

普通高等教育法学规划教材

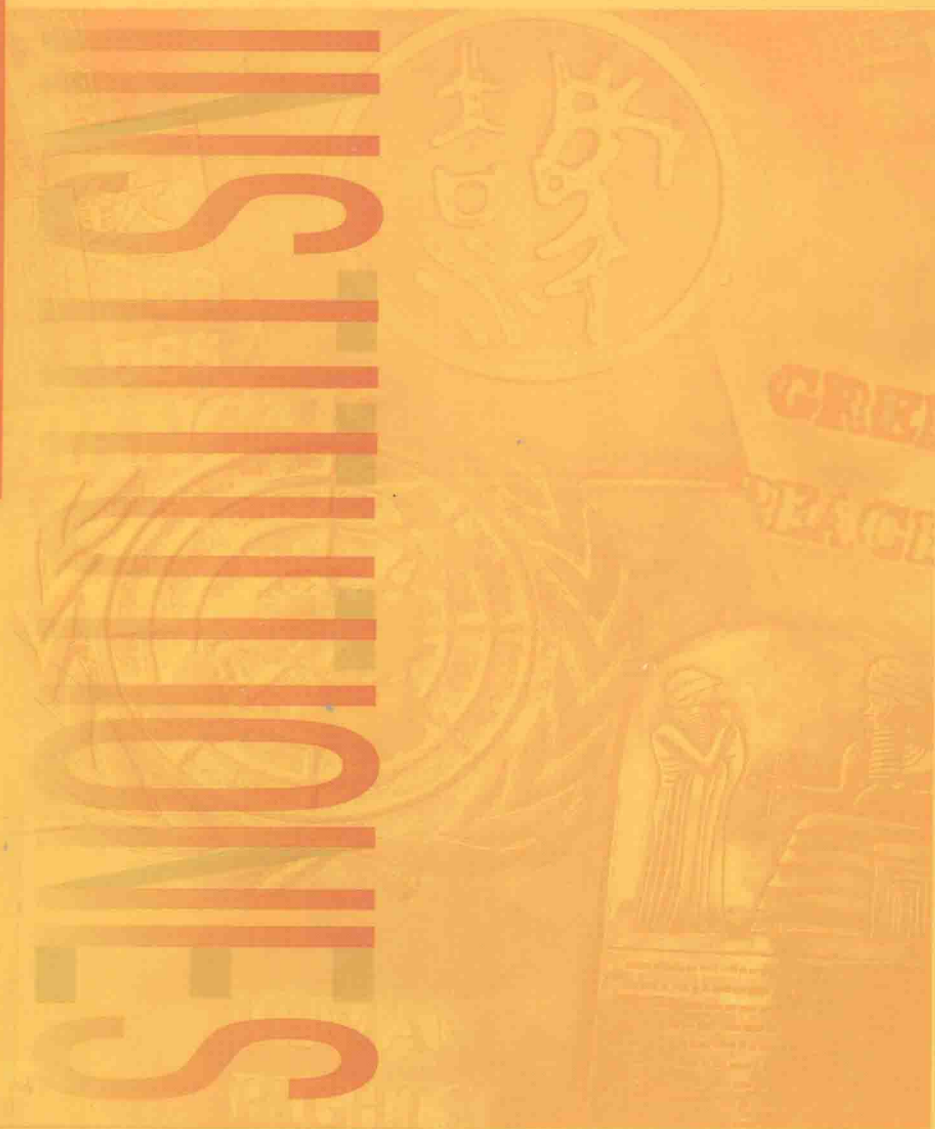
法
学
阶
梯
INSTITUTIONS

| 第二版 |

刑法学总论

GENERAL PRIVISONS OF CRIMINAL LAW

黎宏著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法 学 阶 梯
INSTITUTIONES

普通高等教育法学规划教材

刑法学总论

General Principles of Criminal Law

| 第二版 |

黎 宏 著



法律出版社

始创于1954年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

刑法学总论 / 黎宏著. — 2 版. — 北京: 法律出版社, 2016. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9706 - 0

I. ①刑… II. ①黎… III. ①刑法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 155735 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/三河市龙大印装有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/27 字数/584 千

版本/2016 年 7 月第 2 版

印次/2016 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9706 - 0

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

法律出版社在其奋进发展的六十年光辉历程中,秉精诚之心,集全社之力,服务于我国法学教育事业,致力于法学教材出版。尤其在改革开放三十余年间,本社以“传播法律信息,推进法制进程,积累法律文化,弘扬法治精神”为宗旨,协同司法部法学教材编辑部,规划并组织出版了国家“八五”、“九五”期间的法学规划教材,为我国改革开放之初的法学教育和法治建设做出了开创性贡献;进入21世纪之后,法律出版社又根据教育部的部署和指导,相继规划并组织出版了“十五”、“十一五”和“十二五”法学规划教材,为我国法学教育事业的发展与改革付出了艰辛努力。

承蒙法学教育领域专家作者的信任,以及广大法律院校师生的支持,法律出版社经过三十年的发展与积累,相继出版各类法学教材达四百余种。在学科范围方面,完成以法学核心课程为重心,涉及法学诸学科的“全品种”横向结构;在培养层次方面,健全以本科教育为根本,兼顾职业教育和研究生教育的“多层次”纵向结构,进而打造“法律版”法学教科书体系,以期更好地为法学教育服务,为法治建设贡献绵薄之力。

近年来,法律出版社应因法学教育的发展变化,在教材编写体例及系列安排方面做出相应调整。在教材编写体例方面,结合当前教学实际与培养方案,将系统、全面的理论知识讲授与灵活、丰富的法律实践和能力训练相结合,倡导教材内容差异化,增加教材可读性,以期更好地培养法科学学生的思维能力和法学素养。在教材系列安排方面,全力推进新品教材编写与注重既有教材修订相结合,根据教材风格与特色进行适当的套系整合,集中现有的国家级规划教材和在编的规划教材,形成以“普通高等教育法学规划教材”为名的全新教材系列。

本系列教材多为出版多年并广受好评的经典教科书。此次全新推出,既是向长期以来关心支持法学教育出版事业的专家作者的崇高致敬,也是法律出版社为中国当代法学教育事业发展拳拳努力之情的真诚表达。法律出版社将以高度的精品意识和质量标准,不断丰富、完善本系列教材的结构和内容;除教材文本之外,还将配有多层次、多形式的教辅材料,更好地为广大师生服务。

“好书,同好老师和好学生分享”,法律出版社愿与法律共同体诸同仁,分享好书,分享智慧,分享法治进程中的点点滴滴!

作者简介

黎宏 1966年8月生,湖北省罗田县人。武汉大学法学学士、法学博士,日本同志社大学法学硕士、法学博士。现为清华大学法学院教授、博士生导师、学院党委书记,兼任中国刑法学研究会理事、北京市法学会副会长。入选“教育部新世纪优秀人才”,曾获“首届首都十大杰出青年法学家”等荣誉。

独著有:《不作为犯研究》、《单位刑事责任论》、《刑法总论问题思考》、《日本刑法精义》(第二版)、《结果本位刑法观的展开》、《刑法学》;独译有:《刑事政策学》(新版)、《刑法讲义总论》(新版第二版)、《刑法讲义各论》(新版第二版)、《刑法学基础》、《刑法的基础》;作为主编、副主编或者撰稿人,参与出版《侵财犯罪的理论与司法实践》、《刑种通论》、《西方近代刑法学说史略》等著作十部;在《中国法学》、《法学研究》、《同志社法学》(日本)等中外报刊上发表文章近百篇。

第二版序言

作为本书基础的《刑法学》一书于2012年4月问世之后,幸得读者好评。不少大学将其作为本科生教材,更有许多实务界人士将其作为手边的常备书。这些都让我倍感欣喜,也激发了我以《刑法学总论》的形式,对《刑法学》中总论部分的内容进行修订并出版的勇气和信心。

在本书当中,除了增补2015年年底通过的《刑法修正案(九)》的相关内容以及近几年来新出的司法解释之外,还对学界近年来的一些新成果进行了介绍评说,并对一些和本书的理论体系以及逻辑结构不一致的观点进行了修订。本次修订的基本指导思想是,继续以结果本位刑法观为前提,将结果(包括行为形态)这种客观要素作为认定犯罪的起点,同时,兼顾我国当今刑事立法不断扩张的现实,对刑法条文进行最大限度的灵活解释,以求结合我国当下的社会发展和人民群众的安全需求而与时俱进。本次修订的具体内容,就刑法总论而言,主要为以下几个方面:第一,增加风险社会刑法观之下的法益论的应对;第二,补充对我国当今学界有巨大影响的法益侵害说和规范违反说的争论;第三,变更不真正不作为犯的论述;第四,调整刑法因果关系论的叙述,在坚持相当因果关系说的前提下,在相当性的判断上采取“行为危险现实化”说;第五,将未遂犯与不能犯的区分标准从“事前判断”的客观危险说变为“事后判断”的客观危险说,并将偶然防卫从“无罪说”变为“未遂犯说”;第六,将紧急避险拆分为排除社会危害性事由和排除责任事由两部分,分别叙述;第七,将事实认识错误的区分标准从“法定符合说”变为“具体符合说”;第八,以因果共犯论为基础,对共同犯罪的内容进行全面改写;第九,以法益侵害说为基础,对罪数论重新梳理。随着上述基本观点的一些变化,在刑罚论以及《刑法学各论》的叙述上,本书也有了较大幅度的调整和修订。因此,和第一版相比,本书在篇幅上有了较大增加。

在刑法学的教学和研究上,我一直秉承“西方学说的中国化”、“理论与实践相结合”以及“复杂问题简单化”的宗旨,在本书的写作当中,也力图体现这一点。因此,在刑法学说的梳理上,并不纯粹为了学术而介绍学说、为了体系而叙述学说,而是以我国刑法适用中的问题为导向,以解决问题为中心,着力阐述对解决问题具有意义的学说;相反,对一些时下新潮但对我国问题的解决没有太大价值或者没有必要引用的理论,则较少涉及或者几乎不涉及;同时,在梳理学说时,尽量结合我国实务当中出现的案例或者国外的一些经典案例,意图将抽象的观念或者概念转变为鲜活生动、具体可视的内容。这样做的直接结果之一就是,令本书的叙

2 第二版序言

述和简洁无缘,篇幅有些庞大。但我认为,这种庞大如果能够体现作者的上述良苦用心,并为读者理解本书的内容提供一些便利的话,则也是有其价值的。

本书的修订之季,正值作者人到知命之年,为教学、科研以及行政等诸种琐事缠身的最繁忙时节。当此之际,能够以一己之力完成本书,除了作者内心信念的神助之外,还有赖许多人在方方面面的无私帮助。在此虽然没有一一列出他们的姓名,但对他们的高谊厚爱,我当永远铭记于心。

衷心地希望各位读者一如既往地就本书中的各种问题不吝批评赐教!

