

当代刑法思潮论坛

FORUM ON CONTEMPORARY
CRIMINAL LAW THEORIES

第一卷

刑法体系与犯罪构造

Criminal Law System and Structure of Crime

主 编/梁根林 副主编/车 浩 江 溯



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

本论坛得到杨春洗法学教育与研究基金资助

当代刑法思潮论坛

FORUM ON CONTEMPORARY
CRIMINAL LAW THEORIES

第一卷

刑法体系与犯罪构造

Criminal Law System and Structure of Crime

主 编/梁根林 副主编/车 浩 江 溯



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

当代刑法思潮论坛. 第一卷, 刑法体系与犯罪构造/梁根林主编. —北京: 北京大学出版社, 2016. 10

ISBN 978 - 7 - 301 - 27292 - 3

I. ①当… II. ①梁… III. ①刑法—文集 IV. ①D914.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 170089 号

- 书 名** 当代刑法思潮论坛(第一卷): 刑法体系与犯罪构造
Dangdai Xingfa Sichao Luntan (Di-yi Juan): Xingfa Tixi yu
Fanzui Gouzao
- 著作责任者** 梁根林 主编
- 责任编辑** 王建君
- 标准书号** ISBN 978 - 7 - 301 - 27292 - 3
- 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> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印 刷 者** 北京大学印刷厂
- 经 销 者** 新华书店
- 880 毫米 × 1230 毫米 A5 18.375 印张 508 千字
2016 年 10 月第 1 版 2016 年 10 月第 1 次印刷
- 定 价** 59.00 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

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010 - 62756370

序

一

“当代刑法思潮论坛”是北京大学法学院梁根林教授主持，我们共同参与的一项刑法学术活动，持续时间已达五年之久，吸引了北京“四校一院”（北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学、中国青年政治学院）的莘莘学子的踊跃参加。现在，“当代刑法思潮论坛”前36讲的内容以文字形式、三卷本的宏大规模，呈现在读者面前，为我们展现了那热烈的讲座场景和睿智的思想碰撞。梁根林教授邀我为该书作序，我感慨系之。

当初梁根林教授以前瞻性的学术视野，提出举办“当代刑法思潮论坛”的设想，我十分赞同。当前，我国刑法学科面临着知识转型，学术争鸣活跃，观点交锋激烈。如果提供一个展示各种刑法学术思想的平台，这对于促进我国刑法学术的发展，无疑具有推动作用。梁根林教授的设想获得了北京“四校一院”各位刑法学科同仁的积极响应，由此拉开了“当代刑法思潮论坛”的大幕。我清楚地记得第一讲的主讲人是清华大学法学院的张明楷教授，地点是北京大学二教309教室。正是在这次讲座中，梁根林教授确定了“当代刑法思潮论坛”的宗旨。

“当代刑法思潮论坛”是开放性的学术论坛，提倡坦诚的学术交流、平等的学术对话与规范的学术批评。论坛的主办者与主讲者、评论者当然可以大张旗鼓地推销自己的学术主张，但不搞山头主义，不搞党同伐异。我们真诚地欢迎中外刑法学界的同仁加入这个学术共同体，抛玉引玉，我们希望每一次的专题论坛，都是一个刑法基本问题

的专题学术研讨会，在最短的时间、用最省钱和最高效的方式来推动学术交流，扩大学术共识。

此后的论坛活动都遵循了这一宗旨，使论坛能够健康顺利地展开。张明楷教授第一期的讲座题目是“犯罪的实体是违法和责任”，这个题目本身就是一个刑法学术命题，是德日刑法教义学的精髓之所在。此后，各位中外学者纷纷登场，给我们带来了一场又一场的学术盛宴。

在“当代刑法思潮论坛”这个名称中，“当代”意味着前沿，是对当下最为重要的刑法问题的讨论；“思潮”表明这个论坛是注重思想性和观念性的，具有启迪性和启蒙性；而“论坛”则显示学术的争鸣性和论辩性，拒绝学术垄断和独断。以上特点，都在各期论坛活动中得到了完美和圆满的体现。

