

21世纪法学研究生参考书系列

刑法学的现代 展开 II

陈兴良 周光权◎著

 中国人民大学出版社

陈兴良 周光权◎著

刑法学的现代 展开 II

中国人民大学出版社
·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法学的现代展开. 2/陈兴良, 周光权著. —北京: 中国人民大学出版社, 2015. 7
(21 世纪法学研究生参考书系列)

ISBN 978-7-300-21635-5

I. ①刑… II. ①陈…②周… III. ①刑法-法的理论-中国-研究生-教学参考资料
IV. ①D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 160817 号

21 世纪法学研究生参考书系列

刑法学的现代展开 II

陈兴良 周光权 著

Xingfaxue de Xiandai Zhankai II

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京中印联印务有限公司

规 格 170 mm×250 mm 16 开本

版 次 2015 年 11 月第 1 版

印 张 38 插页 2

印 次 2015 年 11 月第 1 次印刷

字 数 768 000

定 价 98.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

作者简介

陈兴良，男，汉族，1957年3月生，浙江义乌人。1981年毕业于北京大学法律系，获法学学士学位，同年考入中国人民大学法律系，1984年获法学硕士学位，1987年获法学博士学位。1984~1997年在中国人民大学法学院任教，先后任助教、讲师、副教授、教授，1994年被评为博士生导师。现任北京大学法学院教授、博士生导师、长江学者特聘教授。兼任北京大学法学院学术委员会主任、北京大学法治与社会发展研究院刑事法治研究中心主任、北京大学社会科学部学术委员会副主任、教育部社会科学委员会委员、国家社科基金学科评审组专家等职。1997年入选国家教委首批跨世纪优秀人才培养计划，并获国务院政府特殊津贴；1999年当选全国杰出中青年法学家；2000年获教育部第二届“高校青年教师奖”；2004年经人事部等八部委批准，入选为新世纪百千万人才工程国家级人选；2004年入选教育部文科首批“长江学者”特聘教授；2007年获美国犯罪社会学会国际学术奖；2010年获日本刑法学会名誉会员称号。主要科研成果包括：撰写《刑法哲学》、《刑法的人性基础》《刑法的价值构造》《本体刑法学》等个人专著十余部，主编或参编刑法学著作三十余部，在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》等刊物发表论文三百余篇，有十余项科研成果获国家、省部级科研成果奖。

周光权，男，汉族，1968年1月生，重庆市人。1992年毕业于四川大学法律系，1999年毕业于中国人民大学法学院，获法学博士学位。现为清华大学法学院教授、博士生导师，兼任第十一届、第十二届全国人大法律委员会委员、最高人民检察院案例指导工作委员会委员、教育部（特邀）国家督学、国家社科基金学科评审组专家等职，曾先后挂职担任北京市人民检察院第一分院副检察长（2007年11月至2010年7月）、最高人民检察院公诉厅副厅长（2013年5月至2014年5月）。2001年4月至2002年3月，日本名城大学法学部访问学者。2002年获第七届北京市哲学社会科学优秀成果二等奖，2003年获第三届“胡绳青年学术奖”，2004年获清华大学“学术新人奖”，2005年获第一届中国青年法律学术奖（法鼎奖）银奖，

2010年获北京市“十大杰出青年法学家”称号，2014年获第三届钱端升法学成果奖三等奖，2014年获北京市哲学社会科学一等奖。主要研究领域为中国刑法学、刑法思想史等。主要科研成果：撰写《刑法客观主义与方法论》《刑法学的向度》《法治视野中的刑法客观主义》《刑法客观主义的中国展开》《注意义务研究》等个人专著11部；参编刑法学著作三十余部，在《中国社会科学》《中国法学》《法学研究》等刊物上发表论文一百八十余篇。

目 录

导 论	常识主义刑法观	/1
	一、偏离常识主义的刑法学	/1
	二、回归常识主义刑法观的可能性	/5
	三、“欧化”刑法观与常识主义的关系	/11
	四、常识主义刑法观的基本原理	/14
第一章	刑法的机能	/18
	一、刑法机能的概念辨析	/19
	二、刑法机能的全面理解	/22
	三、刑法机能的科学界定	/26
第二章	行为无价值论的构造	/34
	一、问题意识	/35
	二、理解行为无价值论的三种进路	/37
	三、对行为无价值论的批评与回应	/43
	四、行为无价值论与刑罚论的关系	/50
	五、行为无价值论的中国命运	/51
第三章	风险刑法理论批判	/58
	一、风险刑法的风险之界定	/59
	二、风险刑法的话语体系之解构	/66
	三、风险刑法的立法实例之分析	/75
	四、结语	/83
第四章	但书规定研究	/84
	一、但书规定的历史沿革	/85
	二、但书规定的内容界定	/92
	三、但书规定的价值评判	/96
	四、但书规定的司法适用：以“醉驾”为例	/99
第五章	刑法解释方法位阶性的质疑	/104
	一、文义解释不具有绝对优位性	/107

	二、目的解释只在相对意义上处于优位 /114
	三、实务中对解释方法的选择完全可能“各取所需” /118
第六章	罪刑法定主义的逻辑展开 /126
	一、绝对的罪刑法定与相对的罪刑法定 /128
	二、形式的罪刑法定与实质的罪刑法定 /132
	三、消极的罪刑法定与积极的罪刑法定 /138
	四、罪刑法定主义的派生原则 /142
第七章	罪刑法定与刑法明确性 /149
	一、刑法的明文与明确 /150
	二、立法方式与刑法明确性 /153
	三、非法经营罪中的刑法明确性问题 /159
	四、结 语 /163
第八章	罪刑法定与口袋罪的限制适用 /164
	一、口袋罪演进的实例分析 /165
	二、以危险方法危害公共安全罪中的“其他危险方法” /169
	三、口袋罪入罪条件的限制 /174
第九章	转型中的中国犯罪论体系 /179
	一、中德犯罪论体系的比较视角 /180
	二、我国犯罪论体系的学术个案 /183
	三、犯罪论体系的方法论意义 /187
第十章	构成要件论的历史演进 /192
	一、贝林：构成要件论的基调奠定 /193
	二、特拉伊宁：构成要件论的结构变异 /198
	三、中国：构成要件论的模型还原 /203
第十一章	构成要件和违法性的关系 /209
	一、构成要件和违法性的同质性 /210
	二、必须区分构成要件和违法性 /212
	三、我国刑法学中构成要件和违法性一体化的问题 /216
	四、构成要件、违法性的关系与我国犯罪论体系的改造 /219
第十二章	客观归责方法论的中国实践 /223
	一、客观归责论在中国的理论展开 /224
	二、客观归责论在中国的司法实务 /228
	三、客观归责论的中国前景 /240
第十三章	主要罪过说 /246
	一、问题之所在 /247

二、主要罪过说的立论：从滥用职权罪谈起 /248

三、结果加重犯与主要罪过 /251

四、余论 /257

第十四章 过失犯的危险犯 /262

一、德国刑法中过失危险犯规定的探析 /263

二、我国刑法是否存在过失危险犯的辨析 /267

三、过失危险犯的法理考察 /274

第十五章 客观处罚条件 /279

一、问题的提出 /280

二、客观处罚条件的性质 /284

三、内在的客观处罚条件的问题点 /290

四、外在的客观处罚条件 /296

五、中国刑法的客观处罚条件规定及适用 /299

第十六章 未遂犯的处罚根据 /306

一、主观未遂论和客观未遂犯论的对立 /307

二、行为无价值论与修正的客观未遂论 /311

三、修正的客观未遂论与偶然防卫 /317

第十七章 不能犯和未遂犯 /326

一、区分不能犯与未遂犯的客观角度 /328

二、行为人明显缺乏经验知识与不能犯的成立 /334

三、判断主体与不能犯、未遂犯的区分 /338

四、余论 具体危险说与中国社会现实之间的一致性 /340

第十八章 教唆未遂 /345

一、我国刑法规定未采用单一正犯概念 /347

二、解释刑法第29条第2款的方法论 /353

三、共犯从属性理论与刑法第29条第2款的理解 /357

第十九章 身份犯的竞合 /363

一、问题的提出 /364

二、身份犯竞合的通常解决思路及其不足 /366

三、义务重要者正犯说的合理性及其论证 /374

第二十章 身份犯的共犯 /387

一、身份犯共犯的立法与学理 /388

二、违法身份犯与责任身份犯的区分 /393

三、我国刑法中的共犯与身份 /395

第二十一章 法条竞合 /403

- 一、我国刑法中法条竞合类型 /404
- 二、行政刑法意义上法条竞合“特别关系”的复杂性 /410
- 三、对于按特别法条不构成犯罪的情形，能否依普通法条定罪 /413
- 四、法条竞合与想象竞合的关系 /420

第二十二章 死刑政策的法理解读 /423

- 一、死刑政策的演变 /424
- 二、坚持少杀政策的阐述 /427
- 三、防止错杀政策的阐述 /430

第二十三章 刑法分则规定的明知 /434

- 一、刑法分则规定的明知：界定与描述 /435
- 二、德日刑法学中的表现犯：概念与性质 /441
- 三、我国刑法学中的表现犯：借鉴与争议 /446
- 四、刑法分则规定的明知：分析与认定 /452

第二十四章 自杀关联行为的定性 /458

- 一、教唆、帮助他人自杀行为为定性的理论分歧 /459
- 二、理解自杀性质的第三种路径：法外空间说 /463
- 三、法外空间说的适用 /469

第二十五章 刑事案例指导制度的发展方向 /477

- 一、思考的起点：刑事案例指导制度的功能定位 /478
- 二、刑事判决书改革与刑事案例指导制度 /481
- 三、法官的解释能力与刑事案例指导制度 /484
- 四、“类似案件类似处理”与刑事案例指导制度 /488

第二十六章 指导性案例研究 I：潘玉梅、陈宁受贿案 /492

- 一、潘玉梅、陈宁受贿案的内容 /493
- 二、潘玉梅、陈宁受贿案的分析 /495
- 三、潘玉梅、陈宁受贿案的评论 /502

第二十七章 指导性案例研究 II：王志才、李飞两起故意杀人案 /503

- 一、两起指导性案例的主要内容 /504
- 二、死刑适用条件的司法考察 /506
- 三、限制减刑制度的司法裁量 /518
- 四、最高人民法院在控制死刑中的作用 /520

第二十八章 指导性案例研究 III：施某某等聚众斗殴案 /525

- 一、案情叙述 /526
- 二、构成要件的法理阐述 /527

三、相对不起诉的政策体现	/537
第二十九章 指导性案例研究Ⅳ：忻元龙绑架案	/541
一、忻元龙绑架案的诉讼历程	/542
二、死刑案件证据标准的考察	/546
三、留有余地的“死缓”判决的反思	/551
索引	/557
刑法教义学与刑事政策的关系：从李斯特鸿沟到罗克辛贯通（代跋）	/560
后记	/594

导 论 常识主义刑法观

刑法学在现代世界各国的发展呈现出如下总体趋势：理论构造越来越复杂、越来越精巧；对问题的研讨越来越深入，说理越来越透彻；学派尖锐对立，学说越来越多，共识似乎却越来越少；实质判断、规范判断越来越多，形式判断、事实判断越来越少。由此带来的问题是：刑法学似乎越来越脱离公众的生活常识，越来越成为公众看不懂的东西。因此，在刑法学发展一路高歌猛进的背景下，讨论刑法学如何关照生活常识，从而在其和生活常识之间确立某种关联这一问题，可能具有独特意义。

一、偏离常识主义的刑法学

1. 刑法越来越偏离我们的生活，偏离我们的常识，变得越来越难懂。这在德国、日本和中国都是如此。

刑法中的很多判断，取决于我们的日常生活中所形成的观念或习惯性思维。弗莱彻教授指出，在因果关系的感知过程中要注入习俗所具有的通常和可预期的标准。如果家庭中的烟雾报警器是极其罕见的，那么，我们就不会在一场家庭大火中，把孩子的死亡解释为没有安装烟雾报警器的后果（我们也许会把死亡解释为在隔壁缺少一个消防站的结果）。但是，如果城市中的其他人家都安装了报警器，那么，我们会指出，孩子的死亡是由于没有安装本来能够拯救他们生命的报警器。^①但是，类似的判断，在今天的刑法学中，正逐渐被条件说、相当因果关系说、远因说、近因说、预防必要性说甚至客观归责理论替代。换言之，刑法学与生活常识渐行渐远。