黎 宏

2016年7月20日于北京清华园

第一版序言

本书是在给学生讲授中国刑法学的讲义基础上加笔而成的。之所以将其整理出版,原因有二:一是入行已经二十多年了,多少有些自己的感想和体会,希望能系统地整理出来与大家交流切磋;二是受不了热情的学生们的一再催促。每当听到“老师,教材什么时候出来啊?”就仿佛受到了莫大的刺激,有食不甘味、夜不能寐的感觉。

本书的指导思想,沿袭了我在2007年出版的《刑法总论问题思考》的基本立场。即现代社会的刑法既是法益保护法又是人权保障法,但二者经常处于紧张的对立之中。刑法学尤其是刑法解释学的任务,就是如何在此二者之间折冲樽俎、权衡利弊,以保持妥当的协调和平衡。而实现这一任务的最好方法,就是在罪刑法定原则的前提之下,进行犯罪认定上的合理分工,在成立犯罪的客观要件即在有无社会危害性及其大小的判断上,以行为所造成的法益侵害结果和行为人的身份等客观外在因素作为唯一标准;而在成立犯罪的主观要件即在主观责任的有无以及轻重上,仅考虑行为人的内在主观的心理状态和精神状态。

基于以上考虑,本书在叙述上,便和通常的教科书有所不同。其中,最为主要的就是,在犯罪论体系上,对传统四要件的犯罪构成体系进行了改良,采用了将客观危害和主观责任截然分开的双层次的犯罪构成体系。

在我看来,和德日传统的三阶层犯罪构成体系相比,我国传统的四要件的犯罪构成体系的精髓或者说是最为显著的特点是,在犯罪构成的要件上将客观方面与主观方面分开,而在犯罪构成的判断上将形式判断与实质判断统一。首先,关于成立犯罪的要件,尽管德日刑法学中弄得非常复杂,要求在构成要件符合性、违法性和有责性的不同阶段考虑不同的内容,但透过现象看本质,也无非是说必须考虑行为、结果、保护法益、行为人、主观意思以及责任能力等要素,而这些要素和我国传统的犯罪构成论的理解并无二致。按照我国传统的犯罪构成理论,任何犯罪,都可以拆分为四个方面的内容,即客体、客观要件、主体、主观要件。这四个方面的内容,实际上可以概括为两大部分,即客观内容(客体和客观要件)和主观内容(主体和主观要件)。任何犯罪的认定,都要本着先客观后主观的顺序进行。这种将犯罪现象分解为主、客观两方面的做法,不仅和哲学上所说的人的任何行为都是基于意思的身体动静的理解一致,也与当今各国有关犯罪成立条件的惯常理解相同。只是我国的犯罪构成体系论说得更直白、具体一些而已。同时,在行为是否构成犯罪的判断上,也一反德日将构成要件符合性作为形式判断,违法性、有责性作为实质判断,二者分开论述的传统做法,将形式判断与实质判断统一起来,一并考虑,即犯罪构成就是“判断行为的社会危害性的有无及其大小而为该行为成立犯罪的主客观要件的统一”,因此,行为符合犯罪构成,就意味着该行为不仅在形式上符

2 第一版序言

合该罪的形式构成,而且实质上满足成立该罪所必要的实质条件。换言之,行为符合具体的犯罪构成(要件),不仅是行为成立具体犯罪的必要条件,也是充分条件,用不着再进行其他后续的补充判断。

但遗憾的是,我国当今通行的刑法学说虽然坚持了上述四要件论的精髓和本质,但在具体展开和应用的过程中,却有意无意地偏离或者忽视了上述特色。如将刑法第13条规定的前段和后段对立起来,认为即便是“依照法律应当受到刑罚处罚的”、“危害社会的行为”,但“情节显著轻微危害不大的”,仍然可以出罪;在犯罪构成体系的判断上,将犯罪构成判断和排除社会危害性事由判断分割开来,认为行为符合具体犯罪构成之后,还不能马上断定成立犯罪,还必须考虑该行为是否正当防卫、紧急避险等排除社会危害性事由;在行为是否具有社会危害性的判断上,必须看行为人行为时的主观要素;在行为与结果有无因果关系的判断上,除了客观存在的引起与被引起的关系之外,还要看行为人对结果有无预见;关于故意、过失的认定内容,只要求有危害性的认识,而不要求有违法性的认识;在共同犯罪的处罚根据上,必须考虑各个共犯人之间是否具有主观意思的重合,等等,都是如此。这些现象,在本书看来,都是偏离传统四要件论的本来意思,而陷入了将客观与主观混杂、形式与实质脱节的泥沼的表现。

因此,本书在刑法解释特别是犯罪构成体系的论述上,坚持传统四要件说“客观与主观分开、形式与实质结合”的基本意旨,并将其进一步推向极致。认为犯罪构成是认定行为构成犯罪的最初的,也是最终的唯一标准,是终局性判断,而不是预备性判断;在犯罪构成的理解上,不仅将客观方面与主观方面完全分开,而且从形式判断与实质判断统一的立场出发,将社会危害性的判断与正当防卫、紧急避险等排除社会危害性事由结合起来,将故意、过失的认识要素和具体犯罪构成的客观要素以及期待可能性等结合起来,进行实质分析;将传统学说中的犯罪主体论的内容进行拆分,分解为身份犯和责任能力两方面的内容,并分别放在相应的位置进行论述。在社会危害性的判断上,将行为造成的侵害结果(包括现实危险)和行为主体的身份作为判断依据,绝对排除行为人的主观要素;在主观责任的判断上,从规范责任论的立场出发,把对具体犯罪事实的明知以及应当知道作为中心内容,从是否值得刑罚处罚的立场出发,考察故意和过失的内容,实质地判断行为人对于危害结果是否具有主观责任,并力求将上述观念在刑法总论的各项制度以及各论的每个罪名的论述中贯彻到底。与此相应,在维持传统刑罚观的同时,根据在惩罚限度之内考虑预防需要的折中说,使各项刑罚制度的特点和界限更加明晰,更具可操作性。

另外,在上述思想的表达上也注意到了以下几点:

一是在传统上创新。在“开拓创新”成为我们这个时代最具标志性口号的大形势下,刑法学也未能幸免。其从内容到体例,正经历着前所未有的变革。但是,“开拓创新”的前提是“严谨求实”,这一点往往被人们所忽略。就社会科学的理论而言,往往是“破旧易,立新难”。我国刑法学经历了几十年的曲折发展,已经形成了一套为我国绝大多数学者所接受、为司法实践所普遍采用的刑法话语。在尚没有找到可以替代上述话语的理论之前,完全斥之为“苏俄时代的落后产物”,弃若敝屣,恐怕也不是科学的态度和做法。基于这一考虑,本书基本上

继承了传统理论的体例。即便对于一些很有必要引入的新兴理论,也是采用了“旧瓶装新酒”、“西装外面套长袍”的做法,在传统理论的架构下,使用国人耳熟能详的传统话语来叙说。

二是本土为主、域外为辅。就我于1988年踏入刑法研究之门的经历来看,在本领域,改革开放三十多年来,一个最为显著的进步是,国内刑法学对国外刑法学潮流的介绍和把握,几乎达到了同步的程度。大陆法系主要国家特别是日本的最新刑法学教科书,头一年出来,第二年就有中文版本上市;主要学术观点刚提出不久,在国内马上就有介绍、引用或者跟进,刑法学界“唯德日马首是瞻”之势已经初见端倪。想起我二十多年前上研究生时所接触到的外国学说几乎都是日本战前学说的情景,不胜唏嘘,恍若隔世。但法律毕竟是地方性知识。改革开放之后的三十多年甚至更远地追溯到新中国成立以后的六十多年来所构建起来的中国刑法学,尽管骨子里也可以说是外来的,但至少在形式上已经成为具有中国特色的地方性知识。国外同行所考虑的问题和表达的思想,大都有了我国学者的中国式表达,这是难以否认的。正因为如此,本书在解释中国刑法条文的过程中,均以我国学者的观点为主,对外国刑法学的相关知识,较少涉猎。

三是理论结合实践。理论是灰色的,而生命之树常青(歌德语)。刑法作为调节现实社会生活诸种手段中之最冰冷、最无情的手段,其之所以能让青年时代的我和很多现在如我当年一般的年轻学生为之痴狂,最根本的一点,恐怕在于其强有力的执行和应用所变幻出来的让人浮想联翩而充满智慧的图景。因此,以刑法为研究对象的刑法学,如果不以解决实际应用中所出现的问题为主要内容的话,其魅力和价值就要大打折扣。正因为如此,本书在叙述过程中,穿插有大量的司法解释和案例分析,希望读者通过这些解释和案例,能够深入浅出地理解不同学说间的细微差别,也不至于在夏夜欲睡的朦胧中,因手里滑落的本书重重地砸在脚背上的疼痛而猛然恍悟:“这不是犯罪是什么!”

本书的形成,得益于很多人的帮助。其中,最为重要的有两位:一位是指引我踏上刑法学研究之路的恩师、去年六月驾鹤西去的武汉大学终身教授马克昌先生;另一位是为我在茫茫的问道之路上洞开了另一个世界、现虽年近八旬仍担任日本学校法人同志社总长的大谷实教授。和这两位刑法学巨人之间结下的师生名分是推着我向前走的动力。

最后,需要说明的是,由于刑法学思想博大精深,而本人水平着实有限,书中所论也不过为沧海一粟,而且还不一定拿捏得准。因此,敬请各位方家哈哈之后,不吝赐教。

黎 宏

2012年2月8日

于北京清华园明理楼

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 刑法的概念、渊源与分类	(1)
第二节 刑法的性质、目的和机能	(4)
第三节 刑法的规范、体系与解释	(8)
第二章 刑法的基本原则	(17)
第一节 罪刑法定原则	(17)
第二节 刑法适用平等原则	(25)
第三节 罪刑相适应原则	(26)
第三章 刑法的效力范围	(28)
第一节 刑法的空间效力	(28)
第二节 刑法的时间效力	(35)
第四章 犯罪概念和犯罪构成	(40)
第一节 犯罪概说	(40)
第二节 犯罪构成	(55)
第五章 犯罪构成客观要件	(69)
第一节 概述	(69)
第二节 犯罪构成客观要件的内容	(70)
第三节 排除社会危害性事由	(126)
第六章 犯罪构成主观要件	(164)
第一节 责任原则	(164)
第二节 责任能力	(170)
第三节 犯罪故意	(179)
第四节 犯罪过失	(191)
第五节 认识错误	(204)
第六节 犯罪目的与犯罪动机	(213)
第七节 期待可能性	(216)