从36期论坛活动的主题来看，几乎涉及所有当前刑法学界共同关注的重大理论问题。其中，犯罪论体系是最为集中的一个话题。例如，张明楷教授关于“犯罪的实体是违法和责任”这一命题的论证，其实就是对犯罪论体系的整体性思考。我发现，德国著名学者乌尔斯·金德霍伊泽尔教授的讲座题目是“犯罪构造的逻辑”，尽管这是一个较为抽象的命题，其实也是犯罪论体系的结构问题，与张明楷教授的讲座形成了一种“隔空交流”。从金德霍伊泽尔教授的讲座内容来看，同样涉及对违法与责任关系的界定。金德霍伊泽尔教授指出，犯罪概念的初步定义可以是，犯罪是违法的举止，某个人必须对这一举止负责。由此犯罪可以通过两个规则系统加以构建：其一，规定了认定一个举止违法的所有条件；其二，规定了认定某人应对该举止负责的所有条件。由此可见，金德霍伊泽尔教授也是从违法和责任两个方面界定犯罪的，这是犯罪论体系的基础。当然，犯罪论体系的具体要件如何安排，这是存在争议的。其中，二要件说、三要件说甚至四要件说，都各有其主张者。除了犯罪论体系的结构以外，构成要件、违法性和责任等要件，在此后的论坛活动中都有所涉及。例如，关于构成要件，有我的“构成要件论：从贝林到特拉伊宁”；关于违法性，有刘艳红的“实质刑法观的体系化思考”和邓子滨的“形式刑法观初反省与实质刑法观再批判”；关于有责性，有冯军的“刑法中的责任

原则”等。这些讲座都对犯罪论体系的各个要件进行了较为深入的分析，为犯罪论体系的转型提供了理论资源。

在这36期论坛活动中，关于刑法方法论的讲座对我具有较大的吸引力。刑法方法论问题，是刑法理论研究中的一个核心问题，对于刑法理论的深入发展具有原动力的意义。“当代刑法思潮论坛”成为我国刑法方法研究成果的一个展示平台。例如，冯军教授的“刑法教义学的立场与方法”，系统地论述了刑法教义学的方法论，这对于刑法教义学在我国的推广与展开，具有重要参考价值。周光权的“价值判断与刑法知识转型”，对价值判断的方法论进行了深入论述，并且从我国刑法知识转型这样一个视角切入，具有启发性。杜宇的“类型思维与刑法方法”，对于类型的刑法思维方法进行了全面的阐释，开拓了我们的视野，丰富了刑法理论的思想工具。总之，“当代刑法思潮论坛”的讲座内容具有独创性和思想性，为我国刑法学科带来了一股清新的学术空气，这是令人难忘的。

“当代刑法思潮论坛”的每次讲座，在讲者和听者这两个方面，都给我留下了深刻的印象。

就讲者而言，将近20多位教授在论坛上竞相亮相，展示其最新研究成果。这些讲者大多是我国刑法学科的中坚力量，尤其是“四校一院”的刑法教授，更是当仁不让。值得肯定的是，一些中青年刑法学者登台亮相，表现惊艳。论坛还邀请了部分京外刑法学者参与讲座，拓展了讲者的来源。例如，京外学者冯亚东、蔡道通、刘艳红和杜宇等教授都有不俗表现。这里还值得指出的是，论坛邀请了外国学者和我国台湾地区学者参与论坛，极大地丰富了“当代刑法思潮论坛”的学术视野。在这些学者中，包括德国学者金德霍伊泽尔、希尔根多夫、许乃曼、魏根特、齐白等；美国学者罗宾逊；我国台湾地区学者陈子平、陈志辉等。这些学者给我们带来了独特的刑法思想和观点，极大地启发了我们的思路。

就听者而言，“当代刑法思潮论坛”并不是单向的思想传播，而是双向的观点互动。这里的听者，既包括参加论坛的点评嘉宾和其他教授，也包括各校的学生。这些听者都是论坛的积极参与者，他们的点评、提问和互动，构成了论坛热烈而生动的学术交流场景。“当代

刑法思潮论坛”还经常出现一些“不速之客”，即出差到北京的外地学者，正好赶上论坛活动，主办者邀请他们参加，增添了论坛活动的“变数”。例如，第一期张明楷教授的讲座，就恰逢重庆大学法学院陈忠林教授在京。陈忠林教授是我国刑法学界思想深刻、观点独特的一位刑法学者。从第一期讲座的现场录音资料就可以看出，陈忠林教授的加入为这次学术讲座增添了更为激烈的观点争论和更为激荡的思想交锋。