当下的刑法学，从总体上看，有以下三个特点：（1）学科内的意见分歧特别大，很多问题没有统一的观点，或者反过来说，相互对立的观点很多，例如主观主义和客观主义的对立、行为无价值论和结果无价值论的对立。（2）刑法学的理论很抽象，比如说犯罪成立理论。如果我们去考察三阶层理论，从古典的犯罪论体系，中间经过新古典主义、目的论体系，到罗克辛的目的理性体系，理论演变过程以及最终成型化的理论，都很复杂。（3）刑法学上解释的方法很多，使用较为随意，各种方法之间差异太大，主观解释、客观解释、目的解释、当然解释、扩张解释、缩小解释这些解释理由或解释方法，对同一个问题的分析，最终可能得出矛盾的结论。对于如何消除解释冲突，刑法学的研究不多。

^① 参见 [美] 弗莱彻：《刑法的基本概念》，蔡爱惠等译，37 页，北京，中国政法大学出版社，2004。

所以，刑法学发展到现在，可能变成了一个令人陌生的形象，使得理论和公众的规范感觉，就是笔者以前讲的，和公众认同之间的分歧很大。^①

2. 在中国，刑法学在很大程度上受意识形态的影响，反映一种主流的判断。这意味着有的基本原理是说理不透彻的。“这时候的所谓‘刑法学’的基本特点是，它不是规范性，而是政治性的……刑法学就自然而然地在符合目的的前提下作政策性乃至政治性的展开，而不是规范性的认识。”^② 这样的理论也注定和基本的生活常识、生活经验是偏离的。

3. 在中国，刑法学者之间的论争有其不同于欧陆学派之争的特点：（1）学者自身立场的一贯性缺乏，没有一个统一的基本逻辑。例如，某些学者对未遂犯的成立坚持客观立场，但是，涉及共犯问题时，则改成了主观主义，很难把一种立场贯彻到底。立场的缺乏导致学派这样的东西在中国是缺乏的，所以真正的学派建立、论争在中国实际上是没有的。所以，我们现在只是说，需要想尽办法去提倡这种学派之间的论争和学派的建立。（2）现在，刑法学中似乎有一种潮流，特别是主流的、通说的刑法观念，把德国、日本的这种所谓“欧陆化的刑法观点”批判为不合理的或者落后的，所以，什么样的刑法解释方法只要跟德国、日本有关，在主流的学者或者通说看来它肯定是不合理的。所以，我们的主流学说或者通说基本上是建立在怀疑或者否认这种所谓的“欧化”刑法立场的基础上的。我们对犯罪论体系的论争就可以让我们看到这样的观点。坚持“四要件”的人，一定认为德日阶层的理论不合理，把欧陆的观点批评为脱离中国的实际的、不合理的观点。被称为脱离中国实际，意味着通说认为它脱离我们中国的国情、脱离我们生活的经验。（3）夸大中外刑法学的差异，认为我们在刑法理论上，特别是犯罪论体系上，完全应该走不同的道路。当然，在这里，实际上又涉及另外一个问题，就是我们现在的中国刑法学，可以分为哪些类型，哪些东西和笔者所讲的“常识”是背离的，哪些理论充分考虑了生活常识。这是一个需要仔细辨析的问题。

最近 30 年的中国刑法学理论，大概有 4 种类型：（1）陈兴良教授在 20 世纪 80 年代末至 90 年代初对刑法哲学的探讨，取得了一些令人瞩目的成果。可以说，陈兴良教授很好地完成了刑法理论的启蒙工作，让我们的刑法学研究能够一下子绕过一些难题。^③ 在 20 世纪 90 年代中期以后，我们的刑法学就能站在一个比较高的理论起点，不再纠缠于意志自由这样的哲学化命题，都和陈兴良教授很好地解决了这些问题有关。当然，刑法哲学的研究也会有它自身的问题。哲学研究高度抽象，如何将其与刑法学研究融为一体，在刑法哲学研究中注入常识主义的内容，不是一个

① 参见周光权：《刑法的公众认同》，载《中国法学》，2003（1）。

② 李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，5 页，北京，法律出版社，1998。

③ 其中，最有代表性的是陈兴良教授所著的《刑法哲学》，该书自 1992 年在中国政法大学出版社第一次出版之后，又数次修订再版，时至今日，仍然是刑法学研究生的必读书目。可以说，该书是最近 30 年来最有生命力的刑法学著作。

容易解决的问题。(2) 将苏联刑法理论稍加改造后形成的、到现在为止还处于通说地位的理论。该理论的特色是，基本以苏联刑法学的四要件说为核心建构犯罪论体系。但是，这样的研究，服务于打击和惩罚的目标的成分太多，意识形态的东西掺杂在犯罪构成要件之中，犯罪客体意味着刑法所保护的而为犯罪行为所侵害的社会主义社会关系。有学者指出：“一切犯罪客体的共同本质就在于，都是犯罪行为所侵犯而为我国刑法所保护的社会主义社会关系。任何犯罪都是以不同的方式，在不同程度上侵犯社会主义社会关系的。”^① 四要件犯罪构成理论将犯罪客体置于绝对优越的地位^②，强调犯罪一定是对社会关系的破坏、对社会的一种挑战。这种研究，会在被告人权利保障方面引发一些问题^③，也是用一些我们所讲的“大词”把刑法学自身的很多精髓，就是刑法学能够精巧发展的很多东西，掩盖起来。那么按照这种理论，犯罪的一定是对社会有仇的人，所以，犯罪是公然挑战整个社会秩序，所以“有毛病”的一定是犯罪人。这样一来，行为自身有什么特点，如何非常谨慎地去解释一个犯罪人的犯罪行为，怎么样精巧地建构刑法学理论，等等，在通说强调意识形态这样的理论背景下，都被“遮蔽”了。通说的这种观点，也就是“犯罪一定是对整个社会的挑战”这种观点，粗看是没有问题的，但是，如果仔细分析，是有问题的，是脱离生活常识的。在现代社会，很多犯罪的犯罪人根本没有挑战社会的意思，犯罪可能是迫不得已的，或者犯罪是一瞬间的，比如说很多激情犯罪，很难说犯罪人他有挑战社会的这种动机，但是，他犯了罪。这就说明要建构惩罚的理论体系，还要考虑更细的内容，要考虑生活常识。所以，怎么看待犯罪，不把犯罪解释为对整个社会的挑战行不行，是不是还有另外的解释？还有一些犯罪，比如说一些经济犯罪，像金融诈骗、合同诈骗等诈骗类的犯罪，很难说有多大的挑战整个社会的意思。不是一上来就给犯罪扣上挑战整个“社会主义社会关系”的大帽子，而是结合生活常识把犯罪看作是一种“事态”、一种生活事实，在此基础上，再逐步进行价值评价，可能是刑法学研究要做的。但是，按照以四要件为核心的苏联刑法理论，难以达到这种目标。(3) 以张明楷教授为代表的“精巧解释型”研究。这样的研究，在最近十多年以来取得了非常丰硕的成果。但是这种研究也受到通说的很多批评，认为其很多解释是建立在“欧化”的基础上，是以欧陆刑法理论为样本来分析中国的问题：某些理论就是对欧陆刑法理论的照搬；有的理论，即使不是照搬，拿到中国来，也并没有改造好，并不适合中国的国情。但是，笔者认为这种批评本身并没有十足的道理。(4) 试图在欧陆的刑法理论和中国通说之间寻找一个“中间”的道路的刑法学理论。也就是说要考虑法益侵害，考虑刑法

① 王作富：《中国刑法研究》，95页，北京，中国人民大学出版社，1988。

② 此后，也有学者认为，犯罪主体是犯罪构成四要件说中首当其冲要考虑的构成要件（参见赵秉志、吴振兴主编：《刑法学通论》，88页以下，北京，高等教育出版社，1994），但其对通说权威的细微挑战似乎最后也没有获得成功。

③ 参见周光权：《犯罪论体系的改造》，87页，北京，中国法制出版社，2009。

客观主义，考虑实质的判断。要考虑这样一些要素，但这样一些东西明显是欧陆的刑法才有的，在这样的基础上，再考虑中国的刑法规定，考虑中国人的规范感觉，考虑中国的法制发展水平，考虑中国整个社会的国情，基于这样的立场来建立刑法理论。笔者认为这是最接近于常识主义的刑法观。

综上所述，在中国刑法学中，每一条道路都有它自身的特点。笔者曾经在一篇文章中谈到中国刑法学的前景问题，认为上述第四种中间路线的研究更为适合中国。^① 需要承认，不同的道路实际上各自都有各自的问题，刑法学者如果不把刑法的东西和哲学的东西综合在一起，是走不通的；通说借助于意识形态，或者说基本上是以方便处罚这样的基调作为理论建立的起点，在这个方面是有问题的。也就是说，目前处于通说地位的理论，在一个政权建立之初，出于惩罚、巩固政权的便利而建构一种相对容易理解的、便于司法人员适用的理论是可以的。但是，当一个政权已经非常稳固了，当“尊重人”“保护人权”这样的东西显得很重要的时候，通说这种非常粗略的刑法观就是有很多问题的。而在精巧地解释刑法时，怎么进一步和中国国情相结合，可能是需要考虑的问题。当然，对于折中的刑法立场，如何防止其全盘照搬欧陆刑法学，如何考虑公众的常识、生活经验，也是一个很复杂的问题。

换言之，无论走何种刑法学研究的道路，可能都面临需要重新思考的问题：我们的生活当中，哪些常识性的东西，或者哪些生活经验上特别值得重视的东西，是刑法学研究需要仔细考虑的？实际上，这个问题不仅在中国存在，在德国、日本也存在。有的德国学者认为，对犯罪阶层论的研究太过复杂，完全是学问上的“技巧”，对司法也没什么指导，法官也不可能按它那么精巧的理论来处理案件。雅科布斯和普珀都认为犯罪阶层论没有用处，而且认为随便适用哪一种理论对司法实务都一样。^② 所以，德日刑法学理论也有一个如何回归常识的问题。这个问题，是所有的刑法立场、刑法观需要考虑的。其实，像德国、日本把刑法理论构建得那么精巧，其弊端也还是比较明显的。比如说，一旦承认客观归责理论，对犯罪客观要件包括行为及其后果、行为的可归责性的判断和原来的理论相比较就变得很复杂，对构成要件的判断就太难了，案件的审理就会变成一个非常漫长的过程。所以，现在德国司法官员实际上也不可能严格按这个理论构架来行事。德国学者把客观归责理论弄得这么复杂，在日本也没有太多市场。其中有一个原因就是脱离通常人所理解的这种生活经验，脱离一般人的规范感觉。因此，笔者的观点是，对于客观归责论的逻辑和方法论，在理论上需要承认，但是按照常识刑法观需要加以改造。

通过前面的分析，笔者想集中展示的一个问题就是：刑法学之所以有那么多学派，或者有那么多的理论，或者有各种各样解释方法、观点，或者它的文字之所以

① 参见周光权：《中国刑法学的想象力与前景》，载《政法论坛》，2006（5）。

② 参见许玉秀：《当代刑法思潮》，53页，北京，中国民主法制出版社，2005。

变得那么难懂，立法上之所以用词那么字斟句酌，和我们这个理论越来越脱离常识有关。

脱离常识必然会带来的一个问题是：在刑法学中内耗严重，共识越来越少。有人会说，共识少了，说明理论争论比较繁荣，是好事情。抽象地讲是这样。但是，刑法学的发展，毕竟是需要有一些共识的，因为它要运用于司法实务去处理为数众多的案件。碰到一个疑难案件，理论上当然可以有数十种观点，但是，最后一定要寻求一种相对说得通的观点、相对讲得有道理的观点。此时，有一些起码的共识是需要的。刑法理论如果过于脱离常识，就注定不容易达成共识。这样，就导致刑法学的整体发展受到很多限制。

因此，刑法学如何回归常识主义是比较重要的问题。回归常识主义，要重视两个问题：一方面，刑法本身对社会有什么益处？或者刑法的社会功能究竟是什么？这是需要特别重视的。另一方面，刑法学回归常识主义，是否有可能性？也就是说，要让刑法学和生活常识接近，或者尽量回归生活常识，尽量让公众能够去认同，是不是有可能？如果有可能，那么，它的出发点或者基点在什么地方？