第七章 故意犯罪的未完成形态	(222)
第一节 概述	(222)
第二节 犯罪预备	(225)
第三节 犯罪未遂	(228)
第四节 犯罪中止	(247)
第八章 共同犯罪	(254)
第一节 共同犯罪的概念、处罚根据和本质	(254)
第二节 共同犯罪的成立条件	(265)
第三节 共同犯罪的形式	(275)
第四节 共犯人的分类及其刑事责任	(286)
第五节 共同犯罪的特殊问题	(300)
第九章 罪数	(311)
第一节 罪数的区分	(311)
第二节 本来的一罪	(314)
第三节 法定的一罪	(321)
第四节 处断的一罪	(323)
第十章 刑罚理论和刑罚制度	(333)
第一节 刑罚理论	(333)
第二节 刑罚的种类	(339)
第十一章 刑罚的裁量	(356)
第一节 量刑的概念和一般原则	(356)
第二节 量刑情节及其适用	(361)
第三节 量刑方法	(369)
第四节 累犯、自首、坦白和立功	(372)
第五节 数罪并罚	(389)
第十二章 刑罚执行制度	(397)
第一节 刑罚执行概述	(397)
第二节 缓刑	(398)
第三节 减刑与假释	(403)
第十三章 刑罚的消灭	(411)
第一节 概述	(411)
第二节 时效	(412)
第三节 赦免	(415)

第一章 绪 论

第一节 刑法的概念、渊源与分类

一、刑法的概念

刑法,就是规定什么样的行为是犯罪、对该行为应当予以什么样的处罚或者说制裁的法律。由于对刑法规定内容的理解不同,因而有关刑法的称谓也不一致。有的国家看重刑法规定犯罪的一面,因此,将刑法称为“犯罪法”(Criminal Law);相反地,有的国家强调刑法规定对犯罪行为处罚的一面,因此,将刑法称为“刑罚法”(Penalty Law; Strafrecht; droit pénal)。关于这一点,日本学者团藤重光有如下解释,即“看重规范的一点时,就是‘刑法’,而看重事实的一点时,就是‘犯罪法’。”^{〔1〕}但是,对此也可以从另一个角度加以理解,即从刑罚权的主体国家的立场来看,“刑法”就是规定对犯罪的处罚的法律,而从被害人、加害人即国民的立场来看,“刑法”就是告诉大家什么是犯罪的法律。

在我国,何谓刑法,理解也不一致。有的认为,刑法就是规定犯罪与刑罚的法律,犯罪与刑罚构成刑法的基本内容;^{〔2〕}有的认为,刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律;^{〔3〕}还有人认为,刑法是规定犯罪及其法律后果(主要是刑罚)的法律规范的总和。^{〔4〕}这三种理解,都是根据刑法内容总结出来的,在表述上大同小异,差别仅仅在于,对犯罪的法律后果该如何看待。

上述第一种观点是我国的传统理解,也是目前的通说,第二种观点和第三种观点是目前学界的有力学说。其中,第二种观点的独特之处在于,将刑事责任作为与犯罪和刑罚并列的、连接犯罪与刑罚的中介。但是,在刑法理论上,刑事责任作为一种主观谴责,是行为人对所造成的客观侵害,主观上必须受到谴责的依据,属于犯罪的成立要件。无论是从理论还是法律规定的角度来看,刑事责任都不是与犯罪和刑罚并列的内容,因此,将刑法看作为规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律,显然是不妥的。

上述第三种观点认为,我国的传统观点,没有反映出我国刑法关于犯罪处罚的特色。其他国家的刑法中,犯罪的唯一后果就是刑罚,但在我国,刑罚处罚只是承担犯罪的法律后

〔1〕 [日]团藤重光:《刑法纲要总论》(第三版),创文社1990年版,第3页。

〔2〕 黄京平主编:《刑法》(第三版),中国人民大学出版社2008年版,第1页。

〔3〕 高铭喧、马克昌主编,赵秉志执行主编:《刑法学》(第七版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第3页。

〔4〕 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第19页;阮齐林:《刑法学》(第三版),中国政法大学出版社2011年版,第1页。

果的最主要方式,刑法以及其他法规还规定有另外两种犯罪法律后果:一是“训诫”或者“具结悔过”、“赔礼道歉”、“赔偿损失”等,二是宣告有罪但免于刑罚处罚。这两种情形也是以行为人的行为构成犯罪为前提,属于犯罪的法律后果,而上述有关刑法的理解则没有注意到这一点。因此,认为刑法是规定犯罪及其法律后果的法律。^[5]

本书同意传统观点,认为刑法就是规定犯罪和刑罚的法律。所谓刑罚,就是犯罪的法律后果,具体而言,是刑法所规定的一切以对犯罪的谴责为根据而对行为人科处的痛苦和损害,这一点已经为各种刑法理论所约定俗成,只是在现代社会中,其内容可能各不相同而已。有的表现为传统的死刑、徒刑等,有的则表现为社区矫正、承担行政或者民事责任等形式。我国刑法中,对于犯罪,虽说在死刑、徒刑等传统的处罚方式之外,还有“训诫”或者“具结悔过”、“赔礼道歉”、“赔偿损失”、“行政处罚”或者“行政处分”等处罚措施,但其也是以行为人的行为构成犯罪,应当受到谴责为前提的,从本质上看,仍然属于犯罪的法律后果即刑罚,因此,传统观点即“刑法就是规定犯罪和刑罚的法律”的说法没有任何问题。同时,以“法律后果”来替换“刑罚”,也与我国刑法第13条即“一切(中略)危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪”的规定不符。因此,本书在刑法的概念上仍然沿用传统观点。

二、刑法的渊源

所谓刑法渊源,是指刑法的存在形式。在我国,刑法渊源有以下几种:

1. 刑法典。刑法典是以国家名义颁布的、系统规定犯罪及刑罚的法律,是刑法的最主要存在形式。我国现行的刑法典即1997年颁布实施的《刑法》,是在1979年制定颁布的新中国第一部刑法的基础上修订而成的。在此之后,又以刑法“修正案”的形式对其中的内容进行了若干的修订补充。对刑法典内容进行部分修改的“修正案”也是刑法典的组成部分。

2. 单行刑法。单行刑法是国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的,规定某一类犯罪及刑罚或者刑法的某一事项的法律。如全国人大常委会于1998年12月29日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》就属于此。^[6]单行刑法一般是针对现行刑法的漏洞所作的补充规定,或是对现行刑法的修改等。

3. 附属刑法。附属刑法是附带规定于经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范。如《产品质量法》第50条规定:“在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好,或者以不合格产品冒充合格产品的,责令停止生产、销售,没收违法生产、销售的产品,并处违法生产、销售

[5] 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第446页。

[6] 全国人大常委会于1999年10月30日还颁布了《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教组织活动的决定》,这个法律是否是刑法规,尚有争议。该“决定”第2条由于规定有“对受蒙骗的群众不予追究。对构成犯罪的组织者、策划者、指挥者和骨干分子,坚决依法追究刑事责任;对于自首或者有立功表现的,可以依法从轻、减轻或者免除处罚”等有关处理邪教犯罪的内容,因此,有学者将其看作对现行刑法相关规定的一种补充和修改,认为是单行刑法规。参见阮齐林:《刑法学》(第三版),中国政法大学出版社2011年版,第3~4页。但如果把刑法严格限定为有关犯罪及其法律效果的法律,那么,这个“决定”可能因为没有新确立具体的罪、罚内容而不能看作刑法规。

产品货值金额百分之五十以上三倍以下的罚款;有违法所得的,并处没收违法所得;情节严重的,吊销营业执照;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”其中,“构成犯罪的,依法追究刑事责任”的规定就是附属刑法。附属刑法不规定独立的犯罪和法定刑,没有对刑法的相关内容作出解释、补充或者修改,因此,并非真正意义上的刑法法规。附属刑法的适用,最终要归结到其他刑法法规。如果其他刑法中没有相应的规定,即便存在附属刑法规定,也不能定罪量刑。

三、刑法的分类

刑法的分类,是指刑法在理论上的类别,主要有以下几种:

1. 广义刑法与狭义刑法。这是依照刑法法规的表现形式的不同所做的分类。其中,广义刑法是泛指一切规定犯罪及其法律后果即刑罚的法律规范的总和,它不仅指刑法典,还包括单行刑法以及非刑事法律中的刑事责任条款(附属刑法),狭义刑法则是指国家立法机关以刑法典形式公布的刑法本身。

2. 普通刑法与特别刑法。这是根据刑法适用对象、范围以及适用顺序的不同所做的分类。其中,普通刑法是指具有普遍适用的性质与效力的刑法,实际上是指刑法典。特别刑法是指仅适用于特定对象、时间、地域或特定事项的法律。在我国,过去,如修订前的《惩治军人违反职责罪暂行条例》,由于仅对现役军人的犯罪适用,相对于普通刑法而言,其是特别刑法;现在,如香港、澳门以及台湾地区的刑法由于其仅适用于该特定区域,可以说是特别刑法。

区分普通刑法和特别刑法的意义,主要在于确定其适用规则。当某行为同时符合普通刑法与特别刑法的规定时,应根据特别法优于普通法的原则,仅适用特别刑法;如果某一个行为同时符合两个特别刑法的规定,则应根据新法优于旧法的原则,仅适用新的特别刑法。

3. 行政刑法与刑事刑法。这是根据刑法规定的犯罪是否违反道德规范所做的分类。一般来说,刑事刑法所规定的犯罪多以违反伦理道德为前提,如杀人、放火、抢劫、盗窃等行为,因为违反人类社会的基本价值准则,古往今来、不分东西均被认定为犯罪。相反地,行政刑法所规定的犯罪多以违反行政取缔法规为前提,违反伦理道德的色彩并不明显。如污染环境、走私、逃避税收、违反商标法的规定等行为,仅仅是因为违反了当时当地的行政管理法规而被规定为犯罪。但是,现在这种刑法分类已经没有多大意义。因为,违反伦理道德的行为和违反行政规范的行为,在性质上已经难以区分,二者之间并不存在截然分明的界限。如污染环境的行为,传统上虽被看作为违反行政刑法的行为,但在人类生存环境遭到严重破坏的当今,其在道义上也已经为人所不齿,特别是在我国,传统上属于行政刑法的内容已经被纳入刑法典的规定中,因此,单纯的行政刑法并不存在。

第二节 刑法的性质、目的和机能

一、刑法的性质

刑法的性质,是指刑法区别于其他法律的特别属性,可以从内容和形式两个方面加以概括。

首先,就内容而言,与其他部门法相比,刑法在调整范围、调整对象以及调整手段上具有以下特点:(1)调整范围的广泛性。一般部门法如民法、经济法、行政法都只是调整和保护某一方面的社会关系,刑法所调整的社会关系则相当广泛,从国家安全、公共安全、经济秩序到公民个人的人身权利、财产权利都有所涉及。可以说,一般部门法所调整的社会关系,都在刑法调整的范围之内。(2)调整对象的特定性。尽管刑法调整范围广泛,但其并非对社会生活中的所有违法行为都适用,而仅仅是针对最为严重的违法行为即对法律所保护的利益造成重大损害的行为才适用,对于通奸或者借钱不还之类的行为,就不能加以干涉,换言之,刑法的调整对象具有特定性。(3)调整手段的严厉性。一般部门法中,违法行为的法律后果是赔偿损失、警告、行政拘留等相对缓和的强制措施,而且在许多情况下,当事人之间可以自行和解,但刑法规定的法律后果则是刑罚,刑罚是国家最严厉的强制方法。不仅如此,在绝大多数情况下,犯罪人与被害人之间不得私下和解。