尤其值得说明的是，各校参加“当代刑法思潮论坛”的同学们，对于论坛活动表现出了极大的热忱。我现在还保存着一份中国政法大学准律师协会和中国政法大学刑事司法学院学生会制作的折页宣传材料。这是为2012年6月7日在中国政法大学昌平校区举行的第12期“当代刑法思潮论坛”专门制作的。该材料制作精美，对以往活动作了回顾，并对该期活动做了介绍，每期活动介绍中都有讲座老师的头像和内容简介。材料上有以下这样一段赠语，给我留下了深刻的印象：

“当代刑法思潮论坛”自开办以来，一直备受法大学子的关注。论坛能够在法大昌平校区举办，让同学们亲身领略众位名家的风采是我们的心愿。整整一年的盼望和努力，长久的期待终于化为了现实，此次论坛的成功举办离不开老师您的奉献和支持，我们将一一铭记在心。在此，向您致以我们最崇高的敬意！希望本次昌平之行给您留下美好的回忆！

莘莘学子的期盼之心跃然纸上！

历时五年的“当代刑法思潮论坛”，我主讲了3期，其他各期讲座我也基本上都参加了，给我留下了深刻的记忆。现在，论坛内容以文字形式呈现出来，成为历史档案的一部分。我作为其中的一员，参与了这一论坛，感到幸运。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春

2016年3月21日

由五校刑法学科组织的“当代刑法思潮论坛”，已经坚持了整整五年，产生了重大影响，取得了良好效果，可圈可点、可喜可贺。

“当代刑法思潮论坛”的主讲人，既有国内刑事法学者，也有国外刑事法学者；既有年长学者，也有年轻学者；既有在五校任职的学者，也有五校之外的学者。每一期论坛的主讲内容，都是主讲人精心准备的最新研究成果，没有哪位主讲人将旧论文作为主讲稿，没有哪位主讲人将旧观点作为演讲词。不管是旧瓶装新酒，还是新瓶装旧酒，都不是这个论坛的风格。虽然每一期论坛的内容都是刑法学中的重要课题，但没有故弄玄虚、高深莫测的偏题、怪题。此外，每一期论坛不只是有主讲人的精彩演讲，还有学生们的质疑问难，更有评论人的深刻点评，以及学者之间的唇枪舌剑、针锋相对。论坛凸显出良好的学术批评气氛，其中也不乏妙语解颐、风趣横生。

当然，主讲人的观点以及评论人的点评，不可能得到所有人的赞成。甚至可以肯定的是，本书出版后，每一位主讲人的观点以及评论人的点评，都可能受到其他学者的批判。但正如波普尔所言：“如果有人发现了你的一种错误看法，你应当对此表示感谢；对于批评你的错误想法的人，你也应当表示感谢，因为这会导致改正错误，从而使我们更接近于真理。”批评者的大胆批评以及被批评者的大度，有利于学术批评的展开和学术的繁荣。在刑法学领域，一个研究者提出的任何一种观点，都不会独立于他的整个人格，也并不独立于他的生活状况以及他在社会中的地位。换言之，任何刑法学者都会将基于自己

的生活状态、社会地位、切身体验等得出的结论，解释成刑法的真实含义。千差万别的价值观是人类文化多样性的一个重要方面，所以，论坛中呈现出不同的观点，以及对论坛中的各种不同观点的批评，都是十分正常的现象。相信只有一个真理并认为自己掌握了这个真理，是这个世界上一切罪恶的最深刻的根源。诚然，刑法学者的认同感主要是通过同行给予的承认和尊重而形成的。然而，对一位刑法学者的学术批评与该学者的承认和尊重是完全一致的。因此，每一位刑法学者首先应当善意地理解和对待他人的观点，同时也要展开学术批评。具有千差万别的价值观的刑法学者，只有通过相互争论、相互批评，才能形成具有现实意义的“共同意见”，从而促进刑法适用的安定性。