二、回归常识主义刑法观的可能性

（一）刑法的社会功能

无论哪一派学者，都要充分关注刑法究竟在社会当有什么功能这一问题。对刑法功能的判断，意味着要剔除我们对刑法所寄予的不切实际的愿望，比如说，过于依赖刑法来达到统治的目的，过于把刑法意识形态化，可能都是让刑法承担了太多的使命。所以，对刑法的社会功能的赋予，必须要恰当，如果赋予了很多的社会功能，这样的刑法一定会偏离老百姓一般通常的规范感受。

前面已经提到，通说认为，刑法的运用是因为犯罪人仇恨社会，所以，行为的危害很大，必须要对行为人归责。但是，我们完全可以换一个视角看犯罪：犯罪只不过是社会当中的一段恶缘，刑法要处理恶缘。林东茂教授指出：“刑法要圆满对应恶缘的兴灭，在立法和司法上都要慎重将事，否则因缘际会卷入漩涡的人将遭灭顶。”^① 恶缘是对规范关系加以破坏的结局。犯罪是一段恶缘，意味着犯罪是对规范秩序的破坏。规范关系意味着社会当中的底线秩序，刑法的功能在于恢复社会关系当中被犯罪破坏的规范关系、规范秩序，也就是说，社会的存在，或者说社会之所以有意义，是因为有规范存在，有规范对一般人的行为进行指引、设定处罚网络。如果说社会有意义是因为有规范，那么，社会就是因为规范而存在的，而不是规范因为社会而存在。在这个过程当中，犯罪行为是对这个规范网络的破坏，对这个规范网络当中某一段的破坏。所以，林东茂教授讲犯罪是一段恶缘，笔者觉得是

^① 林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》，5页，北京，中国人民大学出版社，2009。

有道理的。社会中有这么多的规范网络相互交错，比如，作为教师，我们要遵守什么样的规范；作为一个公民，我们要遵守什么规则；作为一个和邻居相处的人，我们要遵守什么规则，这些规则组成了规范网络。由于社会中存在大量规范关系，某一个犯罪事实，就是对这个规范关系的破坏。所以，犯罪意味着结下了一段恶缘或者孽缘。刑法就是要了却它，要把这一段恶缘或者孽缘终结。而终结这段恶缘的最终的目的，是让人们生活得很安心，确保人们的生活有秩序。

所以，刑法的社会功能是对规范关系或者底线秩序的维护。有人会说，刑法的社会功能不是要保护法益吗？后文会讨论法益和笔者讲的这种规范关系相互之间到底怎么处理。笔者不否认法益这个概念，反而认为它是很重要的，但是，它和笔者讲的规范的相互关系是需要考虑的。既然刑法是对规范关系的保护、对底线关系秩序的维护，既然它的社会功能在于这个地方，那么要达到这个目的，刑法就一定要限制人的自由，就是让人们很多事情做不了。当然，对人的行为施加羁绊，这个只是形式，实质是刑法通过对人的限制，来确保所有人生活很安心、有保障。

在这里，刑法和民法的差别就表现出来了：民法总是考虑到怎么样去褒奖人，怎么样去使得合法的人能够得到好处。刑法是不管奖励人的。一个守法的人，本来就不应该去杀人，所以，刑法不会说这个人居然一辈子没杀人，就要奖励一下他。刑法只是在一个人做了什么坏事时惩罚他，虽然惩罚过程中尽量克制，如果有自首或者立功的情节，可以宽大，但是，宽大的前提仍然是刑法以冷峻的面目出现，告诉人们什么事是不得做的，如果你做了会有什么后果。所以，刑法的面目是非常恐怖的。这就很好解释一种现象：一个很温和的人，在做了检察官之后，因为总是跟刑法打交道的的原因，跟家里人说话时，即便不像讯问犯人，也会非常有进攻性，无论家里人说什么，他可能都要去辩驳、批评，都要说家里人不对；做了检察官之后，回家说话嗓门非常大，一定要压倒对方。这可能会让他的家里人觉得困惑，觉得一旦做了检察官，就像变了一个人一样。实际上，这是很正常的。检察官、法院的刑事法官打交道的是刑法，他们的言行举止都打上了刑法的烙印。所以，刑庭法官和民庭法官一看就是有区别的。民庭的法官总是和颜悦色地调解，而且把两方都安抚得很好。但是，刑庭的法官不做这个工作，再温和的刑庭法官，对待被告人也会有严厉的一面。当然，我们讲法官要客观、公正，但是，刑庭的法官再公正、客观、温和，也会比民庭的法官严厉。刑庭的法官穿上法袍往审判席一坐，被告人不敢说什么，因为他毕竟是被司法力量控制的。所以，刑法要达到这样的目的，在手段上就要通过限制自由或者以阴森森的面目出现，通过限制自由这样的手段最后保护规范关系，保护底线的秩序。这是为了让所有人生活得更安心、更有自由。

要实现刑法维护底线秩序的社会功能，有一个过程，而在这个过程中所展示出来的东西是形式的东西——对人的行动自由加以限制。例如，《刑法修正案（八）》将醉酒驾车、飙车规定为犯罪。有人会说，刑法作这样的规定，限制了自由，也侵

犯了人权，很不合适。但是，像醉酒驾车、飙车这样的行为，在当前中国还是一个相对比较突出的一个问题，规定为犯罪也是可以接受的。一旦规定了，那就得说它要保护一种底线的秩序。从形式上看，当然是要限制某些人的自由。但是，从实质上看，限制少数人的自由的同时会让更多人获得自由，让更多人在有秩序的状况下通行和生活，从而维护底线伦理和底线秩序。

维护底线秩序和常识刑法观的关系非常密切：刑法如果要在一定程度上尊重常识，尊重我们的生活经验，那么它就需要考虑在一个社会当中，最基本的生活上的秩序是什么。也就是说，笔者所讲的规范关系或者底线，一定是一个社会当中，维持这个社会生活最起码的生活秩序和社会关系。因此，在保护规范关系或者保护底线秩序、底线伦理的基础上，去把握刑法的社会功能，返回常识主义去建构刑法理论，是有可能的。

（二）不同国家的刑法具有文化特质，但也有跨文化的特征

提到文化这个词，很多人一定会说，不同的国家、民族，在不同的时期，有不同的文化，所以世界上没有相同的民族，也就没有相同的文化，刑法文化也是这样的。但是，如果回归常识主义的刑法观，刑法文化上的相同性是可以找到的。也就是说，我们需要重视不管是哪一种刑法理论，不管它的文化上的差异多大，它最终有共同的特点，就是对某些特别重要的利益是保护的，而这种利益是生活上的利益。笔者不是说有多少文化就有多少特殊的利益，而是说有一些特别重要的利益，即使在不同的文化背景下，也是要保护的。毋庸置疑，文化背景不同，价值观不同，国情当然不同，刑法观就不同。但是，即使在各自完全不同的这种背景下，也有共性的地方，对一些特别重大的利益，所有的刑法都是要保护的。对生命、身体、财产这些利益给予保障，是从《汉谟拉比法典》以来我们就承认的事实，而生命、身体、财产这样一些东西是和我们的日常生活联系特别紧密的利益。对性犯罪、妨害风化的犯罪以及伪造货币、放火等犯罪进行惩罚，是几乎所有国家刑法的题中当然之意。对生活中得到普遍承认的生活利益的维护是所有的刑法理论都无法绕开的。赫费曾经指出：“从刑法的观点看，其实根本不存在极端的外人，也几乎找不到什么样的法律文化在本质上是相异的。”^① 也就是说，在现代社会，各个国家文化的特性表现得很充分，但是，刑法文化上的相似性也是存在的，例如，跨国的犯罪或者侵害整个世界利益的犯罪越来越多，国际毒品犯罪、恐怖活动、走私这样一些犯罪，是没有国界的。所以，在德国是犯罪的走私行为，在中国很难说就不是犯罪。所以，从刑法文化上看，没有什么非常极端的外国人。如果一个人被犯罪行为侵害，在中国的感受是这样，在国外的感受也是这样。所以，缩小不同国家之间这种刑法文化上的差异、消除这种差异，建立这种有共识的返回常识主义的刑法观，是有可能的。这是回归常识主义的可能性当中的第二个问题。

① [德] 赫费：《文化际的刑法Ⅱ》，蔡庆桦、孙善豪译，载《二十一世纪》，2000（2）。

(三) 刑法学的知识构造

1. 我国刑法学的知识构造与国外的差异，最大的地方在于犯罪论，而不在于刑罚论

刑罚论部分，世界各国的教科书大同小异。当然，涉及刑罚观时，比如，刑罚的目的、刑罚的功能，可能有差异。康德、黑格尔、贝卡利亚在刑罚观上就有差别。但是，在刑罚的适用、刑罚的执行上面，基本没什么差别，所以，真正的差别在于犯罪论。那么，犯罪论上的差别怎么消除？笔者觉得在一定程度上要考虑思维的出发点问题。

思维的出发点是对生活经验、生活常识的判断，所以，犯罪论体系是从生活经验判断出发到理性判断的过程，这个是起点。如果不重视犯罪论问题上对生活经验的判断，一开始就是理性判断，或者是意识形态的判断，这样的刑法学可能是有问题的。犯罪一定是违法和有责的行为，如果从生活经验来讲，这是两个问题：违法是被告人该当何罪的问题；有责是拿谁来“开刀”的问题。构成要件该当性和违法性论的关系特别密切，但是，判断一个人的行为是不是违法，是解决一个人的行为从生活经验上判断或者从常识上判断究竟该当何罪的问题。那么，接下来才是进一步的实质判断，即拿谁“开刀”、由谁负责这样的问题，即有责性判断。刑法的适用，一定是一个“选择性执法”的过程，社会中每一天发生的违法或者犯罪为数不少，“犯罪黑数”也不计其数，但是受到处罚的只能是其中的一部分，惩罚是有意或者无意“选择”的结果，就需要考虑“该当何罪”和“拿谁试问”的问题。这种思考进路，首先是从生活经验出发，从事实出发，从日常生活的一般感受出发，作出判断。那么，犯罪论体系的判断，要从生活经验或者日常生活的感受出发。犯罪论的判断是从经验的到规范的、价值的判断，符合犯罪判断的过程，也符合犯罪论的理论发展史。从这两个角度来讲，犯罪论的判断都是从生活经验、生活常识出发作出的。可见，犯罪判断过程是先立足于对事实的判断。必须先考察有什么样的行为、有什么样的后果，这些外在的东西、事实的东西是什么，然后，才说这样的行为从价值判断上看实质上是合法的还是违法的，最后，才说责任落到谁头上。这个过程是从经验到价值判断的一个过程。刑法的理论史，特别是犯罪论的理论史，从古典主义，从“违法是客观的、责任是主观的”到“违法也可能是主观的”这种新古典主义，到行为是受目的支配，一直到最近的理论发展，都是从单纯地重视经验到逐步地重视价值的判断、重视这种理性的判断这么一种发展史。所以，刑法学要向前发展，一定是建立在这个基础上的，不能脱离常识，如果脱离了这个东西，刑法学者之间的分歧就会无限大。因此，在刑法的知识构造里面，回归常识是有可能的。

2. 刑法理论中有很多模糊地带，需要我们去处理

司法上作出决断的过程，很多时候是对生活经验加以考虑的过程。例如，甲、乙两个人站在某招待所的阳台上，选中离阳台8米多远的树干上的废瓷瓶作为

目标比赛枪法，约定谁输了谁拿出一包香烟。两个人轮流各射出子弹3发，均未打中瓷瓶，但其中某一发子弹穿过树林上空，飞向距离该阳台约133米远的人行道上的电线杆附近，导致恰好经过此处的行人丙死亡。事后，司法机关无法查清由谁发射的子弹导致被害人丙死亡，如何处理本案？^①按照中国现在通说的理论，共同犯罪仅限于共同故意犯罪，立法上不承认共同过失，学说上也没有系统的共同过失理论，所以，对这两个人定共同过失犯罪就多多少少有些问题；如果定各自的单独过失犯罪，需要证明致死的那颗子弹由谁发射，从而确定谁对死亡结果负责。但是，本案不能查明共犯关系，也不能查明因果关系，是不是对两个行为人都作无罪处理？笔者认为不能。对本案的处理必须考虑生活常识：被害人死亡，该后果和行为人的行为有一定关联，行为人应当对此负责。所以，法院对本案最终定过失以危险方法危害公共安全罪是否妥当？单纯从理论的角度看，可能还有疑问，但公众并不是不能接受这样的裁判。按林东茂教授的说法，犯罪是一段恶缘，这就需要了结。如果不对甲、乙定罪，这段恶缘还了结不了，就没有人负责。所以，像这样的案件，笔者基本认同法院判决。但是，究竟怎么去解释它，可能有问题。也就是说，如果对甲、乙不定罪的话，结论和国民一般的判断是偏离的。被害人死了，而且明显是这两个人中的某一个人打死的，但是现在没有人为此负责，公众可能就接受不了。