其次,就形式而言,与其他法律相比,刑法具有以下特点:(1)在根本法与基本法的关系中,刑法属于基本法。宪法是根本法,刑法、民法、诉讼法等是基本法。根本法是一切法律的基础,其他的法律,包括基本法在内,都必须服从根本法,不得违背根本法的规定和宗旨。(2)在实体法与程序法的关系中,刑法属于实体法。刑法规定什么是犯罪,对于各种犯罪行为应当如何处罚,而刑事诉讼法则属于程序法的范畴,它规定的是当犯罪行为发生之后,公安司法机关如何依照法定程序揭露犯罪、证实犯罪和打击犯罪。所以,作为实体法的刑法和作为程序法的刑事诉讼法的关系,是内容与形式、任务和方法、目的和手段的统一。(3)在公法与私法的关系中,刑法属于公法。法律大体上可以划分为公法与私法。其二者的区分标准尚有争议,一般来说,从主体上看,公法主体中至少有一方是国家,而私法中双方均为社会普通成员;从法律关系的内容上看,公法涉及国家及公共利益,而私法则为确定个人利益;从调整方法上看,公法以权力服从为本,而私法则以权利平等为本。刑法以国家权力为后盾、以对违法行为进行处罚为内容,调整的是国家和个人(如被告人、被害人等)之间的关系,因此,它属于公法范畴。

二、刑法的目的

刑法的目的,就是国家制定和适用刑法时所要实现的目标。它是刑事立法的动力,是刑事司法的灵魂,是刑法解释的指针。研究刑法目的,有助于司法人员准确地解释和适用刑法,从而对一些模棱两可的行为做出准确的定性。

关于刑法的目的,众说纷纭。由于我国刑法第1条中有“为了惩罚犯罪,保护人民而制定本法”的规定,因此,传统学说认为,“惩罚犯罪,保护人民”都是我国刑法的目的。^[7]但是,将“惩罚犯罪”作为刑法的目的,显然是将“刑法目的”作为了以报应为主要内容的“刑罚目的”,有混淆概念之嫌。而且,如果说“惩罚犯罪”是制定和适用刑法的目的的话,则刑法当中完全没有必要规定过了一定期限,就不能追诉犯罪的诉讼时效制度;也没有必要规定对于“惩罚犯罪”来说无异于自缚手脚的“罪刑法定原则”;甚至可以说,制定刑法本身就是多余的。因为,一个国家对付犯罪并不需要刑事法律,没有刑法也不妨碍国家对犯罪的有效镇压和惩罚,而且,没有刑法限制的惩罚犯罪可能会更加及时、有效、方便。

也有学者认为,刑法的目的是“维护规范”(“规范违反说”)。即维护“隐藏于生活利益背后的法规范、社会同一性以及公众规范认同感”。^[8]但这里所谓“隐藏于生活利益背后的”规范是不是一定体现了人们的生活利益?该种规范下所形成的公众认同感是否就是一种利益?值得怀疑。如一些国家的法律对于婚前性行为予以处罚,也有一些国家法律规定,女子必须穿戴蒙面罩袍,或者不得与包括医生在内的男人见面,否则要受到处罚。这些规范的维护,或许能形成稳定的秩序,但其是人们所追求的生活利益吗?还有人从破坏秩序者必须受罚,合法不得向不法让步的角度来理解规范。在这种观点看来,刑法之所以处罚杀人行为,并不是因为生命法益受到了侵害,而是“生命不得被侵害”的规范遭到了人为的破坏。^[9]但是,这种规范违反说,存在以下不足:一是导致人们对立法的盲从,难以起到法益论所具有批判作用;二是无法回答规范有效运作的目的何在的问题;三是有本末倒置的嫌疑。犯罪首先是侵犯法益,进而才破坏规范,而不是相反,刑法的目的首先是保护法益,保障规范的有效性只是保护法益的反射效果而已。不仅如此,这种学说在具体问题的理解上,也让人难以接受。如对无刑事责任能力的人能否正当防卫,按照该说,上述人员因为无能力认识法规范的意义,也无能力在意义沟通层面上否定法规范的效力,因此其行为不属于加害行为,所以对其不能实施正当防卫,只能紧急避险。^[10]要求防卫者在面临对方的紧急不法侵害的情况下,猜测对方年龄再决定下一步的行为,这岂不是强人所难吗?而且从刑法第20条第1款的用语是“不法”,而非“违法”的角度来看,不得不说,上述理解也不甚妥当。

本书认为,刑法的目的在于保护法益。所谓法益,是所有被刑法所保护的利益,其既包括犯罪的被害人和加害人等所有社会成员的生命、身体、财产、自由等个人的生活利益,也包括建立在上述保护个人利益基础之上、可以还原为个人法益的如国家安全、公共安全、社会主义市场经济秩序、社会管理秩序之类国家利益与社会利益(“法益侵害说”)。这也是

[7] 李洁主编:《刑法学》(第二版),中国人民大学出版社2014年版,第5页;冯军、肖中华主编:《刑法总论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第19页。

[8] 周光权:“论刑法目的的相对性”,载《环球法律评论》2008年第1期。

[9] 冯军:“刑法教义学的立场和方法”,载《中外法学》2014年第1期。在这种见解看来,法益侵害只是法规范否认的现象形态,是法规范否认的认识工具,法规范否认才是法益侵害的本质。如故意摔碎他人一个贵重花瓶的行为,表面上是侵害了他人法益,更重要的是其中所体现出来的法规范意义:行为人并不尊重他人的财产权,以至于像对待自己的东西一样任意地处置了他人的财物。以上内容,参见冯军上述论文,第185页。

[10] 冯军:“刑法教义学的立场和方法”,载《中外法学》2014年第1期。

目前的通说。^{〔11〕}首先,这是从我国刑法第1条的规定当中所推论出的当然结论。我国刑法第1条规定,制定刑法的目的,就在于“惩罚犯罪,保护人民”。其中,“惩罚犯罪”是手段,是为“保护人民”服务的,而“保护人民”是“惩罚犯罪”所追求的效果,是刑法的最终目的。其次,刑法之所以将一定行为规定为犯罪,并对其科处一定刑罚,目的就在于通过防止该种行为,以达到保护为该种行为所侵害的利益(法益)的目的。如故意杀人罪的规定就以保护无辜的人的生命为目的,虐待被监管人罪的规定以保护被监管人的身体为目的。从此意义上讲,所有的犯罪规定,都是以保护法益为目的,没有法益侵害,就没有犯罪。最后,从我国当今社会强调“以人为本”、主张个人权利和利益的时代背景来看,说刑法的目的在于优先保护个人的生活法益,有其妥当意义。

将刑法的目的理解为保护法益,具有以下两方面的意义:第一,不是所有的行为都是刑法处罚的对象,而只有侵害法益的行为,才是处罚的对象,即“没有法益侵害,就没有犯罪”。这一点和近代以来所坚持的,只有对社会的外在侵害才是衡量犯罪的真正尺度,而人内心的邪恶、拙劣、猥琐等不是追究人的刑事责任的根据的基本观念是一致的。第二,在确定是否为刑法所保护的法益的时候,必须以人本主义价值观为基础进行判断。即便在随着刑事立法的大量增加,抽象、普遍法益成为不可忽视的存在的当今,在对这些所谓抽象、普遍的法益进行说明时,也还是应当将其限定、还原为人的生命、身体、财产、自由之类的具体、个别的法益。对无法还原为生命、身体、财产之类的具体、个别法益的利益,不能将其作为刑法上的法益加以保护。

三、刑法的机能

刑法的机能,也称刑法的功能,就是刑法在社会生活中应当具有的作用,它是实现刑法目的的手段。关于刑法的机能,众说纷纭。有的将其概括为“行为规制机能、安全保护机能和人权保障机能”,^{〔12〕}有的将其概括为“人权保障功能、法益保护功能、行为规制功能”。^{〔13〕}本书认为,刑法具有以下两大基本机能。

(一) 保护法益机能

所谓保护法益机能,就是刑法具有通过惩罚犯罪,保护刑事犯罪被害人的利益不受犯罪的侵害与威胁的机能。可以想象,如果无故杀人或者盗窃却不受处罚,则这个世界上杀人或者盗窃将持续不断,每天都会发生。如此一来,人们的正常生活就难以维持,整个社会就会陷入一片混乱之中。因此,只有对非法侵害他人生活利益的行为进行处罚,才能预防犯罪,保护人们的生活。这种通过对一定行为科处刑罚,让人们不要实施该种行为,从而保护人们的生活利益不受侵害的机能,就是保护法益机能。

保护法益机能主要是通过刑法的规制行为机能(也称规律行为机能)来实现的。所谓刑法的规制行为机能,是指通过将一定行为规定为犯罪并对其科处刑罚,表明该行为为法

〔11〕 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第26页。

〔12〕 冯军、肖中华主编:《刑法总论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第19页。

〔13〕 李希慧主编:《刑法总论》,武汉大学出版社2008年版,第29页;刘艳红主编:《刑法学》(上)(第二版),北京大学出版社2016年版,第17页以下。

所不允许,要求人们不要实施该种行为的机能。如我国刑法第 232 条规定:“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑;情节较轻的,处三年以上十年以下有期徒刑”。按照这个规定,在行为人杀了人的时候,通常就要受到死刑、无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑的处罚。由于存在这种对应关系,就会抑制社会上潜在的犯罪人,使其远离杀人行为;同时,对已经杀了人的人,通过上述刑罚惩罚,使其以后不要再犯。刑法的这种通过规定犯罪和刑罚,明确法律允许的界限,从而指引人们采取适当行为的机能,就是规制行为机能。

就贯彻刑法的保护法益机能而言,最理想的方式就是采用“一刀切”的极端方式,将所有的生活利益都作为刑法的保护对象,严令对其不得加以侵害,否则就要受到刑罚处罚。但是,这样做的后果是,窒息人们的思想和行为,引起妨碍人们行动的寒蝉效应。从刑法是使用刑罚这种最为严厉的手段来保护法益的现实,以及刑法属于只有在使用其他手段都难以奏效的情况下才能使用的补充法的特点来看,刑法上所保护的法益,只能是从维持社会秩序来看,极为重要、不能放弃不管的利益。