如所周知，每一次论坛的场面都蔚为壮观。虽然每个学校每次都利用了最大的教室或者报告厅，但总是济济一堂，不仅座无虚席，而且有许多人站着听，常常是过道上、讲台边站着许多人，甚至在窗外、门外还站着不少人。虽然论坛的主要听众是在校学生（包括硕士生与博士生），但事实上每一期论坛都有法官、检察官、律师参加。参加论坛的学生们都心潮澎湃、激动万分，相信他们一定有所收获、有所感悟。尽管如此，由于场地等原因，毕竟只有部分人能够亲临论坛，所以，公开出版论坛的内容，不仅可以让未能亲临论坛的人以阅读方式体会论坛的场景，而且能让亲临过论坛的人尽情回味论坛的精彩。

“供给侧改革”是当下流行的话语。经济学领域的“供给侧改革”旨在从提高供给质量出发，用改革的办法推进结构调整，挤掉与市场需求无关的水分，压缩过剩产能，扩大有效供给，提高供给结构对需求变化的适应性和灵活性，更好地满足广大人民群众的需要，促进经济社会持续健康发展。法学研究也需要开展“供给侧改革”，需要压缩旧的学术产能，挖掘汇通中外、切合实际的新学术产能。相信论坛内容的出版，能够满足广大读者的需要，能够促进刑法学的学术批评和刑法学的繁荣发展！

张明楷

2016年4月15日

序 三

弹指一挥间，五校刑法学同仁合办的“当代刑法思潮论坛”已走过五年。作为论坛之结晶的三卷本文集即将出版面世。我作为一名参与者、过来人，既非常高兴，也有一些感慨。我记得，论坛在北大开幕时，我们的总协调人梁根林教授在宣读他整理形成的《当代刑法思潮论坛宣言》中指出：“当今中国的刑法学，进入了‘春秋战国时代’，学术生态多元化的格局已经初步形成，不同的学术体系之间的分歧加大，同一学术体系之内也需要学术共识，因此，进一步的学术推动，客观上要求加强学术对话与交流，避免自言自语与隔空交战。”简而言之，我们开办论坛的初衷，就是为了加强刑法学人之间的学术对话与交流。

众所周知，近年来，我国政府高层一再号召，“大众创业，万众创新”。但要想在刑法学这一古老而又比较成熟的学术领域有所创新，却不是一件容易的事情。在我看来，社会科学的创新，就是要发出不同的声音。一般来说，发出奇谈怪论比较容易，但要发出有点学术价值的不同之声，却是很难的事情。没有深厚的学术积淀，没有强烈的学术激情，根本不可能发出有学术价值的不同之声。科学经验告诉我们，物体的碰撞会产生火花。思想火花的产生，也同样如此，需要有碰撞。学术同仁们坐在一起对话与交流，发表各自不同的见解或主张，这是一种最直接的学术碰撞，比起纸上文字的交流与碰撞，更为直接，更容易激发学术灵感，产生思想的火花，形成有学术价值、有

创新性的思想观点或主张。

回首论坛活动的往事，几乎每次都有不同学术观点的碰撞或争鸣。我是一位积极参与者，也是一位总想发点儿不同声音的人，因而，时常被“围攻”。冯军教授尽管是我师弟，但不留一点情面，攻击最为猛烈。由于我是一位没有脾气的人，并不在意别人的批评和指责，况且是学术争论，因此并不觉得难受，反而认为是享受了学术盛宴。每次参加论坛活动后，我总感到十分满足，有些学术灵感就是在论坛活动中产生的。

我到中国人民大学十多年，组织开展过不少学术活动，包括常设的“刑法名家讲座”“明德刑法学论坛”，等等，来校讲座和参与论坛的中外刑法学名家不少，但听众却从来都没有“当代刑法思潮论坛”的多。究其缘由，除了每次都有多位刑法学大腕的到来，部分年轻学子是慕名而来外，更多的学人是真诚地想来学点东西、长点见识或者感受一下论坛活动特殊的学术气氛。

“当代刑法思潮论坛”活动能够坚持下来，并取得令同行羡慕的成效，除了有五校同仁们的精诚合作、有“杨春洗法学教育与研究基金”的资助之外，与我们的总协调人梁根林教授的努力是分不开的。他用心做事，并要将事情做好做成的精神，令我十分敬佩；他为论坛文集出版付出的心血，也让我非常感动。为此，我还要代表中国人民大学的同仁们，向梁根林教授和所有为论坛的成功举办及论坛文集出版作出过贡献的人士表示衷心的感谢！