司法判断容易陷于两难境地，但需要法官去决断的场合还有很多，比如说对偶然防卫，司法上就需要决断对这个防卫的人要么定罪要么宣告无罪；又如，牺牲他人保全自己生命的案件，理论上可能有很多处理方案，但是，实务中也有一个选择的问题，而这个选择就是要考虑它是不是最终接近国民的规范感觉。再比如，甲是一个乡镇税务所的所长，打电话向一个公司的经理乙要钱，说：如果你公司能够给我们16万元作为税务所组织职工外出旅游的费用，你公司原来提出的免税申请，虽然不符合条件，但是，税务所也可以给予减免。这一减免可能一年就是上百万元，乙当然愿意答应，就给了甲16万元。16万元当中12万元用于这个所里所有人外出旅游，还剩4万元，所长甲拿去给女儿办婚礼了。检察机关起诉乙对单位行贿，犯罪数额是12万元。法院对甲判决受贿4万元。这个案子可能判得有问题，就是凭最一般的生活常识、经验判断也可以想象，乙行贿16万元的时候，一定会有一个受贿16万元的自然人或者单位。如果说乙行贿16万元，但是，又判甲受贿4万元的话，那剩下的12万元就不知道去哪里了。因此，这个判决明显偏离一般的规范感觉。理论上讲，受贿和行贿是对向犯，在对向犯的场所，并不是对两方都一定要定罪，但在行为上这两个人一定是相互对合的关系，行贿的人拿出多少钱，受贿的人一定是收了多少钱。所以，在说乙犯单位行

① 更为详尽的案情，请参见最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》（刑事卷），46页以下，北京，人民法院出版社，1997。

贿罪 16 万元的时候,就得说甲所在的单位受贿 16 万元,再进一步判断甲所在的单位所受贿的 16 万元当中,有 4 万元是不是被甲贪污了。只有这样,这个数额才对得上。所以,刑法理论对很多问题的解释和我们司法实务中对案件的处理,就得考虑在有不同选择、方案的时候,哪一种判断最接近于最基本的常识,这样的分析才可以避免不必要的偏差。

3. 刑法的理论不是精确的理论,很难作经济分析

刑法上的很多判断,必须考虑当下社会中的常理或者常情究竟是什么,而不能作经济分析,不能去“算账”。“刑法的经济分析”这样的思考进路,注定是很边缘的。刑法要对付的是最复杂的社会关系,基本不能依赖于推算,用再精确的数学公式,实际上也是算不清楚关于犯罪与刑罚的问题。^①经济分析难以进入刑法学领域的理由在于:(1)个案的犯罪情节很特殊。根据罪刑相适应原则量刑要均衡,但是,在很多时候,法官的量刑只要不接近于畸重,就很难受到责难。即使是两个大致相同的案件量刑上的悬殊也在所难免。比如,贪污罪的量刑是有数字衡量的,似乎可以作经济分析。在很多地方,只要贪污数额在 10 万元以下,基本上是贪污数额增加 1 万元刑期增加 1 年左右。但是,很多案件很特殊,比如说,犯罪人是为了给父母治病,或者为了小孩上大学,正缺这 1 万元,对其跟其他贪污同样数额的罪犯一样判,就很难做到。罪刑相适应只是一个一般的规定,判刑时要针对个案,作特别的考虑。此时,就一定要去尊重生活常识。期待可能性理论,为什么在 19 世纪被提出来以后,在很长时间是学者们津津乐道的问题?实际上它也就是考虑在国家刑法权威的重压之下,怎么去照顾一些很特殊的情况:由于个案很特殊,作特殊判断的时候就需要考虑生活常识的问题。而期待可能性一旦阻却责任,被告人可能被判无罪。期待可能性能不能阻却责任,是常识主义的判断。再比如,说窝藏和包庇行为是妨害司法的行为,一旦实施即可定罪。但是,当被窝藏、包庇的人是本犯的父母或者配偶时,如果一定要追究窝藏、包庇者的刑事责任,可能效果有限。此时,放弃追究实际上就是常识主义的考虑。如果仅仅靠经济分析,说什么样的窝藏、包庇行为可以定罪量刑,那窝藏、包庇家属的行为一定可以,但是,“亲亲相隐”这样的规定,在中国古代有,在现代的某些西方国家也有,它也是不能简单地算经济账的。此外,一般认为,财产刑是可以算账的,像罚金,似乎一个人犯多大的罪,就应该判多重的罚金。比如生产、销售伪劣产品,判处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金,这是《刑法》第 140 条的规定,但是,假设现在有一个参与生产、销售伪劣产品的被告人刚满 17 岁、不到 18 岁,他是主犯之一,即便判他罚金,他没有办法缴纳。考虑到这种情况,法官也可能对其尽量少判罚金,即便其在共同犯罪中所起的作用较大。所以,即使是刑法中最容易算账的这样一部分,用于一些特殊案件、特殊人身上的时候,也可能行不通。对于刑法之所以不能算账,就是因为有

① 在这个意义上,所谓的电脑量刑乃至电脑辅助量刑是否有存在的必要,就很值得商榷。

很多事情的处理涉及最起码的生活常识。(2) 刑法当中有些问题的解释会很复杂、很困难,这样的问题很多。对某些问题的解释之所以很困难,那还是因为我们要考虑生活常识,而不是单纯地考虑经济分析那一点东西。刑法上的判断,说到底善恶的判断,而不是资源配置或者社会财富的分配。(3) 刑事上的追诉有时一定要不计成本。被害人的财物被盗窃了,无论其价值多少,按理说,警方花多大的代价也要把这个案子破获,因为我们需要通过犯罪论体系、通过刑法来实现正义。那么,我们就必须考虑,社会的正义,或者有罪必罚,比投入—产出的经济分析更重要,笔者觉得这是需要考虑的。刑事诉讼法上有时候考虑司法效益,考虑投入—产出。但是,在刑法上,类似的东西都是不能考虑的,我们不能去责难司法机关不应该投入那么多、产出那么小。刑法上的判断,是在充分尊重生活常识基础上的价值判断、规范判断。这种判断,注定不是一个很精确的判断;这种判断一定要立足于、偏向于常识主义的判断。

所以,从知识构造的角度看,刑法是从生活常识主义、经验判断出发所作的一种理性的价值判断。在这个过程中,起点是生活常识,而且判断所得出的结论也不能过于偏离生活常识。

三、“欧化”刑法观与常识主义的关系

前面已经提到,德国犯罪论体系沿着古典主义——新古典主义——目的论犯罪论体系——新古典主义和目的论相结合的进路,一直发展到罗克辛的目的理性体系都是以事实判断、生活经验判断为起点,逐步发展到理性主义的漫长过程。在此过程中,价值判断的成分不断加重。欧洲的刑法,或者欧美的刑法发展非常迅速,其中有很多值得我们学习的地方。所以,笔者认为,现在我们对它们的很多批评有可能是不合适的。笔者觉得最值得我们重视的就是欧陆刑法观和常识主义之间的关系,以及对常识的尊重。

1. 随着世界一体化,经济上的、政治上的,特别是经济上的一体化进程的加快,国际犯罪增加,出于打击国际犯罪的需要,欧美国家的刑法高度趋同的趋势很明显。比如说,对死刑,尽可能废除。在整个欧洲都废除,在美国很多州也废除了死刑。对很多新的刑罚方法(例如,社区矫正)的使用,都说明刑法高度趋同。刑法高度趋同,和常识主义刑法观有什么关系?这种关系在于高度趋同建立在—个前提下,就是对人权的尊重,对人权的尊重最后可能又与其他的一些东西(例如,重视通过对规范有效性的维持来确保刑法的实现)联系在一起。人权和笔者前面所讲的那种规范关系以及对法益的保护等都有非常紧密的关系,人的基本权利是建立在他对某些很重要的利益独享的基础上的。这个问题在后文中还会涉及。

2. 欧陆各国文化的差异性存在,但是,刑法的共性更值得重视。刑法和价值

判断的联系特别紧密，虽然不同的国家文化差异性是在存在的，但是，刑法的共性也是存在的。刑法和文化传统以及价值系统的关联特别密切，刑法又是高度趋同的，一些特别重要的法益，即便岁月流逝，变化也很小。一个社会中稳定的规范关系的变化相应地也会很小。欧陆刑法观普遍承认这样一个命题：“己所不欲，勿施于人”。对一个犯罪行为、一个犯罪人，之所以要进行惩罚，前提是行为人对于自己的行为可能是明显的不妥当有认识，由此出发，我们对刑法的解释，以及要把刑法定位于保护规范关系、保护底线的秩序，实际上也是对“己所不欲，勿施于人”的承认。可见，欧陆刑法观有这样一个基本的前提，实际上意味着不同国家的刑法观念趋同超过差异。

林东茂教授指出，在刑法领域，“既要生活经验为基础制定法律与解释法律，复出经验之外，作合理的价值判断”^①。欧陆犯罪论体系正是在尊重生活常识的基础上进行价值评价和理性分析，因而取得了长足发展，很值得我们借鉴。但是，在我国刑法学界最近一两年对犯罪构成理论的论争中，通说有一个基本的前提，认为德、日的犯罪论体系都是外来的，是“他者”，和中国的实际并不相符，因而似乎不值一提。怎么看待通说的这种倾向？日本学者丸山真男指出，任何国家的学者在引进别国的思想时，都必定存在着误解，但是，“如果神经质地注目于其歪曲和变质的尺度，日本的思想也许会在某种意义上被全部描写成对原物的歪曲和误解的历史……问题不仅在于弄清是否有‘误解’，而且还在于要弄清其‘误解’是否能够解决问题、是否具有多产性”^②。在引进国外的一些理论这个问题上，日本和中国是相似的。这两个国家的近代化问题都与如何自主独立地应对西欧冲击的问题紧密相关。中国和日本一样，都要去应对西欧的很多理论对它的冲击，尤其是在思想领域。在日本近代改革初期，引进西欧的思想，是受高度的目的性支配的。就像中华人民共和国刚成立的时候大量引进苏联的思想，受很多目的性的支配，都是在一定的状况下，带着一定的问题意识。这种目的性在近代化初期表现得相当显著。当时的人们努力从一定的现状中提取出一定的问题，并自觉地设法去解决这些问题，在这一过程中必然会产生新的思想。那就是说，在引进别国学者的思想过程中，开始有些混乱是正常的，甚至是有积极意义的。所以，中国刑法学的发展，在中华人民共和国成立初期是引进苏联的，而且引进之后也有一些改造。现在看来，有它成功的地方。但是苏联这套理论，要再往前发展、再精巧化，就有问题。所以，这个时候我们需要看看德国人、日本人，甚至欧美人，究竟怎么看问题。笔者并不是说苏联这套理论就完全是错的，完全要抛弃；笔者没有说通说一无是处。但是，我们要尊重现在的德、日刑法学，看看别人究竟是怎么讲道理的。在引进德、日理论之初，有很多误解在所难免，而且有的误解里面蕴含着很多积极的地方、蕴含着很多