(二) 保障人权机能

刑法是规定什么样的行为是犯罪,对该行为应当予以什么样的处罚的法律。在不违反刑法,就不会受到处罚的意义上,刑法具有限定国家刑罚权的发动,保障人们的行动自由的机能。如果没有刑法,国家就可以随心所欲地进行处罚,人们就不能放心地行动。这样,刑法不仅是“善良人的保护法”,也是“犯罪人的大宪章”,具有“对社会控制的主体(国家)自身进行控制”,限定被处罚的行为,保障包括犯人在内的所有人的自由(乃至人权)的作用(机能)。

与刑法的保障人权机能相关的一个重要观念,就是谦抑思想。所谓谦抑思想,就是不当将所有的违法行为都作为刑法的处罚对象,作为刑法处罚对象的只能是那些不得不予以刑罚处罚的行为。从谦抑思想出发,可以推导出以下三个基本观念:(1)刑法的补充性。正如“最好的社会政策就是最好的刑事政策”所说的一样,仅仅依靠刑法是不能抑制犯罪,维持社会秩序的,而且,刑罚是剥夺犯人生命、自由以及财产的最为残酷的手段,因此,其只能用作防止犯罪所必要的“最后手段”(ultima ratio)。(2)刑法的不完全性。即刑法控制,不应当深入人们生活领域的每一个角落,而只应当限定于维持社会生活秩序所必需的最小领域之内。(3)刑法的宽容性。换言之,即便发生了侵害行为,但只要不是保护法益所必需的,就要本着宽容精神,尽量不要动用刑罚应对该种行为。

上述刑法的保护法益机能和保障人权机能经常处于矛盾、对立之中。强调刑法的保护法益机能的话,必然将对法益侵害的处罚无条件地正当化,在刑事立法和司法上扩大刑法的适用范围,招致对人权的侵害;相反地,强调刑法的保障人权机能,就必然要求限定和缩小刑法的适用,难以对法益进行有效的保护。上述任何一种局面的出现,都会使人们失去对刑法的信赖,引起社会秩序的混乱。因此,如何协调保护法益机能和保障人权机能之间的关系,就是当今刑法学的基本问题。对此,本书的立场是,在罪刑法定原则的前提下,进行犯罪认定上的合理分工,在成立犯罪的客观要件即在有无社会危害性及其大小的判断上,以行为所造成的法益侵害结果和行为人的身份等客观外在因素作为唯一判断标准(保护法益机能);而在成立犯罪的主观要件即在主观责任的有无以及轻重的判断上,仅考虑

行为人的内在主观心理状态和精神状态(保障人权机能),从而实现保护法益机能和保障人权机能之间的折中与平衡。

不过与保护法益机能相比,从无论是什么样的侵害法益行为,事先没有在法律中加以规定,就不能加以处罚的罪刑法定原则的立场来看,保障人权机能都应当处于优势地位。因为,人民之所以要制定刑法,不是要创设刑罚保护法益,而是要限制刑罚,防止作为刑罚主体的国家无限制地肆意处罚人民(这一点,只要看看历史就清楚。在刑法出现之前,刑罚就已经存在了)。在进行刑法解释的时候,无论何时都必须牢记这一点。

第三节 刑法的规范、体系与解释

一、刑法规范

刑法规范,是以禁止、处罚犯罪行为为内容的罪刑规范,其内容蕴涵在刑法规定当中,但和刑法规定不是一回事。刑法规范是刑法规定的内涵,而刑法规定是刑法规范的表现形式。如刑法规定有盗窃罪、遗弃罪,其中所蕴涵的规范就是:不得盗窃、义务者必须扶养没有独立生活能力的人。

刑法规范到底是行为规范还是裁判规范,存在争议。主张刑法是行为规范的人认为,刑法是针对一般人的命令、禁止,是一般人的行动指南;相反地,主张刑法是裁判规范的人认为,刑法是针对司法人员的命令、禁止,是法官等在定罪量刑时的指南。

我国刑法分则条款在规定犯罪和刑罚的时候,通常采用先规定相当于犯罪的假定条件(行为),然后规定与其相应的法律后果(刑罚)的形式。如刑法第236条第1款规定,“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的,处三年以上十年以下有期徒刑”。其中,“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”是假定条件,“处三年以上十年以下有期徒刑”是法律效果。从字面上看,显而易见,刑法第236条第1款的上述规定,应当是一个裁判规范。因为,其意思是,司法工作人员对于“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”,只能以强奸罪定罪,在“三年以上十年以下有期徒刑”的范围之内处罚,而不得在此限度之外定罪处刑。

但是,主张刑法规定是行为规范的人则认为,一般人都是根据刑法规定来规范自己的行为的,同时,从理论上讲,刑法第236条第1款省略了这样一个前提,即“不得以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女”,这个被省略的前提恰好就是“不得强奸”这一刑法上的行为规范。如果不以对一般人适用的行为规范为根据而仅以对法官适用的裁判规范为前提科处刑罚,便会违背一般人的法律感情,使刑法丧失规制行为的机能。在此意义上讲,刑法具有行为规范的一面。

确实,在刑法仅仅将“故意杀人的,处……”或者“盗窃公私财物的,处……”作为故意杀人罪和盗窃罪全部成立条件的时候,或许可以说该规定是行为规范,但是,在将“数额较大”或者“情节严重”等作为具体犯罪成立条件的时候,还说刑法规定是以一般人为适用对象的行动指南,恐怕是有些勉为其难了。因为,“数额较大”、“情节严重”不是一般人所能

说得清楚的,否则最高司法机关就没有必要每年就如何适用刑法而颁布大量的司法解释了。在我国,刑法尽管具有作为一般人的行动指南的一面,但更主要的是指引司法工作人员的审判指南。实际上,现代社会当中,即便以一般人都能看得明白的最通俗的语言来规定法律条文,但在其适用中,仍然要经过法官的科学判断。毕竟,日常生活的经验并不能替代法律规定,法律规定作为人们有关生活规则的系统化认识,含有许多技术性内容,具有自己独到的解释方法。即便是人们生活当中最常见的“故意杀人的”规定,也包含有许多根据一般人的经验和常识无法解决的规范问题。如见死不救或者遗弃他人致其死亡的行为,是否是“杀人行为”?部分露出母体的胎儿或者大脑已经丧失正常功能的人,能否称得上是故意杀人罪中的对象的“人”?误将尸体作为活人加以杀害的行为,是否是“故意杀人行为”?这些都不是仅仅根据一般人的常识或者处罚感情所能判断的问题。因此,现代社会中的刑法,更主要的是规制法官裁判的工作指南,在其适用上,当然要仰仗具有专业知识的理性人的科学判断。

刑法到底是行为规范还是裁判规范,对认定行为是否具有社会危害性,具有重要影响。如果说刑法是行为规范,是针对普通人的命令、禁止规范,是社会一般人的“行动指南”的话,则行为有无侵害法益的危险,其判断就只能以作为刑法适用对象的一般人在行为当时的认识为准;相反地,如果说刑法是裁判规范,是针对法官等专业人士的命令、禁止规范,是法官定罪量刑的指南的话,则在行为是否具有社会危害性的判断上,只能以法官等专业人士在裁判时的科学认识为准。通常来说,普通人的判断和专业人士的判断之间没有太大差别,但在特定的案件当中,则可能出现截然相反的结论。这些在之后的相关章节中,都将具体介绍。

二、刑法体系

刑法体系,是指刑法典的组成和结构。刑法的组成,是指刑法由哪些部分构成;刑法的结构,是指刑法各部分在刑法典当中排列的次序和层次。我国现行刑法采用大陆法系的法典模式,由若干编、章、节、条、款、项组成一个有机整体。

1. 编和附则。我国刑法整体上分为两编,第一编为总则,第二编为分则。此外还有一个附则。总则内容是一般规定,包括刑法的基本原则、适用范围以及有关犯罪与刑罚的一般原理、原则的规定,是定罪量刑所必须遵循的共同准则。分则内容为具体犯罪的犯罪构成和具体刑罚的具体规定。总则规定不仅适用于分则,而且适用于其他有刑罚规定的法律(但其他法律有特别规定的除外)。附则规定两个内容:一是现行刑法开始施行的时间;二是相关法律的废止与保留。

2. 章。章是总则和分则两编之下最大的单位。我国刑法的总则和分则各自独立设章并分别排列。我国刑法总则共分五章,分则共分十章。

3. 节。节是章下所设的单位。我国刑法总则和分则在章下并未一律设节,而是根据各章的具体需要而定。如刑法总则第二章、第三章、第四章章下均设有节,而第一章和第五章章下则未设节;同样,在分则第三章、第六章章下设有节,而在其他章中没有设节。这主要是因为有些章当中,内容芜杂,头绪众多,而有些章当中,内容相对单一,容易归类的缘故。

4. 条。条是刑法典的基本单位。我国现行刑法的全部条文用统一的序号编排,不受

编、章、节划分的影响。不算刑法修正案所增加的条文,我国刑法典共有 452 条。其中,总则 101 条,分则 350 条,附则 1 条。

5. 款。款是条下所设单位。款无编号,其表现形式是条文中另起一行以句号结束的含义相对独立的自然段。条下并不一定要设款,是否设款,视该条内容的多寡而定。在同一款中包含有两层以上的意思时,还可以将款分段。如刑法第 12 条第 1 款,^[14]实际上表达了三个意思,包括了三段内容。理论上称表达第一个意思的为前段,称表达第二个意思的为中段,称表达第三个意思的为后段。如果一个条文表达两个意思的话,理论上称表达前一个意思的为前段,称表达后一个意思的为后段。在引用设有款的刑法条文时,称为“第某某条第某款”。但许多条文只设立了一款,在这种情况下,只称作为“第某某条”,而不要称为“第某某条第 1 款”。

刑法条款以文字表达立法意图,故其表达自然应符合语法。当同一条款的后段要对前段的内容做出相反、例外、限制或补充规定时,往往使用“但是”一词予以表示,“但是”开始的这段文字成为“但书”。在刑法规范中,其作用主要是限制或者补充该段以前的内容。

6. 项。项是条下或者款下所设单位,用加括号的序数编排且每项另行起行。如刑法第 236 条强奸罪下设三款,第 3 款又设有五项,分别用(一)、(二)、(三)、(四)、(五)序号排列,各项均另行起行。引用刑法条文时,应说明引用第某某条第某款第某项。

三、刑法解释

(一) 刑法解释的概念

刑法解释是对刑法规定用语的意义进行说明,是赋予刑法规范特定含义的思维或者实践过程。

本来,从近代国家三权分立的原则出发,对于立法机关所制定的刑法,司法官是不能解释的。如果通过解释的方式就能随便变更法律规定的話,则事前进行的法律明文规定便没有任何意义。但是,刑法规定具有适用的普遍性,这就使得刑事立法在某种程度上不得不使用一些抽象、模糊、让人费解的用语,不解释便难以理解其意义;同时,刑法一经制定出来,就具有了相对的稳定性,而社会形势则日新月异,许多情况在立法当时根本考虑不到也不可能考虑到,为了应对这种新情况,刑法也有必要进行解释,以保证司法活动能够跟得上客观情况的变化。只是,在解释的限度上,与民法等相比,刑法解释的余地应当比较小。因为,刑法解释的后果和公民的生命、自由、财产等最基本的权利直接相关,受到罪刑法定原则的严格限制。如果刑法规定的内容能够通过解释随意变更的话,就等于放弃了罪刑法定原则的限制,会导致罪刑擅断的结果。