刘明祥

2016年3月30日

目 录

第一讲 犯罪的实体是违法和责任/001

主讲人：张明楷

主持人：梁根林

评论人：陈兴良、张文、周光权、劳东燕、刘明祥、谢望原、冯军、
付立庆、曲新久、陈忠林、林维、王轶、车浩

第二讲 犯罪构造的逻辑/051

主讲人：〔德〕乌尔斯·金德霍伊泽尔

主持人：王世洲

评论人：埃里克·希尔根多夫、冯军、劳东燕、樊文、陈璇、赵书鸿、
江溯、刘刚

第三讲 构成要件论：从贝林到特拉伊宁/073

主讲人：陈兴良

主持人：刘明祥

评论人：梁根林、王世洲、张明楷、周光权、谢望原、冯军、曲新久、
车浩、王莹

第四讲 行为无价值论的中国展开/115

主讲人：周光权

主持人：曲新久

评论人：陈兴良、王世洲、张明楷、劳东燕、刘明祥、阮齐林

第五讲 刑法中的责任原则/155

主讲人：冯军

主持人：张明楷

评论人：陈兴良、梁根林、王世洲、黎宏、劳东燕、刘明祥、曲新久、
阮齐林、刘仁文、蒋慧玲、付立庆、高其才、江溯

第六讲 因果关系和客观归责理论：原理与问题/197

主讲人：〔德〕埃里克·希尔根多夫

主持人：梁根林

评论人：陈兴良、王世洲、冯军、曲新久、樊文

翻译：刘刚、江溯

第七讲 不纯正不作为犯及以不作为实施犯罪之形式/219

主讲人：〔德〕班德·许乃曼

主持人：梁根林

评论人：王世洲、冯军、樊文、车浩、江溯

翻译：王莹

第八讲 但书、罪量与醉驾、扒窃/243

主讲人：梁根林

主持人：刘明祥

评论人：陈兴良、张明楷、周光权、冯军、车浩、江溯、劳东燕、
付立庆、王琪、王莹、陈璇

第九讲 中国特色的犯罪参与体系/293

主讲人：刘明祥

主持人：梁根林

评论人：陈兴良、江溯、何庆仁

嘉宾：王世洲、曲新久、周光权、劳东燕、冯军、林维、陈璇、王莹

第十讲 身份犯之正犯的认定：兼论义务犯理论/335

主讲人：陈志辉

主持人：梁根林

评论人：陈兴良、冯军、李圣杰、许恒达、何庆仁

第十一讲 抽象危险犯：识别、认定与立法展望/383

主讲人：付立庆

主持人：曲新久

评论人：梁根林、周光权、刘明祥、方鹏

嘉宾：陈兴良、车浩、江溯、冯军、劳东燕、林维、何庆仁、邓子滨

第十二讲 未遂犯理论的发展：以行为无价值与结果无价值为背景/421

主讲人：〔德〕托马斯·魏根特

主持人：梁根林

评论人：王世洲、刘明祥、冯军、周光权、劳东燕、樊文、徐久生、
陈璇、江溯

翻译：王莹

第十三讲 德国刑法理论的现状：优势与不足/447

主讲人：〔德〕埃里克·希尔根多夫

主持人：梁根林

评论人：张明楷、陈兴良、王世洲

嘉宾：刘明祥、冯军、曲新久、周光权、张守文、樊文、车浩、
何庆仁、陈璇、周微

翻译：江溯、黄笑岩

第十四讲 刑法知识转型与犯罪论体系的去苏俄化/481

主讲人：〔德〕班德·许乃曼、陈兴良、蒋慧玲

主持人：梁根林

评论人：储槐植、张文、刘明祥、阮齐林、曲新久、卢建平、邓子滨、
王政勋、林维、蔡道通、刘仁文、赵微、夏勇、杨兴培、王世
洲、方鹏、付立庆、高艳东、车浩、劳东燕、沈琪、李安