① 林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》，12页，北京，中国人民大学出版社，2009。

② [日]丸山真男：《日本的思想》，区建英、刘岳兵译，93页，北京，三联书店，2009。

很好的东西。丸山真男就提到，清末中国的思想家严复通过同时引进孟德斯鸠的思想和赫胥黎的进化论，创造了一个思想，并产生了巨大的影响。但是，把18世纪法国孟德斯鸠的思想和19世纪后半期的进化论结合在一起，本来是不恰当的，如果单纯从欧洲思想史的发展来看，那简直是逻辑上的混乱。但是，如果内在地去理解严复对当时中国现状的认识和所采取的克服、解决的办法，把西欧思想用作改变现状的手段，那么就会发现，把孟德斯鸠的思想和赫胥黎的思想同时引进并不奇怪。丸山真男还提到，在日本，自由主义、民权主义引进过程中，也有类似严复的状况——我们现在认识到其重要性，但是当时，其实好多机会蕴含在这种对西方思想的歪曲当中。如果把上述问题作为思考的前提，往往只会纠缠于日本独有、固有的思想问题。丸山真男的意思就是说：在日本，很难说有固有的、优秀的思想观念，那就需要去引进。在引进过程中，有可能会出问题，但也正常。理论发展的很多机会都蕴含在这里面，隐藏在这里面。^①这也同时说明，理论创新是很困难的，所以很多时候理论的发展蕴含在对他人的学习过程当中。在刑法学中，现在已经很难找到德国和日本的学者完全没有讨论过而只中国独有的问题，“在国外，就一个具体问题，可以讨论一二百年，因为具体问题总是与理论根基相联系；而我国的刑法学总是很难持续地讨论某个问题”^②。所以，借鉴欧陆刑法学研究完全是理所当然的。丸山真男也曾经认真地讨论了学术研究上的独创性问题，他指出：思想史能否有独创性，是一件很难评价的事情。关于独创性，认真研究过的人都知道，即使拿欧洲的思想史作为背景，也很难发现有新出现的、全新的东西。正如人们所说的，欧洲思想史是以古希腊的思想为主题的变奏曲。也就是说，欧洲的整个思想史，都是在古希腊的思想的基础上，作一些不大的变化。“所谓的思想史，大体上是古来思想不断改编的历史。也就是说，对过去的思想一读再读，读透了再给予重新解释，给之以新的光辉。不外就是这样的历史。从这个意义上看，真正的独创，也并不是什么全新的东西，当然也不是什么新奇的构思。”^③这个话用在刑法理论上也是合适的，也就是说，除了类似于客观归责这样的理论是独创的以外，真正的独创也不是什么全新的东西，也不是什么新奇的构想。即便是客观归责理论，它和相当因果关系，特别是其中的事实关系，还是有关的，它也可能是多了一个名词，新瓶装的是旧酒。分析这么多，无非是想表明中国刑法学想要取得长足的发展，必须要有多种思路，所以要有比较宽广的胸怀，认识到不同的犯罪论体系都有必要存在，所以，不存在一种理论比另外一种理论要优越这样的问题。在这个意义上，需要承认，的确存在可以从基本原理中推导出普遍有效命题的“没有国别的刑法学”^④。

① 参见〔日〕丸山真男：《日本的思想》，区建英、刘岳兵译，94页，北京，三联书店，2009。

② 张明楷：《刑法的基本立场》，54页，北京，中国法制出版社，2002。

③ 〔日〕丸山真男：《日本的思想》，区建英、刘岳兵译，110页，北京，三联书店，2009。

④ 樊文：《没有国别的刑法学》，载《法学研究》，2010（1）。

四、常识主义刑法观的基本原理

回归常识的刑法理论，有一些基本的原理。这个问题相对复杂。

1. 对犯罪的认定要慎重，需要考虑公众基于生活经验的规范感觉。一方面，根据罪刑法定原则，为防止刑罚权的恣意行使，国家只有依据事前制定的法律才能对某种行为进行处罚，行动的预测可能性原理是罪刑法定的当然内容。判断行为人是否具有预测可能性，只能从行为人而非裁判者的观点出发，考虑在实施行为的当时，行为人根据其生活经验对该行为可能为刑法所禁止是否有所认识。如果从行为人的角度看，根据其生活经验，难以形成规范认同，对行为可能受到否定性评价没有认识，则刑罚权的动用可能就存在问题。在这个意义上的刑法规范，首先是行为规范，其次才是裁判规范。另一方面，对犯罪的评价要从事实出发，再到价值评价。犯罪认定上的慎重意味着什么呢？不能一上来就给被告人带意识形态的帽子，认定他破坏了社会主义社会关系，或者在共同犯罪中直接就认定他是主犯，让被告人陷入万劫不复的境地。司法上要有专门的机制给被告人以辩解的机会，要在不同的犯罪成立理论阶段、层次让犯罪人辩解。这就意味着犯罪论体系一定是阶层的，控诉的机制蕴含在中间，辩护的机制也蕴含在中间。所以，控、辩能够对抗，在理论的构造上能够为这种对抗留有空间。对此，通说肯定会批评：凭什么一定要有阶层的理论？这可能是更复杂的问题。阶层的理论，笔者一再强调说，出发点从形式上看是要给被告人辩护的机会，但是，该理论的实质在于先有经验的判断、生活常识的判断，或者说是先有事实的判断，再到价值的判断、实质的判断。而我们现在所讲的四要件理论，这种判断是全部糅合在一起的，没有先后过程之分，当然会带来思维上的混乱。

2. 关于规范和法益的关系的问题。刑法要保护法益，但最终要保护的是规范关系和底线的秩序，实现社会有序化。这又回到了行为无价值论和结果无价值论的关系问题上。大谷实教授认为，犯罪是违反社会上一般人应当遵守的伦理规范，进而侵害或者危害法益的行为，因为犯罪侵犯了社会伦理规范，在这个基础上进一步造成了法益侵害，所以要对其进行处罚。^① 在当下德国成为通说的理论认为：犯罪的本质是违反行为规范，法益以行为规范的存在为前提，刑法以行为规范为基础，规范和刑法的关系特别密切。刑法要最终保护法益，就必须立足于保护规范关系这一基点。这是行为无价值二元论的观点。

笔者对此的进一步解释是：关于规范和法益的关系问题，行为无价值二元论关于规范违反的判断优先于法益侵害说、结果无价值的主张，是最接近于常识主义的一种理论，回归常识的基本刑法原理意味着在刑法立场上是行为无价值论的。在规

^① 参见 [日] 大谷实：《刑法讲义总论》，新版第2版，243页，东京，成文堂，2007。

范和法益这两个概念之间，法益侵害说认为法益是重要的，它是唯一的東西。但是，在笔者这里，法益只是表面的东西，法益必须放到规范中去理解，没有规范关系的维持法益这个静态的东西没有意义，这样，规范关系的维持才是问题的关键。但是，对此需要特别详细的论证。笔者初步的考虑是：在现代社会中存在的不是单纯的个体，而是利益和价值取向都不同的规范共同体和社会。实际上，如果世界上只有一个人，什么都好说；有两个人时就有矛盾了；有三个人时，就是一个社会，就需要规范。所以，在现在社会存在的不是单独的个体，而是利益和价值都不同的人的群体，在这个过程中，我们必然承认有一些东西是优先的，是具有优越性的东西。那么这个具有优越性的东西不一定是法益，而是规范关系。也就是说，不是法益重要，而是因为我们要维护这个关系，才说由法益所体现出来的或者法益背后的关系重要。换句最简单的话说，从最终看，法益可能是重要的，但是，必须是我们说他重要他才重要，而当我们要说什么东西重要的时候，我们一定是将其放在规范关系中去理解，其重要性才能突显出来。我前面曾经提到被告人的权利，提到欧陆刑法的合理性问题，被告人的权利保障和这里所讲的规范关系存在以下关联：在一个社会当中，有一些底线秩序、最基本的规范关系，这个规范关系的存在，决定了人的生存状态和生存质量。有这样的东西存在，个人才能安心，自由才能得到保障，生存才有质量。这样，才有被告人权利的概念。在承认被告人权利这样的背景下，才会说某些权益或者利益是重大的，才会有法益这样的概念。所以，在笔者的理论体系中，规范关系最为重要。有人可能会说，我们这个社会当中有一些最基本的东西，比如生命、身体、财产、婚姻，都很重要。但是，反过来也会说，这种法益，比如生命、身体、财产、婚姻，都只不过是规范关系的体现。法益，要在规范关系中得到承认才会凸显其意义。而规范关系基本上是由一些道德、伦理规范所组成。“几乎在所有地方，人们都服从于某些具有道德性质的规则，例如保护生命和身体、财产和婚姻”^①。对于法益和规范之间的关系，似乎可以考虑作这样的解释：以生命权为例，任何人都有生命本能，都有攻击别人的本能，都有暴力的倾向。但是，并不是每个人都会成为杀人犯，只是说人人都有可能攻击别人，但是，并不说人人都可能成为罪犯。但是，个人实际上是潜在的罪犯。为什么有这样的可能，但是很多人并不会去杀人、不会去伤害他人呢？因为有刑法的道德性的约束。这个道德性的约束就是说，只要你觉得生命重要，不愿意别人侵害你，你也不应当侵害别人。反过来，别人也应当这样去思考问题。换言之，任何人都不应当成为别人的刀下鬼！那就是说，你的生命权受到保护，这是法益。这时候，生命权应当受到保障，看起来好像就是因为生命权是重要的。但是，中立地看，或者动态地看，说某一个东西重要是没有意义的。必须是别人认识到这个是重要的，从而不侵犯它，这个东西才是重要的。说婚姻、财产、生命这样的东西重要，其实是没什么意义的。

① [德]赫费：《文化际的刑法I》，蔡庆桦、孙善豪译，载《二十一世纪》，2000（1）。

它们当然重要，但是说它们重要其实是因为在特定的规范关系、特定的社会环境中，别人认识到这个东西重要。而当别人认识到这个东西重要，而且需要去保护的时候，才不会使用暴力。这样的思考，是放在规范关系里讨论的。所以，仅仅说生命权重要是不够的，要让别人也承认、认为它重要，才是关键。法益概念一定生存在规范关系当中，或者在规范关系当中这个概念的重要性才得以体现，才显得有意义。赫费指出：“我之所以有生命和身体的权利，是因为所有的别人都有义务去克制他们以暴力侵犯我的能力……并不是因为每一个人的存在都以生命和身体为一个（优先的）利益，而主要是因为：（1）利益只有在相互性中才能实现；（2）在‘相互性的体系’中，每一个人所宣称合理的作为（别人应该放弃使用暴力），只有以相对的作为（自己放弃使用暴力）为条件，才能成立。”^①

一个人，之所以他的生命显得特别重要，是因为所有的他人都要克制他们以暴力来侵犯被害人的冲动。在这个意义上，在规范关系上，这个法益才重要。财产也是一样的：假设我有一只名牌手表，价值1万元，我天天戴着它，我自己感觉它重要，因为我知道它是价值较高的财物，但是，静止地看，这只手表本身对别人、对刑法来讲，都是没有意义的。只有别人认识到这个东西重要，它的价值才能有意义。所以，家财万贯对别人来说没有什么意义，如果没有人来偷、没有人来抢，刑法根本就不管。刑法要干预的是，在规范关系当中，他人的财产是不能动的，任何人都应当尊重他人的财产。这就是说，某种法益是不是很重要，完全是相对的，必须放在规范关系中去阐释——你不能侵害我，你不能对我使用暴力，你必须克制你的暴力冲动，要不就会对整个规范关系产生影响，进而侵害法益。所以，我们现在所讨论和重视的法益概念，是静止的概念，可能对一个人的世界或者两个人的世界是有意义的。但是，我们现在都生活在共同体之中，“共同体是一种个人联合体，或者是含有合作和冲突诸因素的关系结构”^②。一旦这个世界上有了三个以上的人并结成共同体的时候，传统的、静态的法益概念，或许有问题。这是行为无价值论所理解的法益和规范之间的关系。在这个意义上，犯罪是对规范的违反，违法的本质在于行为的无价值，以此为立足点的刑法学，才是最接近于常识主义、接近于公众认同的理论。

为什么行为无价值论很接近常识呢？^③ 那就是说，犯罪行为一定不是孤立的行为，不是真空状态下的行为，而是社会当中对社会有害的行为。而说它对社会有害的时候，它一定是对某个东西的破坏。而对某个东西的破坏，最后的落脚点，有一

① [德] 赫费：《文化际的刑法 I》，蔡庆桦、孙善豪译，载《二十一世纪》，2000（1）。

② [德] 赫费：《政治的合法性——法和国家的批判哲学之基础》，庞学诤、李张林译，48页，上海，上海译文出版社，1998。

③ 当然，“对社会一般人观念的关注和对公民法感情的尊重，并不是行为无价值论和社会相当性独有的‘专利’，而是以合理解决实际问题为己任的刑法解释本身不可或缺的要素”（陈璇：《刑法中社会相当性理论研究》，97页，北京，法律出版社，2010）。

个实体，或者这个实体的权益被破坏。但作为实体的法益一定要在社会规范联系中去保护，在人与人之间的相互关系中去理解，它才会有意义。也就是在这个意义上，许玉秀才认为：“法益论其实也是规范论……法益本身也是一定规范目的下的产物，社会的同一性可以随不同时空而变异，在整个 20 世纪的时空下，刑法规范不过是提供个人发展生命的资源评价为法益，评价为证明社会同一性的方法，如果将保护法益说成是规范效用的隐喻，其实是相同的意思。”^①