与上述问题有关,在刑法解释的目标即刑法解释的目的到底是探求立法原意还是法律条文本身所可能具有的意义上,有主观说和客观说之争。主观说认为,刑法解释的目标是

[14] 原文为:中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。

“表现于刑法条文之中的立法者的意图”即所谓“立法原意”；相反地，客观说认为，刑法解释的目标是“刑法条文所客观表现出来的意图”即“法条的客观意义”。^[15] 其实，从具体结论来看，上述两种观点的差别并不大，但是，在相互批判对方的过程当中，都对作为立论基础的主张本身作了不适当的夸张，给人的感觉是，主观说主张法官就是转达法律规定的人，绝对不允许法官进行解释；相反地，客观说主张法官可以法律存在漏洞为由，通过解释来补充甚至创制法律。^[16] 实际上，从我国学者的论述来看，无论是主观说还是客观说，尽管在刑法解释追求目标上表述不同，但在解释的限度上，均承认解释的结果不能突破罪刑法定原则的界限，不能超越被解释对象的用语所可能具有的范围。从此意义上讲，刑法解释的目标到底是探求立法原意还是法条的客观意思并不重要，重要的是是否超越了法条用语所可能具有的意义，超出一般人可以预测的范围。立法原意当然不会超越法条用语可能具有的意思，即便是法条的客观意思，固然不是立法原意，但只要没有超越用语可能具有的意思、超出一般人可以预测的范围的限制，也不能说其是违法解释。因此，在刑法解释问题上，重要的不是解释的目标，而是解释的界限或者限度。

（二）刑法解释的分类

刑法解释，按照不同标准，可以进行不同的分类。

1. 立法解释、司法解释和学理解释

这是以解释的主体为标准所作的分类。

（1）立法解释

立法解释是由立法机关所做的解释，具体而言，是指全国人民代表大会及其常委会对刑法规定所做的解释。根据我国《宪法》第 67 条的规定，解释法律是全国人民代表大会常务委员会的职权，因此，立法解释是正式的有效解释。

通常认为，立法解释包括三种方式：一是在刑法或相关法律中所做的解释性规定。如刑法总则第 91 条至第 100 条对公共财产、公民私人所有的财产、国家工作人员、司法工作人员、重伤、违反国家规定、首要分子、告诉才处理、以上、以下、以内、前科报告等法律术语所作的解释性规定，以及刑法分则第 294 条对黑社会性质的组织、第 357 条对毒品、第 367 条对淫秽物品所作的界定，就属于此。二是在“法律的起草说明”或者“修订说明”中所做的解释。如 1997 年 3 月 6 日全国人大常委会副委员长王汉斌所作的“关于《中华人民共和国刑法》（修订草案）的说明”，就是这种情况。三是在刑法施行过程中，立法机关对发生歧义的规定所做的解释。如 2000 年 4 月 29 日第九届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》就属于这种解释，其通常是由全国人大常委会以决议的形式做出。^[17]

（2）司法解释

司法解释是国家司法机关所做的解释。如 2014 年 8 月 12 日最高人民法院、最高人民

[15] 李希慧：《刑法解释论》，中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 75～79 页。

[16] 李国如：《罪刑法定原则视野中的刑法解释》，中国方正出版社 2001 年版，第 68～78 页。

[17] 对立法解释存在的必要性和合理性，具有不同看法。具体参见张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社 2011 年版，第 34～36 页。

检察院《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》、2006年7月26日最高人民法院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》,就属于这种情况。根据有关规定,在我国具有普遍效力的司法解释,只能是最高人民法院和最高人民检察院就审判和检察工作中如何具体应用法律问题所做的解释,地方司法机关以及各级行政机关均无权对刑法进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释之间如果有原则性分歧,应报请全国人民代表大会常务委员会解释或者决定。

最高人民检察院的解释一般使用“解释”、“规定”、“意见”、“通知”、“批复”等形式,统一编排文号;最高人民法院的解释统一使用“解释”、“规定”、“批复”三种形式。但是,实践当中,上述两个部门以“座谈会纪要”、“答复”等形式所做的文件也具有司法解释的效力。另外,最高人民法院和最高人民检察院除单独发布司法解释之外,也经常一起联合发布司法解释。^[18]

1981年6月10日全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》第3条规定:“不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题,由国务院及主管部门进行解释。”这表明,行政解释对刑法的适用不直接产生效力,但是,上述“其他法律”中也可能存在罪与刑的规定,国务院及主管部门完全可能对此做解释,因此,某些行政解释也可能对刑法的适用产生效力。

就上述两种解释的效力而言,在立法解释与司法解释发生冲突时,立法解释的效力高于司法解释;司法解释发生冲突时,通常以最高人民法院的解释为准;如果针对刑法某一个条文含义的解释前后发生了变化,以后面的解释为准。

(3) 学理解释

学理解释是指未经国家授权的机关、团体、社会组织、学术机构乃至公民个人对刑法条文含义的阐释,如刑法典释义、刑法教科书、专著、论文等,就属于此。此类解释不具有法律上的效力,全靠“以理服人”,属于非正式的无效解释。

2. 文理解释和论理解释

这是以解释的方法为标准所作的分类。

文理解释,亦称文意解释或者文法解释,是根据刑法条文的文、词、字、句进行的字面解释。如刑法第95条对“重伤”一词的解释,第99条对“以上、以下、以内”所做的解释,有关司法解释中的“犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的,是自首”的说明等,都属于文理解释。文理解释体现了严格解释刑法的精神,即严格按照刑法文本的要求,遵循用语的通常意义,对法律文本的意思进行说明,既不扩大,也不缩小。

[18] 现行刑法颁布之后,最高人民法院和最高人民检察院颁布了大量的司法解释,这些司法解释对在审判工作和检察工作中如何适用法律问题提供了具体应用刑法的依据,成为和刑法定本身同等重要的法律来源。人民法院和人民检察院的有关法律文书当中除了援引刑法条款作为裁判依据之外,还须引用有关司法解释作为依据,从某种意义上讲,司法解释已经成为案件裁决的重要法律渊源。这种通过司法解释来指导处理刑事案件的做法,正面作用在于能够灵活地适应形势发展,为全国的刑事司法适用提供统一依据,但也存在司法解释越权,以司法解释之名行修改刑法之实,违反罪刑法定原则,并且导致基层司法工作者不敢积极考虑刑法的适用,消极等待司法解释的负面作用。

论理解释,是指参酌立法背景、目的、沿革及其他相关事项,对刑法规定做逻辑分析,阐明刑法用语真实含义的解释方法。按照我国的一般见解,论理解释主要有当然解释、扩大解释和限定解释三种。

(1) 当然解释

当然解释指对刑法没有明文规定的事项,但依事物属性、处罚目的以及当然的道理,推论刑法所没有明文规定的事项当然包括在刑法规定适用范围之内。通俗地说,就是做出该种理解,是“不言自明、理所当然”的。例如刑法第201条规定“五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚又偷税的”,构成逃税罪。那么,认为因逃税而被给予三次、四次行政处罚后又逃税的,更应该构成逃税罪。这是理所当然的理解,就属于当然解释。

当然解释是我国传统上常用的一种解释方法,人们常说的“入罪举轻以明重”和“出罪举重以明轻”就是其体现。所谓入罪举轻以明重,就是对法无明文规定但有处罚必要的行为,列举与其类似但刑法有明文规定的轻行为,然后说明该重行为更应当受到处罚。如已满14周岁未满16周岁的人绑架杀人的场合,是否要承担刑事责任,刑法当中没有明文规定。但是,既然刑法第17条第2款明文规定,已满14周岁未满16周岁的人故意杀人的场合要承担刑事责任,则比单纯的故意杀人社会危害性更为重大的绑架杀人就更应当承担刑事责任,这就是“举轻以明重”的解释方式。相反地,所谓出罪举重以明轻,就是某种行为是否要受到处罚,法无明文规定的场合,列举刑法当中不受处罚的重行为,以说明该轻行为不应受罚。如刑法第20条第3款规定:“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成不法侵害人伤亡的,不属于防卫过当,不负刑事责任”。这里的“伤亡”,一般认为是指重伤和死亡。既然如此,则对杀人等严重危及人身安全的暴力犯罪进行反击,造成其轻伤的场合,就更不应当负刑事责任了。尽管刑法当中对此没有明文规定,但依据刑法第20条第3款的规定,当然能够得出这种推论。

由于当然解释是将刑法没有规定的事项和刑法有规定的事项进行轻重对比来说明该事项是否规定在刑法处罚范围之内的解释方法,所得结论极有可能突破法条用语的字面含义,因此,在适用上必须慎重。一般认为,进行当然解释的时候,法律上没有明文规定的行为和有明文规定的行为之间必须存在发展关系,即被解释的事项是所解释的法条上的事项的发展。^[19] 因此,如果两个事项之间是同级并列关系,就不能通过当然解释使之同一起来。如刑法第122条规定,以暴力、胁迫或者其他方法劫持船只、汽车的,构成劫持船只、汽车罪,而没有规定劫持火车的行为该如何处理。此时,就不能说因为劫持火车的行为比劫持汽车的行为更为危险,所以,更应当作为本罪加以处理。因为,火车与汽车之间处于同等并列关系,而不是一种递进的发展关系。相反地,刑法第277条第4款规定:“故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务,未使用暴力、威胁方法,造成严重后果的,依照第一款的规定处罚”。在此,刑法规定未使用暴力、威胁方法的构成本罪,而没有

[19] 李希慧:《刑法解释论》,中国人民公安大学出版社1995年版,第117页。

规定使用暴力、威胁方法的场合,该如何处理。但是,由于后者是前者的更进一步发展,因此,可以按照“举轻以明重”的原则,将“使用暴力、威胁方法的场合”解释在妨害公务罪之内。

(2) 扩大解释

扩大解释又称扩张解释,是根据立法的原意,对刑法条文作超过字面意思的解释。如刑法第93条对国家工作人员的解释便是扩大解释。该条第1款规定,本法所称国家工作人员,是指国家机关中从事公务的人员。但是,该条第2款又规定:国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论。