后 记/569

2011年3月3日

第一讲

犯罪的实体是违法和责任

主讲人：张明楷

主持人：梁根林

评论人：陈兴良、张文、周光权、劳东燕、刘明祥、谢望原、

冯军、付立庆、曲新久、陈忠林、林维、王轶、车浩

梁根林 各位老师、各位同学，大家晚上好。经过北京大学、清华大学、人民大学、中国政法大学四校法学院刑法学科老师的精心策划，“当代刑法思潮论坛”于今天即2011年3月3日正式开张了！

在论坛正式开始之前，请允许我介绍一下今天与会的各位老师。他们是中国政法大学刑事司法学院院长曲新久教授，人民大学冯军教授、谢望原教授、刘明祥教授，北京大学陈兴良教授，中国青年政治学院林维教授，清华大学周光权教授、张明楷教授、劳东燕教授，还有我们的前辈、北京大学张文教授，我们过去的同事、现在的好朋友、人民大学法学院副院长王轶教授，人民大学法学院付立庆教授，北京大学法学院车浩老师。此外，今天晚上还有一位嘉宾，就是陈忠林教授。

非常感谢大家参加今晚的论坛，下面我对论坛做一下简单的介绍。论坛的构想是在今年一月份灵光闪现的。当时，兴良老师和我在德国马普所参加耶赛克先生去世一周年纪念追思会，会后在弗莱堡郊区观光时，我们觉得应当做点儿什么，加强中国刑法学界内部真正的学术对话。回国后，我们与张明楷老师、周光权老师、刘明祥老师、曲新久老师等进行了沟通。大家一致认为，加强真正的学术交流和对话在当下中国刑法学的发展进程中尤其重要，对于举办这样一个“当代刑法思潮论坛”，可以说是一拍即合。今天下午，我把各位老师的构想形成了一个书面的东西，即《当代刑法思潮论坛宣言》。下面我给大家念一下，便于大家理解这个论坛想干什么，能干什么，可以达

到什么样的效果。共有四点：

第一，“当代刑法思潮论坛”是展现当代刑法学术前沿、基本立场、基本原理以及基本方法的专题性、系列性、学术性同仁论坛。当今中国的刑法学，学术生态多元化的格局已经初步形成，不同学术体系之间的分歧加大，同一学术体系之内也需要共识。因此，进一步的学术推进，客观上要求加强学术对话与交流，避免自言自语与隔空交战。

第二，“当代刑法思潮论坛”是四校联动的刑法学术论坛。在推进学术的过程中，四校法学院刑法学科的老师形成了具有相当凝聚力和对话可能性的学术共同体，尽管彼此之间的学术立场不尽一致，甚至可能属于不同的学术体系。但这并没有妨碍彼此之间的学术交流和相互学习，反而激发了我们交流的欲望和争论的勇气，在对话、争论和交流过程中不断推进中国的刑法学术水平。同时我们也在考虑，需要把我们之间的学术对话、交流甚至争论的影响力扩展到我们所有的学生。通过各自对刑法学术重大问题的研究，对重大基本问题的基本立场、原理的阐述与对话，影响四校法学院的学生，特别是刑法专业的研究生，带动四校法学院老师之间、学生之间、老师与学生之间的学术交流。为此，经过协商一致，决定对本论坛设置联动机制。所谓联动机制，可以用八个字概括，即“联合主办”——四校法学院联合主办、“轮流坐庄”——本次论坛在北京大学举行，下一次可能是在人民大学，再下一次可能是在中国政法大学或是清华大学。我们初步设想，每个月举行一次，一个学期四次。我们希望“当代刑法思潮论坛”能够在联动机制的基础上形成联动效应，在四校法学院的老师与同学之间形成更大规模、更有活力的学术共同体。

第三，“当代刑法思潮论坛”是开放性的学术论坛。论坛提倡坦诚的学术交流、平等的学术对话与规范的学术批评。论坛的主办者与主讲者、评论者可以大张旗鼓地推销自己的学术主张，但不搞“山头主义”，不搞“党同伐异”，我们真诚地欢迎中外刑法学界的同仁加入到这个学术共同体，“抛玉引玉”。我们希望每一次专题论坛，都是一