3. 刑法具有文化意义上的普遍性，它来自于对生活常识的承认，意味着我们对欧化的某些刑法理论的学习。对生活常识的承认，要求犯罪论的建立从事实的判断到规范的判断，从生活经验的判断到价值的判断；对犯罪论中很多问题的处理需要考虑公众的生活常识，例如，对于因果关系的错误，即便行为人对于因果流程存在认识错误，但只要结果“保持在根据普遍的生活经验可以预见的范围之内……所设想的和实际发生的因果经过之间的不一致便属于‘非本质性的’”^②。

只要在刑罚论中，报应是满足了人最朴素的愿望、最起码的生活常识。但是，报应的要素里面，要受积极的一般预防论的约束。也就是说，刑罚论里面应当有积极的、一般预防的因素来调解报应的东西，也就是一体论的，或者是折中的刑罚论。在这个意义上的刑法学，无论其多发达，都是接近于或者充分考虑了常识的理论。

基于前面这三点，最后得出的结论就是：回归常识的中国刑法学，一定是考虑国情、中国独特文化的理论。这样的刑法理论，很可能是一个折中的理论，也就是笔者所主张的是二元的行为无价值理论。^③ 我认为，这是适合于中国当前实际的理论。坚持这种理论，实际上就是在中国确立了刑法的基本立场。学派形成和刑法学回归常识的过程是一个相辅相成的过程。由此，在刑法学的核心问题即犯罪论体系的论证上，犯罪论体系要阶层化、精致化，以事实和经验的判断为思维起点，最终要形成价值判断，由此形成精巧的刑法解释体系。坚持行为无价值二元论，也适度考虑了欧陆刑法传统，在借鉴过程中，特别思考规范关系和法益的轻重问题，思考规范和法益的关联性，并最终规范关系为本，建构接近于常识的理论体系，由此就会形成与中国当下社会发展态势相契合的理论体系。

① 许玉秀：《当代刑法思潮》，26 页，北京，中国民主法制出版社，2005。

② [德] 韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，149 页，北京，法律出版社，2008。

③ 参见周光权：《违法性判断的基准与行为无价值论——兼论中国刑法学的立场定位》，载《中国社会科学》，2008（4）。

第一章

刑法的机能

一、刑法机能的 _{概念辨析}	19
二、刑法机能的 _{全面理解}	22
三、刑法机能的 _{科学界定}	26

刑法机能关涉刑法存在的正当性与合理性，因而是考察刑法的基本出发点之一。任何一种刑法必有其存在的理由，因而有其功能定位，但正是机能上的差异使得专制社会的刑法与法治社会的刑法在性质上得以区分。我国社会目前正面临着从人治到法治的转型，刑法机能也发生着某种转换。在刑事法治的背景下，如何认识我国刑法的机能，是一个需要深入研究的重大课题。

一、刑法机能的概念辨析

在对刑法机能进行探讨之前，有必要进行范畴的界定。在刑法理论上，刑法机能是一个通用的概念。大多数日本学者都是在刑法机能的名目下对刑法的规范机能、保护机能和保障机能加以讨论的。例如，日本学者大塚仁指出：作为刑法的机能，特别可以考虑的是规制的机能、秩序维持机能及自由保障机能。^① 日本学者大谷实则称为刑法的社会机能，指出：所谓刑法的社会机能，是指刑法在社会上应当具有的机能和固有的作用，分为规制机能和维持社会秩序机能两种。^② 在此，刑法的社会机能就是指刑法的机能，而大谷实教授在维持社会秩序机能中论及保护法益机能与保障人权机能，大塚仁则是将自由保障机能与秩序维持机能并列。内容大体一致，只不过是表述上有差别而已。笔者是赞同将社会保护机能与人权保障机能相对应的，后者不能包含在前者之中。刑法机能也被有的学者称为刑法功能，例如，我国学者指出：刑法的机能，或称刑法的功能，是指刑法以其结构和运作所能产生的积极作用。从机能与功能的基本含义当中我们不难看出，所谓机能和功能，乃是指某种事物或方法所具有的积极的作用和影响。^③ 我国台湾地区学者陈子平教授把刑法功能分为规制功能、保护功能与保障功能这三项功能。^④ 这里的功能与机能两词，实际上是完全通用的。此外，刑法机能也被有些学者称为刑法目的，例如，我国台湾地区学者黄荣坚教授专门论及刑法的目的，并将刑法目的区分为先于刑法的刑法目的和后于刑法的刑法目的：先于刑法的刑法目的是指罪刑法定，刑法提供人民自由开展其生活的保证。后于刑法的刑法目的是指刑法应有的积极意义，主要是指法益的保护以及社会规范的维护。黄荣坚教授指出：刑法目的概念在先天上内含理想性质，但是实然世界还有异于应然的世界。刑法保护人与人间最低限度利益衡平的目的，在现实上的情形必然有落差。^⑤ 因此，黄荣坚教授对刑法目的的理解更着眼于刑法应有的积极意义。刑法目的之说似乎较之刑法机能更具主观色彩，但实

① 参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，3版，冯军译，22页以下，北京，中国人民大学出版社，2003。

② 参见 [日] 大谷实：《刑法总论》，黎宏译，3页，北京，法律出版社，2003。

③ 参见周少华：《刑法理性与规范技术——刑法功能的发生机理》，120页，北京，中国法制出版社，2007。

④ 参见陈子平：《刑法总论》（上），8页以下，台北，元照出版有限公司，2005。

⑤ 参见黄荣坚：《基础刑法学》（上），10页以下，台北，元照出版有限公司，2004。

实际上刑法目的与刑法机能并无实质上的区分。有些学者在行文中，都是将刑法的机能、目的并用的。例如，日本学者西田典之从“刑法是为何而制定”这一问题出发思考刑法的机能，对于是把保护法益理解为刑法的第一机能、目的，还是把保护成为国家社会秩序之基础的社会伦理或刑法规范作为刑法的机能、目的这一问题进行了探讨。^①在上述论述中，机能与目的是等同的，完全可以互换。值得注意的是，刑法机能在某些著作中也称为刑法的任务。例如，德国学者耶赛克、魏根特的《德国刑法教科书（总论）》一书开头就是关于刑法任务的论述，提出了刑法的任务是保护人类社会的共同生活秩序的命题。^②当然，这里的任务一词在德文中是否与机能一词不同，还存在一个翻译上的问题。无论采用何种措词，刑法的机能（功能、目的、任务）都是对刑法存在的实际功用的考察。这也是刑法正当性问题，它在很大程度上决定着刑法的性质。

我国刑法第2条对刑法的任务作了专门规定，条文如下：

中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。

在刑法中规定刑法的任务，并非我国独创，而是源自苏俄刑法的体例。在大陆法系刑法中，均无关于刑法任务的规定，而是作为一种刑法理论问题，在有关刑法著作中加以讨论。但在俄国“十月革命”以后，随着政治话语对法律领域的垄断，刑法的阶级性得以强调。苏俄学者指出：对刑法和犯罪的阶级性质的看法是同马克思列宁主义关于国家阶级性质的学说相联系的。苏维埃刑事法律从伟大的十月社会主义革命胜利的最初几天起就公开宣布了自己的阶级性质。^③在这种情况下，刑法任务被视为最能体现刑法阶级性的内容而在刑法中加以规定，并成为社会主义刑法与资本主义刑法在内容上的重大区别之一，在某种程度上成为社会主义刑法的政治标签之一。1958年《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》第1条第1款规定：

苏联和各加盟共和国刑事立法的任务，是维护苏维埃社会制度和国家制度，保护社会主义所有制，保护公民的人身和权利，维护社会主义法律秩序，以防犯罪行为的侵害。

这里规定的是“刑事立法的任务”，它和刑法的任务还是有所不同的。根据上

① 参见 [日] 西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，22页以下，北京，中国人民大学出版社，2007。

② 参见 [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，1页，北京，中国法制出版社，2001。

③ 参见 [苏] A. A. 皮昂特科夫斯基等：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，16页，北京，法律出版社，1984。

述规定,1960年《苏俄刑法典》第1条第1款规定了苏俄刑法的任务:

苏俄刑法典的任务是保护苏联的社会制度及其政治体系和经济体系,保护社会主义所有制,保护公民的人身、权利和自由以及整个社会主义法律秩序不受犯罪行为的侵害。

这一规定与《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》第1条的规定可以说是大同小异。在刑法中规定刑法的任务这种立法例,为其他社会主义国家所仿效。除《苏俄刑法典》以外,《罗马尼亚刑法典》第1条规定了刑法的目的,其内容与《苏俄刑法典》第1条大体相同。《蒙古刑法典》第1条规定了刑事立法的任务,《朝鲜刑法典》第1条规定了刑法的任务。^①我国刑法历次草案中都有刑法的任务这一条文,只不过根据政治话语的变化而有所调整而已。这一规定可以说是刑法中的政治风向标。正如高铭暄教授所言:这是一条具有重大政治意义和法律意义的条文。^②我国1979年刑法第2条的表述是:

中华人民共和国刑法的任务,是用刑罚同一切反革命和其他刑事犯罪行为作斗争,以保卫无产阶级专政制度,保护社会主义的全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的合法财产、保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,维护社会秩序、生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众生活秩序,保障社会主义革命和社会主义建设事业的顺利进行。

在这一条文的表述中,还存在较为浓厚的政治色彩,例如,反革命、无产阶级专政、社会主义革命等都是当时流行的政治话语。在1997年刑法修订中,对这些已经过时的政治术语进行了调换,但该条文的基本内容并未改动。

如何解读我国刑法第2条关于刑法任务的规定,始终是一个存在争议的问题。如果我们不是满足于对这一条文的字面解读,而是力图将它纳入大陆法系刑法学的规范话语体系,那么,就会提出这样一个问题:我国刑法第2条规定的刑法的任务,能否等同于刑法的机能或刑法的目的?肯定的观点认为,刑法的机能就是指刑法的作用,也就是刑法所要实现的任务。^③根据这一论述,刑法的机能和刑法的任务是可以等同的概念。而否定的观点则认为,刑法的任务是指立法者所赋予刑法的职能或者责任,因而刑法的任务不同于刑法的机能和目的。^④虽然在上述两种观点中,前者以作用定义刑法的任务,后者以职责定义刑法的任务,似乎有所不同,但从本质上来说,无论是刑法的作用还是刑法的职能,都是刑法对社会发生的实际功效,在这一点上并无根本区别。至于刑法机能与刑法目的,大多不加严格区分,但也有学者认为两者不能等同。刑法的机能是刑法在社会生活中能够发生作用的功

① 参见方蕾等编译:《外国刑法分解汇编(总则部分)》,2页,北京,国际文化出版公司,1988。

② 参见高铭暄:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,22页,北京,法律出版社,1981。

③ 参见赵秉志、吴振兴主编:《刑法学通论》,14页,北京,高等教育出版社,1993。

④ 参见张小虎:《刑法的基本观念》,56页以下,北京,北京大学出版社,2004。

能，刑法的目的是刑法价值所在的标志，它回答的是社会组成人员为什么要通过国家制定刑法的问题，因而刑法的目的与刑法的机能不能等同，对刑法的目的必须从宪法的角度来认识。^① 笔者认为，如果从文字本身来理解，刑法的任务、机能与目的这些概念之间确实存在一定的区别，例如，刑法的机能主要是从客观上揭示刑法所应当具有的功能，具有较为明显的客观性；而刑法的目的主要是从主观上确立刑法所追求的价值，具有较为明显的主观性；刑法的任务则介乎两者之间，是客观上的手段与主观上的目的的统一。就实现任务的方法而言，离不开刑法的机能；而就确定任务的目的而言，又离不开刑法的目的。因此，刑法的任务、机能与目的，都属于同一层次的概念，可以在互相联系中理解。尤其是我们不能以我国刑法第2条表述的刑法的任务只涉及保护法益，而没有涉及刑法机能中的规范机能、保障机能，而得出刑法的任务不能等同于刑法的机能的结论。^② 在笔者看来，我国刑法第2条规定的刑法任务，实际上就是刑法的机能，只不过是对于刑法机能的片面而非全面的表述而已。只有将刑法的任务纳入刑法的机能这一命题下，才能对其作出正确的诠释。