扩大解释是超越法条用语的字面意思所进行的解释,所得结论有可能超越一般人的认识范围或者说是预测可能性,因此,反对扩大解释也是完全可能的。但是,法条自身具有实现法律价值的属性,在进行刑法解释时,必须在全面考虑了保护法益以及保障人权等内容之后,进行有目的、有意识的目的论的解释。对于成文的刑法法条,既有缩小其通常意义进行解释的场合,也有必须扩张其意义进行解释的场合。特别是在社会急剧变动的时候,为确保法律适用具体的妥当性,有必要扩张刑法用语的通常意义进行解释,以扩大刑法的处罚范围,因此,扩大解释也是允许的。当然,从严格解释刑法的宗旨来看,应当说,即便对该行为具有处罚的必要性和合理性,并且,该行为也在法条用语的可能解释的范围之内,但是,如果该解释的内容脱离了一般人能够预测的范围,并且如此解释的坏处大于如此解释的好处的话,绝对不允许进行如此扩大解释。换句话说,扩大解释不能没有任何意义地超越“该用语可能具有的含义”。

如刑法第49条中的“审判的时候怀孕的妇女,不适用死刑”中的“审判”包括从羁押到执行的整个诉讼过程,而不仅仅指法院审理阶段;刑法第116条中所说的“汽车”包括“大型拖拉机”;刑法第240条第1款第(3)项“奸淫被拐卖的妇女”中的“妇女”包括“不满14周岁幼女在内的所有女性”;刑法第275条中的“毁坏”除了砸毁、破坏等物理上损坏之外,也包括将他人饲养在池塘的鲤鱼放走、在他人的书画作品上任意添加留言等“使物品丧失其功能”在内的理解,都是没有突破上述用语所可能具有的含义的扩大解释,而且这种解释不会引起什么不好的负面影响。相反地,将刑法第256条中的“国家机关领导人员”扩大至“村民委员会的领导人员”、将第259条中的“同居”扩大至“通奸”的解释都是值得商榷的,其不仅超越了上述用语可能具有的含义,而且会引起很多问题。

(3) 限定解释

限定解释指根据立法原意,对刑法条文作狭于字面意思的解释。最高人民法院在说明刑法第263条第2款规定的“入户抢劫”时指出,“入户”必须具有“目的的非法性”,从而将“行为人不以实施抢劫等犯罪为目的进入他人住所,而是在户内临时起意实施抢劫的”,排除在“入户抢劫”之外。^[20] 这种解释就是限定解释。还有,最高人民法院把刑法第67条

[20] 最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》(2005年6月8日)第1条。

第2款即“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,以自首论”中的“其他罪行”解释为“不同种罪行”,排除了同种罪行,^[21]缩小了“其他罪行”的范围,也是缩小解释。诸如此类的解释,在我国有关司法解释中常能见到。

(三) 刑法解释原则

在进行刑法解释的时候,必须注意以下三点:

第一,解释不能超出罪刑法定原则的要求。即刑法解释必须严格,不能超出一般人对法条用语所能理解的范围。如果作为全体人民的代表的立法机关所制定的法律,能够被司法机关随意解释而修改的话,则罪刑法定原则就没有存在的必要,人民也就丧失了对自己行为后果的预测可能性。关于这个问题,在后述的相关地方再做详细说明。

第二,文理解释优先于论理解释。文理解释在解释学上有“黄金规则”(gold rule)之称,是第一位的、最重要的解释方法。因为,刑法是以限制人的行为为内容,并以剥夺生命、自由、财产等为法律后果的法律,因此,在说明刑法规定的意义的时候,应当选择使用制定刑法的主体即全体人民所最常用、最能接受的意义即用语的字面含义,这样才能使人民对自己的行为后果加以预测,选择可以实施的行为。只有在使用文理解释所得出的结论明显会产生有悖情理的结果、令人难以信服或者难以接受时,才能使用论理解释。如刑法第236条规定“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”,构成强奸罪。这里的“暴力”是否包括故意杀人的情形,就颇具争议。从字面意思来看,“暴力”是包括故意杀人手段在内的。但是,如果说这里的“暴力”包括有故意杀人的情形的话,则会得出杀死妇女之后,奸尸的行为也要构成强奸罪。但这种理解显然不合乎刑法强奸罪规定的宗旨。强奸罪的保护法益是妇女的性自由。妇女被杀死之后,不存在所谓选择是否实施性行为、和谁以何种方式实施性行为的权利,因此,将奸尸行为作为强奸罪处理,显然是不合适的。这样说来,对于本罪中的“暴力”只能做论理解释,将其限定为杀人行为以外的强制手段。

第三,解释时必须注意条文之间的协调一致。即对刑法用语进行解释时不能仅仅只看一个条款,而应当从刑法立法的宗旨和整体意思出发,结合相关条文之间的关系,进行没有相互矛盾的说明。如刑法第237条第3款猥亵儿童罪中“猥亵”的含义,不结合其他条款,就无法做出准确理解。猥亵儿童包括猥亵女童和猥亵男童的情形,在对象为男童的场合,猥亵行为包括奸淫行为在内,但在对象为女童的场合,则猥亵不能包括奸淫行为,因为具有奸淫意图的猥亵行为是刑法第236条第2款的强奸罪的问题。同理,强制猥亵罪中的“猥亵”也不能包括奸淫行为在内。这种解释结论,就是基于第237条在刑法体系中的位置尤其是同刑法第236条的相互关系所得出来的。再如刑法第123条后段规定的暴力危及飞行安全罪以“造成严重后果”为成立条件。此处的“严重后果”是否包括以造成航空器坠毁为目的而对机组人员使用暴力,并最终造成机毁人亡的情形在内,难以确定。从字面意思上看,此处的“严重后果”当然包括该种后果在内,因为,本罪的行为是对飞行中的航空器上的机组人员使用暴力,极其危险,造成机毁人亡的结果也很正常。但是,本罪的法

[21] 最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》(1998年4月6日)第2条。

定最高刑只有 15 年有期徒刑,与此相对,其他涉及机毁人亡的犯罪的处罚后果则远远高于这个限度。如刑法第 121 条规定劫持航空器,造成机毁人亡的严重后果的,“处死刑”;刑法第 119 条规定故意破坏包括航空器在内的交通工具,造成严重后果的,处“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。实施同样程度的危险行为,造成同样的危害结果,而法定刑差别却如此之大,这是不可理喻的。可见,刑法第 123 条的“严重后果”当中,不应当包括“以造成航空器坠毁为目的而对机组人员使用暴力,并最终造成机毁人亡的情形”,否则,就没有办法和其他类似犯罪之间取得平衡。这种结论,也是通过与刑法其他条款的比较而得出来的。

第二章 刑法的基本原则

刑法的基本原则,是指贯穿于刑事立法和刑事司法的全过程,必须一体遵循的根本性准则。其作为刑法的核心和精髓,不仅体现了一国刑法的根本价值和主要目的,而且也是刑事立法和刑事司法的重要依据。

但是,刑法的基本原则,到底应当包括哪些内容,理解并不一致。从世界范围来看,尽管在近代社会发展的不同历史阶段,刑法应当遵循的基本原则有过各种变化,但在下述几个方面,则一直没有动摇过:第一,对犯罪进行制裁的刑罚权,绝对由国家掌握和支配,禁止任何私人对犯罪进行报复;第二,对刑罚权进行一定限制,国家只能在刑法所规定的犯罪成立范围、刑罚种类以及量刑幅度之内动用刑罚;第三,没有责任,就没有刑罚,责任成为科处刑罚的基础。在客观责任的意义上,古代的处罚思想的制度被禁止;在意思责任的意义上,中世纪的、封建的结果责任被排除,没有责任能力的孩子或者精神病人也不受处罚。将这三个方面概括起来,就是刑罚权国家独占原则、罪刑法定原则以及责任原则,它们是近代以来的西方各国刑法的基石。

在我国,根据现行刑法第3条、第4条、第5条的规定,作为我国刑法适用的指导性原则为以下三个,即罪刑法定原则、刑法适用平等原则和罪刑相适应原则。

第一节 罪刑法定原则

一、罪刑法定原则的意义

来自近代西方刑法的罪刑法定原则的基本意义是,什么样的行为是犯罪,对该种行为要予以什么样的处罚,事先必须有成文的法律规定;法律事先没有明文规定,任何行为都不能被作为犯罪而受到处罚。以被喻为“近代刑法学之父”的德国学者费尔巴哈的话说就是:“法无规定不为罪,法无规定不处罚”(nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege)。

从上述表达中可以看出,在西方国家,罪刑法定原则是一个出罪原则,即将某危害行为排除在犯罪成立范围之外,限制国家刑罚处罚范围的原则。这是因为,即便是在近代国家,仍然存在扩大或者滥用权力的危险,为了避免这种危险的发生,罪刑法定原则就成为人们用以自卫的武器。在现实社会当中,即便发生了某种冲击人心的行为,但只要该行为在刑法中没有规定,就绝对不能被认定为犯罪。因此,从罪刑法定原则中可以推导出刑法的保障人权机能。而成为这种罪刑法定原则基础的,是犯罪和刑罚由国民自身所制定的法律决

定的见解(民主主义)和事先明确规定什么是犯罪以确保国民的行动自由的见解(自由主义)。^[1]

我国现行刑法第3条规定了罪刑法定原则,即“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”。与前述西方各国有关罪刑法定原则的表述不同,我国现行刑法从两个方面对罪刑法定原则进行了说明。从积极方面看,强调了犯罪及其处罚的法定性,要求对法律明文规定的犯罪行为,只能依照法律定罪处罚,体现了法律的权威性;从消极方面看,强调了非罪行为的自由性,法律没有规定为犯罪行为的,不得定罪处罚,即限制刑罚权的滥用,保障公民的权利和自由。

与罪刑法定原则相对的是罪刑擅断原则。它是指什么是犯罪,应当处以什么样的刑罚,不是由法律事先加以明文规定,而是由国家机关或君主擅自决定的原则。在近代社会以前的法律中,都是实行罪刑擅断原则。

二、罪刑法定原则的内容

罪刑法定原则最基本的意义是:犯罪和刑罚,事先必须以成文的法律加以规定。这是对刑法渊源的要求,也可以说是罪刑法定原则形式方面的考虑。但是,罪刑法定原则,本来是基于保障人们生活的自由、限制国家刑罚权的任意发动的要求而提出来的,要求对人权进行实质上的保障。这样,便有了对罪刑法定原则的实质性理解,其包括两个方面的内容:一是罪刑规定必须明确;二是罪刑规定的内容必须妥当合理。

有关罪刑法定原则的理解,一般来说,包括以下六方面的内容:

1. 排斥习惯原则。^[2] 这是由犯罪和刑罚必须以成文法的形式明文规定的法律原则当中所派生出来的。所谓习惯,是人们在长期的生活当中逐渐形成,并作为社会规范而遵守的倾向或者社会风尚,在有些领域当中,其具有法律渊源的效力。如日本的《法例》第2条规定,“不违反公共秩序以及善良风俗的习惯,只要是有关法令规定认可或者与相关法令当中所没有规定的事项有关,和法律具有同等的效力”。这个规定承认习惯可以作为法律的渊源,但同时也说明,法令的效力优越于习惯。同样,我国《民法通则》第7条规定,民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益。由于习惯通常和“社会公德”同义,因此,这就意味着,在民法领域当中,习惯或者说是公序良俗具有法律渊源的性质。这些都是习惯在特定法律领域当中具有法源机能的体现。但在刑法领域,不认可习惯能成为法源。近代刑法的诉求和特征之一,就是道德和法律的严格区分,任何道德或者习惯的要求,只要其没有上升为刑法规定,就不应当是刑法的法源。我国是成文法的国家,同时,现行刑法将罪刑法定作为一个基本原则加以宣示,因此,原则上排除了将习惯作为对被告人定罪量刑的依据。

