象是刑法规定,刑法又是以文字做出规定的,因此,刑法解释不能超出刑法用语可能具有的含义,否则便有违反罪刑法定原则之嫌。其次,刑法以保护法益为目的,所以,刑法解释不能违背保护法益的目的。最后,刑法是根据宪法制定的,所以,刑法解释不仅不能违反宪法,而且必须自觉地以宪法为指导进行解释。合宪性解释要求:对刑法条文的解释结论必须符合宪法;如果对刑法条文的解释,无论如何都得出违反宪法的结论,那么该条文就是违宪的;对于公民行使宪法所赋予的权利的行为,即使形式、方式、程序不当,也不得轻易解释为犯罪。

(二)罪刑法定原则的理解

作为近现代刑法重要标志的罪刑法定原则,其思想基础和含义在当代学界引起了新的讨论。就刑法理论发展史而言,传统学说认为罪刑法定原则的思想渊源是自然法理论、三权分立思想与心理强制说。但时至今日,自然法思想被斥为“幻想”从而受到了许多批判;三权分立的僵硬学说并不符合大陆法系各国的法治现状,不能说明罪刑法定原则的现实,没有为罪刑法定原则的基本内容提供依据;而心理强制说的内容并不完全符合事实。^③现在一般认为,罪刑法定原则的思想基础是民主主义与尊重人权主义,或者说是民主和自由。具体到我国,罪刑法定原则的现实基础是社会主义民主(包括决定什么类型的行为是犯罪之类的重大问题应由公民决定)、尊重人权(公民对行为后果的预测可能性)和保障社会安宁。

与罪刑法定原则的思想基础的演变相适应,其内容也经历了从形式的侧面到进一步强调实质的侧面的发展过程。所谓形式的侧面,是指传统意义上的罪刑法定原则的内容,即成文法主义、禁止类推解释、禁止事后法、禁止绝对不定期刑。就刑法学术史而言,形式的侧面源于三权分立

① [德]H. 科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2003年版,第197页。

② 参见张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第51页。

③ 参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第16—30页。