二、刑法机能的全面理解

对于我国刑法第2条规定的刑法任务的内容，以往我国刑法学都习惯地概括为“惩罚犯罪，保护人民”。例如，我国学者指出：我国刑法的任务，实际上是我国刑法“惩罚犯罪，保护人民”这一根本价值目标的具体化。简单讲来，它应该包括“用刑罚同一切犯罪行为斗争”和“保障社会主义建设事业的顺利进行”两个方面的内容。并且，在“保护人民”和“惩罚犯罪”这两种刑法的基本功能中，前者是我国刑法的根本目的，“惩罚犯罪”只是实现刑法这一根本价值的手段。^③ 在以上论述中，惩罚犯罪是从“打击敌人”这一政治话语转换而来，因此，刑法只不过是打击敌人的一种工具，通过打击敌人来达到保护人民的根本目的。在这种“敌人、人民”二元对立的话语框架中，刑法的功能定位得以确立，刑法被纳入政治的话语体系之中。当然，这种状况也有所改变。我国也有学者开始采用大陆法系刑法话语来解读我国刑法第2条关于刑法任务的规定。例如，张明楷教授将我国刑法确认的刑法任务归纳为保护法益，保护的方法是禁止和惩罚侵犯法益的犯罪行为。张明楷教授阐述了惩罚犯罪与保护法益之间的密切联系：不使用惩罚手段抑止犯罪行为，就不可能保护法益；为了保护法益，必须有效地惩罚各种犯罪；惩罚是手段，保护是目的。同时，张明楷教授又从刑法任务中引申出刑法目的的概念，认为刑法的目的

① 参见许道敏：《民权刑法论》，64页，北京，中国法制出版社，2003。

② 参见张明楷：《刑法学》，2版，32页，北京，法律出版社，2003。

③ 参见高铭喧、马克昌主编：《中国刑法解释》，上卷，33页，北京，中国社会科学出版社，2005。

也是保护法益。^①当然，在这种情况下，刑法的任务与刑法的目的之间如何区别就成为一个值得研究的问题。刑法的任务无论是界定为保护人民还是界定为保护法益，都是片面的。当然，这种片面性来自刑法规定本身。只有将刑法的任务纳入刑法的机能这一法理概念中，我们才能对刑法的任务作出全面阐述。

关于刑法的机能，在大陆法系刑法理论中有不同的表述，但一般认为刑法具有规制机能与社会机能这两个方面的内容。我国学者认为，刑法的规制机能是指把刑法作为手段，看它本身有什么作用、能力；而刑法的社会机能是指刑法在社会生活中实现的职能、作用，即从刑法调整目的方面、从刑法对社会生活的影响和后果所观察的机能。因此，刑法的规制机能与社会机能之间存在手段与目的的关系：刑法的规制机能是刑法的社会机能的手段，而刑法的社会机能则是刑法的规制机能的目。②当然，也有学者把刑法的规制机能和刑法的保护机能、保障机能都称为刑法的社会机能，认为刑法的社会机能是指刑法在社会上应当具有的机能和固有的作用，分为规制机能和维持社会秩序机能两种。其中，所谓维持社会秩序机能，是指使构成社会的元素（个人和团体）之间的相互关系处于安定状态，以利于社会发展的机能，它可分为保护法益机能和保障人权机能。^③笔者认为，把刑法的保护机能与保障机能称为维持社会秩序机能是不妥当的，理由在于：社会秩序与个人自由是相对应的范畴，只有刑法的保护机能才具有维持社会秩序的内容，刑法的保障机能主要是指对个人自由的保障。此外，刑法的规制机能与刑法的保护机能、保障机能也是有所区分的：规制机能是就刑法规范作用本身而言的，刑法的保护机能和保障机能则是就刑法的社会作用而言的，它只有通过刑法规范的适用才能最终实现。在这个意义上，刑法的规制机能相对于刑法的保护机能和保障机能而言，是一种手段，后者才是刑法的目的。只有从刑法的规制机能和刑法的社会机能这两个方面，才能全面地对刑法的机能作出解读。

我国刑法第2条关于刑法任务的规定，实际上只包含了刑法的保护机能。关于我国刑法第2条规定的刑法任务，我国学者高铭暄教授认为：这一条主要讲了刑法打击什么、保护什么，也就是打击的锋芒和保护的对象。我国刑法的任务是要打击敌人、惩罚犯罪的。我国刑法在打击敌人、惩罚犯罪的同时，保护着国家和人民的利益，保护着社会主义的社会关系。^④当然，在惩罚犯罪和保护人民之间存在手段与目的之间的关系。在我国刑法关于刑法任务的规定中，惩罚犯罪实际上是指刑法的规制机能，也就是刑法规范本身所具有的作用。惩罚犯罪是否为刑法规范的唯一作用，刑法规范是否还具有对惩罚犯罪活动本身的限制机能，这个问题在我国刑法第2条关于刑法任务的规定中并没有得到体现。我国刑法一直强调刑法对犯罪的惩

① 参见张明楷：《刑法学》，2版，30页以下，北京，法律出版社，2003。

② 参见刘志远：《二重性视角下的刑法规范》，123页，北京，中国方正出版社，2003。

③ 参见〔日〕大谷实：《刑法总论》，黎宏译，3页，北京，法律出版社，2003。

④ 参见高铭暄：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，24页，北京，法律出版社，1981。

罚功能，强化刑法的工具性价值。例如，我国学者指出：在阶级社会里，刑法永远是为统治阶级的利益服务的，是统治阶级的专政工具。一切剥削阶级国家的刑法，不论是奴隶制国家的刑法、封建国家的刑法、资本主义国家的刑法还是旧中国半封建半殖民社会的国民党政府的刑法，都是代表剥削阶级意志、保护生产资料私有制、维护少数剥削者对广大劳动人民的统治，都是少数人对多数人实行专政的工具。我国是社会主义国家，我国刑法是社会主义刑法。与一切剥削阶级刑法根本不同，我国刑法是建立在社会主义生产资料公有制基础上的上层建筑的一部分，它体现着无产阶级和广大劳动人民的意志和利益，是保护人民和惩罚、改造极少数犯罪分子的锐利武器，是人民民主专政的重要工具。^①在这种工具主义刑法观的指导下，刑法的惩罚功能被贴上了政治标签。实际上，刑法的惩罚犯罪功能只是刑法规制机能的一部分，刑法规制对象不仅是犯罪的人，而且包括裁判者本身。对此，李海东认为：刑法不仅可以按照阶级属性进行划分，而且可以从国家与公民在刑法中地位的角度在整体上分为两大类：民权主义刑法和国权主义刑法。历史上的许多刑法，是以国家为出发点而以国民为对象的，这类刑法，我们称之为国权主义刑法。国权主义刑法的基本特点是，刑法所要限制的是国民的行为，而保护国家的利益。基于这一出发点和功利目的，国权主义刑法可以存在于任何法律发展阶段、任何立法形式中，甚至可以无须法律的形式。与此相反，民权主义刑法是以保护国民的利益为出发点，而限制国家行为的刑法。也就是说，民权主义刑法的对象是国家。李斯特一语中的：“刑法是犯罪人的人权宣言。”民权主义刑法的这一基本特点是当代刑法罪刑法定原则的核心所在。^②根据国权主义刑法与民权主义刑法这一分析框架，刑法的性质主要取决于它的规制对象。惩罚犯罪只是对公民行为的规制，只有对惩罚犯罪的活动加以限制，才是对国家行为的规制。就此而言，我国传统的刑法仍然是以国权主义刑法为基础的。对此，我国学者指出：我国是一个具有漫长的封建专制传统的国家，刑法工具主义思想根深蒂固。这种将刑法视为以镇压犯罪为内容的刑法工具主义思想之所以流行，主要还是与我国长期以来的社会结构有关。中华人民共和国成立以后，虽然我国的社会发生了根本性的变化，但在计划经济体制下，刑法长期作为政治的婢女，成为阶级斗争的工具。随着市场经济体制的建立和完善，随着依法治国进程的不断向前推进，刑法不再是国家镇压犯罪的一种工具，而是规制镇压犯罪之工具——刑法是准绳，是保障人权、促进民权的重要武器。^③当然，从国权主义刑法向民权主义刑法的转变是一个漫长的过程。我国刑法第2条关于刑法任务的规定中将惩罚犯罪作为刑法的基本职能恰恰就是国权主义刑法的标志性话语。对于这一点，也许只有在刑事法治思想逐渐普及的今天，我们才能深切地认识到。

① 参见高铭暄主编：《刑法学》，修订本，22页，北京，法律出版社，1984。

② 参见李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，4页以下，北京，法律出版社，1998。

③ 参见许道敏：《民权刑法论》，55页以下，北京，中国法制出版社，2003。

如果说，惩罚犯罪被我国刑法第2条确认为实现刑法任务的手段，那么刑法任务，实际上也就是通过惩罚犯罪这一手段所要达致的刑法目的，则是以下四个方面：（1）保卫国家安全、保卫人民民主专政的政权和社会主义制度。（2）保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产。（3）保护公民的人身权利、民主权利和其他权利。（4）维护社会秩序、经济秩序。^①我国学者将这些任务概括为法益保护是完全正确的。对法益的保护就是指对社会利益的保护，它主要是通过通过对犯罪惩罚这一手段达到的目的。但是，刑法存在的根据并不仅仅在于对法益的保护，而且在于对人权的保障，也就是对个人自由的保障。而这一目的主要是通过通过对国家刑罚权的限制来实现的，这也就是刑法的限制机能。刑法不仅限制个人而且限制国家，这种双重限制的机能是法治社会刑法的根本标志之一。对此，李斯特指出：在从15世纪末开始的近代国家，由于一个统治所有人的国家权力（如指挥权力和强制权力）的产生，使得法律发展成为一个强制性规范体系。这些强制性规范不仅对个人有约束力，而且（在现代立宪国家）对国家权力本身也有约束力。只有这样才能保证共同目的的实现。^②我国刑法第2条关于刑法任务的规定，只确认了社会保护的刑法任务，却并未将人权保障的刑法任务加以确认。这一规范内容在1979年刑法中是合乎当时的立法逻辑的，因为1979年刑法第79条规定了类推制度。在阐述类推存在的理由时，我国学者高铭喧教授指出，这是因为我国地大人多，情况复杂，加之政治、经济形势发展变化较快，刑法，特别是第一部刑法，不可能把一切复杂多样的犯罪形式包罗无遗，而且也不可能把将来可能出现又必须处理的新的犯罪形式完全预见并予以规定；有的犯罪虽然现在已经存在，但我们与它作斗争的经验还不成熟，也不宜匆忙规定到刑法中去。因此，为了使我们的司法机关能及时有效地同虽刑法无明文规定但实际上确属危害社会的犯罪行为作斗争，以保卫国家和人民的利益，就必须允许类推。^③这一类推的存在就完全是以惩罚犯罪、保护社会为根据的，显然没有意识到类推本身具有对人权保障不利的消极方面。在1997年刑法中，我国废除了类推制度，确立了罪刑法定原则。立法者指出：罪刑法定原则是相对于封建社会罪刑擅断而言的。确立这个原则，是现代刑事法律制度的一大进步，实行这个原则需要做到：一是不溯及既往；二是不搞类推；三是对各种犯罪及其处罚必须规定明确、具体；四是防止法官滥用自由裁量权；五是司法解释不能超越法律。罪刑法定原则，既是立法原则，刑法修订时遵循了这个原则，同时也是执法原则。刑法取消类推，明确规定这个原则，是我国司法制度的重大改革，是我国社会主义民主与法制的重大进步，对内更有利于保护公民的合法权益，对外也更能体现我国保护人权的形象。^④由此可见，罪刑法定原则是以保障人

① 参见胡康生、郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》，3版，3页，北京，法律出版社，2006。

② 参见〔德〕李斯特：《德国刑法教科书》，修订译本，徐久生译，5页，北京，法律出版社，2006。

③ 参见高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，126页，北京，法律出版社，1981。

④ 参见胡康生、郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》，3版，4页，北京，法律出版社，2006。

权作为其价值取向的，它赋予刑法以人权保障的机能。但在1997年刑法修订中，在废除类推制度、确立罪刑法定原则的同时，都对刑法第2条关于刑法任务的规定作了个别文字调整，而没有对刑法任务的内容进行补充，使刑法任务仍然维持通过惩罚犯罪来保护社会这一内容，没有体现通过限制刑罚权来保障人权这一内容。因此，我国刑法第2条关于刑法任务的规定是片面的，也是与罪刑法定原则相悖的。在刑事法治的背景之下，我们应当重新审视我国刑法第2条对刑法任务的规定，按照刑法机能的法理对刑法任务的规定进行补充，实现法理对法律的纠偏。