个刑法基本问题的专题学术研讨会，在最短的时间、用最高效的方式来推动学术交流，扩大学术共识。

第四，“当代刑法思潮论坛”由以已故的前辈杨春洗教授名义设立的“杨春洗法学教育与研究基金”提供资助。四校的学科带头人，即陈兴良教授、张明楷教授、刘明祥教授和曲新久教授也是这个论坛的当然召集人。

以上是我对论坛基本情况的介绍，下面隆重有请今天的主角——张明楷老师。

张明楷 尊敬的各位教授、各位同学，大家晚上好！

非常高兴、有幸来参加“当代刑法思潮论坛”，而且是第一个主讲。历史学家布鲁克斯曾经说过，法律人士最主要的特征之一，就是在任何问题上，他们都可以站成意见相左的两队。德国法学家曾经讲过，任何实践和理论科学家，都不会认为自己能够解答一个想象得到的问题，更不会宣称自己现在已经解答了这个问题；但是法学家不一样，只有法学自信能够解决每一个现实与想象得到的问题。我自己深深体会到，法学理论里的任何一个论证，只对认可自己结论的人有用，对于不认可自己结论的人来说，任何论证都是多余的。换句话说，不管自己怎么论证，反对自己结论的人，全部的声音只有两个字——“不”，再加上一个“NO”。因为法学结论的得出，在很大程度上取决于自己的经历、体验、阅读范围乃至亲属关系。清华大学法学院去年有一个法律硕士写毕业论文，是有关人体器官买卖的。第一部分论证出卖器官的人对伤害器官的承诺是无效的。按理说，结论应当是，买卖器官的行为就应当构成故意伤害罪。但是他的结论是不构成伤害罪。我问为什么，他说这样对医生的风险太大。后来他又论证了构成非法经营罪，我又问医生不构成非法经营罪，他说不能构成，否则医生的风险太大。我说你家里是不是有人当医生？他说是啊，你怎么知道？所以，我不能保证讲的内容大家都能赞成。但我觉得至少有一点，就是对刑法里面最基本的东西，还是多多少少有一些

共识。我不认为刑法上所有的问题我们都要有个共识，那是不可能的，但是对一些最基本的问题，我们还是要展开充分的讨论，如果连最基本的问题都没有一个共识的话，那么我们的研究也好，对话也好，对学生的学习也好，都是没有什么好处的。所以我就选了一个题目，叫做“犯罪的实体是违法与责任”，我想这样一个结论可能得到赞成的几率会高一点。

英国伦理学家威廉姆斯设想这样一个案例：一个旅行者叫吉姆，他在南美洲的一个森林里遇到一帮绑架了20个村民的恐怖分子。这个时候恐怖分子的头目对吉姆说，如果你把第一个村民杀了，我把你放掉，把剩下的19个村民也放掉；如果你不杀第一个村民，我把你也杀掉，把20个村民都杀掉。他只设想到这里为止，讨论吉姆这个旅行者可不可以杀人。我接下来设想两种情况：第一种情况，吉姆杀了第一位村民，杀了之后，警察到了现场，把吉姆抓了，恐怖分子我们暂且不管；第二种情况，是吉姆在杀第一个村民的时候，反过来被第一个村民杀了，第一个村民刚刚把吉姆杀死，警察赶到了现场，把第一个村民抓了。我设想的这两个案件，如果是在一个检察官、一个法官或者我们每一个同学那里，你去想这个案件，我想一般人都会说，两个人都无罪。但是，两个人都无罪的时候，不可能说两个人的行为都是正当的，或者两个人的行为都不正当。这个正当或者不正当在刑法上就是违法还是不违法。不可能两个行为都违法，也不可能两个行为都合法。因为二者完全是对立的。下面我再接着讲这个问题的时候，希望大家能够把这个案例放在脑子里，我可能待会儿就把这个案件拿出来说一说。

第一个大问题，我想对传统观点进行一下简要的回顾。传统观点也没有用“犯罪的实体”这个词，说实话要我解释什么是“实体”也很困难，但是我觉得传统观点用了不同的词或者说别的路径在回答这个问题。

第一，犯罪的特征。传统观点认为犯罪有三个特征，社会危害性、刑事违法性和应受刑罚处罚性。如果是这样的话，符合逻辑的做