三、刑法机能的科学界定

如上所言，我国刑法第2条关于刑法任务的规定是存在片面的，为此应当将刑法任务纳入刑法机能的理论体系当中来，对其作出科学界定。基于以上考虑，本章从以下三个方面对刑法机能进行界定：

（一）刑法的规制机能

从“打击敌人”这一纯粹的政治话语到“惩罚犯罪”这一法律话语的改变，当然是一种进步。因为敌人是一个完全政治化的概念，而犯罪毕竟是一个法律概念。但将刑法的规制机能仅仅归结为惩罚犯罪还是不全面的，这里涉及对刑法规制机能的_{理解}。在大陆法系刑法理论中，刑法的规制机能亦称为规范机能或者规律机能，其内容可以分为以下两个方面：一是评价机能，二是意思决定机能。

刑法的评价机能是刑法规制机能的应有之义。这里的评价机能，确切地说，是刑法作为评价规则体系所具有的功能。对于刑法的评价机能，日本学者作出了深刻的阐述：刑罚是剥夺生命、自由、财产的国家制裁方法。科处国家的制裁必须有相应的根据，科处刑罚的理由和根据就是犯罪。只要出现了侵害或者威胁国家保护的_{法益的犯罪行为}，就应该予以刑罚制裁。不过，对何种行为处以刑罚，必须事先明确作出规定。刑法在法律上具有明确规定无价值行为应受刑罚处罚的机能，预先规定出犯罪与刑罚的关系，可对一定的行为进行价值判断，这就是刑法的评价机能。^①从上述刑法的评价机能的内容中可以看出，它是刑法规范作为裁判规范所具有的机能：刑法首先是一种裁判规范，是司法机关定罪量刑的法律准绳。在这个意义上，刑法首先是规范裁判者的，刑法所具有的裁判规范性表明刑法对国家刑罚权的限制机能。显然，刑法的评价机能，是在裁判规范意义上而言的。正如我国学者指出：刑法规范作为裁判规范所具有的规制机能，是评价机能。刑法规范通过规定犯罪构成和刑罚，为裁判者提供评价的前提条件（犯罪构成）和评价内容（刑事责任的有无以及刑罚的种类和轻重），这就是刑法规范作为裁判规范所具有的、作

^① 参见〔日〕木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣、郑树周等译，10页，上海，上海翻译出版公司，1992。

为一种特定评价标准的作用和能力，简称为评价机能。^①定罪量刑活动是对行为的一种法律评价活动，在罪刑擅断的刑法制度下，虽然有刑法规定，但刑法规定本身不完备、不明确、不合理，因此法官的定罪量刑活动并不完全受刑法规制，往往存在司法裁量权的滥用，导致出入人罪。而在法治社会，实行罪刑法定原则，法官的司法裁量权严格地受到刑法的限制。在这种情况下，对行为的评价才真正是依照法律所作出的评价，刑法才能真正发挥裁判规范的机能。

除评价机能以外，意思决定机能也是刑法规制机能的重要内容。对此，日本学者指出：国家用法律规定犯罪与刑罚的关系，也是向公民发布保护法益的命令，要求公民的意志不能背离国家保护法益的意志，反映保护法益的需要，不可侵害或者威胁法益，也就是说，不应产生实施违法行为的犯意。要求公民的意志抑止犯罪的决定，就是意志决定机能。刑法便具有这种意思决定机能。^②刑法的意思决定机能是针对公民而言的，是刑法对一般公民的规制机能，也是刑法作为行为规范所具有的机能。我国学者认为，刑法的意思决定机能强调刑法规范对人的意志的强迫性。但这是不全面的，因而主张代之以指引机能的观念。刑法的指引机能包括两个方面：一是行为人因为畏惧刑法规范中的惩罚结果而产生的被迫性行为选择，二是行为人仅仅因为知道刑法规范对哪些行为是禁止的而产生的自愿性行为选择。^③行为指引是法律规范的基本作用之一，刑法亦不例外。在法理学上，行为指引是法律通过对权利、义务的规定，提供人们社会活动的行为模式，引导人们在社会活动中作出或不作出一定的行为。根据法律规范内容所提供的行为模式的特点，法律对行为的指引包括以下三类：第一，授权性指引，即允许人们作出什么行为，而实际上是否作出由权利主体自行决定。第二，义务性指引，通常又称为积极义务，即要求人们积极作出法律要求的行为。第三，禁止性指引，即法律规定禁止人们作出一定行为。^④刑法对行为的指引主要是禁止性指引，刑法将某些行为规定为犯罪并予以刑罚处罚，表明这些行为是法律所禁止的，公民不能实施。显然，刑法的这种禁止性指引是具有强制性的，但不能认为公民不实施犯罪行为都是刑法强制的结果。实际上，行为指引可以通过两种途径实现：一是威慑，二是鉴别。威慑是对那些已经产生犯罪意念的人而言的，这些人是潜在的犯罪人。但不能把社会上所有的人都视为潜在犯罪人，大多数公民是通过刑法的一般鉴别与个别鉴别而获得刑法的指引，从而自觉地约束自己行为的。在这种情况下，不犯罪就不是强迫的结果，而是自觉选择的结果。长期以来，刑事古典学派中的贝卡里亚、费尔巴哈等人都倡导刑罚威慑主义，将威慑作为刑罚预防的主要内容。尤其是费尔巴哈基于心理强制说，提出了

① 参见刘志远：《二重性视角下的刑法规范》，124页，北京，中国方正出版社，2003。

② 参见[日]木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣、郑树周等译，10页，上海，上海翻译出版公司，1992。

③ 参见刘志远：《二重性视角下的刑法规范》，130页，北京，中国方正出版社，2003。

④ 参见公丕祥主编：《法理学》，73页，上海，复旦大学出版社，2002。

“用法律进行威吓”的著名命题，导致我们对刑法指引机能的片面认识。在这个意义上，将刑法规制机能中的意思决定机能改为指引机能，是具有理论意义的。

刑法是裁判规范与行为规范的统一，因而刑法的规制机能是评价机能与指引机能的统一。在传统刑法观念中，强调刑法对公民个人的威吓作用，将刑法视为驭民工具，凡此种种都是国权主义刑法思想的反映。在刑事法治建设中，随着罪刑法定原则的确立，我们应当树立起民权主义刑法思想，强调刑法规范作为裁判规范对国家刑罚权的限制作用，强调刑法规范作为裁判规范的唯一性、明确性和合理性。

（二）刑法的保护机能

刑法的保护机能就是指刑法对法益的保护，因此，法益是刑法保护的客体。日本学者在论述刑法的保护机能时指出：刑法是基于国家维护其所建立的社会秩序的意志制定的，根据国家的意志，专门选择了那些有必要用刑罚制裁加以保护的法益，侵害或者威胁这种法益的行为就是犯罪，是科处刑罚的根据。^① 刑法的保护机能可以说是刑法最为原始的机能，甚至可以说是刑法的本能。德国著名刑法学家提出了“作为法益保护的刑法”的命题，把法益保护看作是刑法的首要职能。事实上，法益的概念也是首先由李斯特提出来的，李斯特指出：由法律所保护的利益我们称之为法益（Rechtsgueter）。法益就是合法的利益。所有的法益，无论是个人的利益还是集体的利益，都是生活利益，这些利益的存在并非法制的产物，而是社会本身的产物。但是，法律的保护将生活利益上升为法益。在反对国家权力专断的宪法和打击侵犯他人的利益的刑法颁布以前，人身自由、住宅不受侵犯、通信自由（通信秘密权）、著作权、发现权等一直是生活利益，而非法益。生活的需要产生了法律保护，而且由于生活利益的不断变化，法益的数量和种类也随之发生变化。^② 由此可见，法益的内涵、外延本身就是随着社会生活的发展而处在变化之中^③，法益的变化表明国家关切的变动。传统刑法理论将法益分为三种类型，即国家法益、社会法益和个人法益，并且将国家法益置于社会法益、个人法益之上。这种情形，在第二次世界大战以后有所改观。例如，1810年《德国刑法典》，也就是《拿破仑刑法典》，其刑法分则是按照先超个人法益后个人法益的顺序对犯罪进行排列的。但1994年《法国刑法典》改变了这一排列顺序。法国学者指出：目前新刑法典包括了法律的一般理论、刑事责任与制裁，其次，还包括对“侵犯人身之犯罪”“侵犯财产之犯罪”“危害民族、国家及公共安宁罪”。按照这一顺序并且与《拿破仑法典》所采取的顺序相反，国民方确立了价值上的某种等级轻重。《拿破仑法典》开编首先规定的是“危害公共法益”的犯罪，然后，才考虑针对个人实行的犯罪；尽

① 参见〔日〕木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣、郑树周等译，9页，上海，上海翻译出版公司，1992。

② 参见〔德〕李斯特：《德国刑法教科书》，修订译本，徐久生译，6页，北京，法律出版社，2006。

③ 关于法益概念的可变性，请参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，第1卷，王世洲译，16页，北京，法律出版社，2005。

管在新刑法典的制定过程中也有朝这一方向提出的建议，但法典后来的规定是：人的生命优先于财产。^①除此以外，1996年《俄罗斯联邦刑法典》在刑法分则排列顺序上也发生了这种变化。苏联从集体主义价值观出发，“十月革命”胜利后，无产阶级的国家利益和取代私有财产的社会主义所有制历来是刑法优先保护的对象。依照1960年《苏俄刑法典》，国事罪和侵犯社会主义所有制的犯罪在分则中居前两位。苏联解体后，俄罗斯的价值观发生了巨大的变化。1993年通过的宪法第2条明确规定：“人、人的权利与自由是最高价值。承认，遵循和捍卫人与公民的权利和自由是国家的义务。”在构建刑法典分则体系时，立法者以宪法第2条为根据，本着“先个人，后社会和国家”的原则，重新设定了各结构单位的排列位置：分则第一篇为“侵犯个人的犯罪”，第二篇为“经济领域的犯罪”，第三篇为“危害公共安全和公共秩序的犯罪”，第四篇为“危害国家政权的犯罪”，第五篇为“妨害军务的犯罪”，第六篇为“危害和平和人类安全的犯罪”。分则各结构单位排列次序的退移和变化，反映出当今俄罗斯的执政者倡导与追求的是以个人利益为本位的价值观。^②显然，刑法分则犯罪的排列顺序不是一个简单的立法技术问题，而是立法价值的反映。我国刑法第2条关于刑法任务的表述中的实体内容，也可以归入一定的法益类型，其中：国家安全、人民民主专政和社会主义制度、国有财产属于国家法益；公民私人所有的财产，公民的人身权利、民主权利和其他权利属于个人法益；劳动群众集体所有的财产、社会秩序、经济秩序属于社会法益。从排列顺序来看，是按照国家法益、个人法益和社会法益的顺序排列的。刑法分则犯罪类型的排列稍微有些变化，但大体上与这一顺序是相同的。无论如何，立法者都把保卫国家安全、保卫人民民主专政的政权和社会主义制度看作是刑法的首要任务。^③尽管我国宪法将“国家尊重和保障人权”载入宪法，但从目前来看该规定在刑法中并没有得到完全体现。

法益保护作为刑法的基本功能，是为刑法理论所公认的。但规范保护的观点越来越对法益保护的理論提出挑战。例如，德国刑法学家雅科布斯就提出了刑法的机能主义（*strafrechtlicher Funktionalismus*）理论，这一理论认为：刑法要达到的效果是对规范同一性的保障、对宪法和社会的保障。^④雅科布斯在此力图用规范保护取代法益保护。因此，犯罪的本质不再是法益侵害而是规范违反，刑罚目的也不再是以威吓为内容的消极的一般预防而是以忠诚为内容的积极的一般预防，等等。规范保护的理論以及由此引申出来的规范违反说受到我国学者的肯定，例如，我国学

① 参见[法]卡斯东·斯特法尼等：《德国刑法总论精义》，罗结珍译，104页，北京，中国政法大学出版社1998。

② 参见薛瑞麟：《俄罗斯刑法研究》，79页以下，北京，中国政法大学出版社，2000。

③ 参见胡康生、郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》，3版，3页，北京，法律出版社，2006。

④ 参见[德]格吕恩特·雅科布斯：《行为 责任 刑法——机能性描述》，冯军译，101页，北京，中国政法大学出版社，1998。