当然,这并不意味着,在刑法适用当中完全不能考虑习惯。如现行刑法第267条第2

[1] 马克昌:《比较刑法学原理——外国刑法学总论》,武汉大学出版社2002年版,第65页以下;王世洲:《现代刑法学(总论)》,北京大学出版社2011年版,第36页。

[2] 现行教科书中,通常表述为“排斥习惯法原则”。但是,习惯一旦被上升为法律,则没有被排斥适用的理由。因此,准确的说法应当是:“排斥习惯原则”。

款规定,携带凶器抢夺的,以抢劫罪定罪处罚。在我国的一些少数民族当中,男子在日常生产和生活当中有带刀的习俗。在该具有带刀习俗的民族男子抢夺他人财物的场合,就不能不考虑上述民族习俗而将其一概认定为抢劫罪。同时,成立见死不救之类的不作为的杀人犯罪,行为人必须具有作为义务。刑法理论认为,作为义务具有四个方面的来源,即法律规定、职业要求、合同约定以及先行行为。^{〔3〕}其中,先行行为的要求就是来源于道义伦理或者说是习惯。^{〔4〕}另外,关于定罪量刑,很多刑法条款规定,必须考虑“情节”。“情节”是一个很抽象概括的概念,其中就有可能包含习惯的内容在内。如尊老爱幼是我国的传统习俗,因此,对老人和儿童实施犯罪,在量刑上就可能比较严格;同时,“法律不入家庭”也是基于传统所说的“清官难断家务事”谚语而衍生出来的一种习惯,因此,有关家庭内盗窃,通常不作为犯罪处理,对确有追究刑事责任必要的,也和社会上的作案有别。这些都是习惯影响刑法适用的体现。

2. 禁止事后法。也称刑法不溯及既往的原则,是指刑法法规仅对其生效之后的行为适用,不能对其生效之前的行为追溯适用。这主要是从保护公民自由的角度提出来的。罪和刑之所以要在事先以明文的法律加以规定,理由之一,就是让人们通过了解该法律规定,判断自己行为的性质,预测自己行为的后果,然后安心地享受权利,承担义务。相反地,对于行为时并不违法的行为,根据事后所制定的法律对其予以处罚的话,就有剥夺人民预测自己行为后果的可能,引起限制人民自由行动的寒蝉效应,不当地侵害人民的权利,背离罪刑法定原则保护公民自由的基本宗旨,因此,近代各国都将禁止事后法作为一个基本要求加以规定。当然,现在,禁止事后法的要求也没有当初那么严格。一般认为,在事后法对被告人有利的时候,具有溯及既往适用的效力。如我国刑法第12条就有类似规定。其第1款后段规定“如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法”。这主要考虑到,罪刑法定原则的初衷是保护公民的行动自由乃至被告人的权利,在事后法对被告人有利的时候,即便溯及既往适用,也不违反罪刑法定原则的初衷。

按照禁止事后法的原则,行为时完全未被禁止的行为,绝对不能根据事后法而予以处罚,这就不用说了,同样,对行为时违法但不受罚的行为根据事后法予以处罚,或者对行为时处罚较轻的行为根据事后法予以重罚,或者在事后减少犯罪构成要件来增加对事前行为的处罚可能性的做法,都是违反禁止事后法的不妥当做法。

3. 禁止类推解释。所谓类推解释,就是对刑法没有明文规定的危害行为,比照刑法分则中与其最相类似的条文定罪判刑的制度。类推是对刑法没有明文规定为犯罪的行为定罪处罚,本质上不是解释法律,而是创造法律。如果允许,就可能导致法官的罪刑擅断,对公民的自由造成严重威胁,因此,被严格禁止。这是目前的一般理解。但是,类推解释问题远不是上述所说的那样简单,可以说,目前有关罪刑法定原则的司法适用,其中心问题就是如何理解类推解释的问题。对此后文将专门论述。

〔3〕 先行行为,有的书中也称其为“先前行为”。

〔4〕 黎宏:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第56页。

4. 禁止绝对不确定刑。所谓绝对不确定刑(注意,不是“绝对不定期刑”),是指刑种和刑罚幅度都完全不确定的刑罚,如“故意杀人的,处刑”之类的刑种和刑罚幅度均不确定的场合,以及“盗窃公私财物的,判处徒刑”之类的只规定刑种的场合便属于此。这两种场合,对刑罚的规定都过于抽象,完全违反了犯罪和刑罚都必须明确法定的罪刑法定原则,因此,必须绝对禁止。但是,“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”之类的刑种和刑罚幅度都相对确定的相对不定期刑,则不违反罪刑法定原则的宗旨,应当允许。

5. 明确性原则。明确性原则是国外作为罪刑法定原则的实质性展开而提出来的,但近年来,也为我国学者所接受。^[5]按照这种观点,刑罚法规的内容模糊暧昧,一般人难以客观理解的场合,也无效。理由是,虽然法律事先对犯罪和刑罚作了规定,但如果规定的内容不明确,人们无法据此对自己的行为后果进行预测的话,这种规定和罪刑不法定情形没有什么区别,照样会产生公民由于不能预测自己行为的后果而缩手缩脚的寒蝉效应,实质上还是对罪刑法定原则基本宗旨的违反。

在国外,明确性原则主要是作为一个司法原则而加以适用的,即在对行为人适用的刑罚法规内容过于宽泛模糊,难以明确其处罚范围的时候,法院就可以该法规内容不明确而判定行为人无罪。^[6]但在我国,明确性原则主要还是一个立法原则,作为司法原则讨论的情况,尚不多见。事实上,从主张明确性原则的国家的实践来看,以刑罚法规不明确为由而判定其无效的情况并不多,多数情况下,法院是通过解释使被认为不明确的规定变得明确起来,从而避免了和明确性原则之间的冲突。这种解决问题方法的最大好处在于,一方面承认明确性原则是罪刑法定原则的内容之一,促使立法者不断地提高立法质量;另一方面又可以较好地避免因承认该原则而给现实的司法实践带来不便。

6. 刑罚法规内容妥当原则。这也是国外作为罪刑法定原则的实质性展开而提出来的派生原则,其现在已经为我国学者所接受。^[7]刑罚法规内容妥当原则的内容见仁见智,没有统一说法。有的学者从狭义上对其进行理解,认为实体的正当程序原则是指刑罚法规在实质上包含有不合理的处罚范围的时候,就违宪无效。^[8]但是,这种理解和明确性原则有相当程度的重合。有的学者则从广义上理解本原则,认为实体的正当程序原则是指刑罚法规在将某种行为规定为犯罪时,必须具有合理根据,并且该犯罪行为 and 与之相应的刑罚之间均衡适当,具有实质上的合理性要求。因为,犯罪和刑罚即便在法律中被明确规定,但在其内容缺乏处罚的必要性和合理根据的时候,也是刑罚权的滥用,实质上是对国民的人权侵害,违宪无效。^[9]

从国外学者的论述来看,所谓违反刑罚法规内容妥当原则的情形包括以下三种场合:

[5] 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第59页;刘艳红主编:《刑法学》(上)(第二版),北京大学出版社2016年版,第43页;冯军、肖中华主编:《刑法总论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第45页;陈兴良主编:《刑法学》(第三版),复旦大学出版社2016年版,第10页。

[6] 黎宏:《日本刑法精义》(第二版),法律出版社2008年版,第53页以下。

[7] 马克昌主编:《刑法》(第二版),高等教育出版社2010年版,第11页;张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第60页以下。

[8] [日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第四版),东京大学出版会2006年版,第74页。

[9] [日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第三版),成文堂2009年版,第59页以下。

一是违反宪法上的保障人权规定的刑罚适用。即在适用和宪法保障的言论、集会、结社等公民基本权利有关的刑罚法规时,必须进行严格的限定解释,以防止以任何借口限制公民行使上述权利而引起的寒蝉效应;二是没有合理性和必要性的刑罚适用。即刑罚是最为严厉的法律制裁,不能滥用,其适用只能限定在必要的范围之内,把真正值得惩罚的行为规定为犯罪;三是犯罪和处罚明显不均衡的场合。从刑事政策的角度来看,过重的处罚会钝化、麻木人民对刑法的感觉,^[10]反而失去其抑制犯罪的工具作用。另外,从公平的角度来看,犯人应承担的责任与其所犯罪行之间必须均衡,否则就有失公平正义,审判机关是实现公平正义的机关,可以拒绝适用罪刑失衡的法律。因此,在罪刑均衡的问题上,首先必须禁止残酷刑;其次,即便不是残酷刑,但在对某种犯罪而言,显失均衡的时候,也违反了要求刑罚法规内容妥当的要求。^[11]

三、罪刑法定原则与禁止类推解释

所谓类推解释,通常认为,是将法无明文规定的危害行为,比照刑法分则当中最相类似的条款加以处罚,^[12]即将法无明文规定的行为通过类推将其作为犯罪处理。但这是有关类推解释的最狭义理解。实际上,刑法当中,能够适用类推解释的,并不限于定罪类推,还包括量刑类推在内;也不限于对被告人不利的类推,还包括对被告人有利的类推在内。如将违反《治安管理处罚法》而被公安机关采取治安拘留措施的人主动如实地供述公安机关还未掌握的其他罪行的行为,解释为刑法第67条第2款所规定的“准自首”的场合,就是对被告人进行有利的量刑类推。因此,类推解释说到底是一种法律解释方法,即在需要判断的具体事实和法律规定的要件之间基本相似的时候,将后者的法律效果适用于前者。

在罪刑法定原则之下,类推解释是被严厉禁止的。因为,通说认为,类推解释会导致两方面的问题:一侵蚀了法律原则,二剥夺了国民预测自己行为后果的可能性。但是,上述理由均经不起推敲。

首先,如果说类推侵蚀了立法机关的权力,违反法律原则的话,则刑法上所有的类推解释——包括对被告人有利的类推解释——均要被禁止。但是,学者们都认为,对被告人有利的类推解释,在“克服形式侧面的缺陷,实现刑法正义”上具有意义,不应当被禁止。^[13]同时,如果说类推解释之所以要被禁止是因为其会剥夺公民预测自己行为后果的可能性的话,那么,同样是超越法律用语的通常意义而进行的扩大解释也会造成剥夺公民预测可能性的后果,因而也应当受到同样的待遇,但是,扩大解释并没有被禁止。

其次,现行刑法分则的条款当中,有类推适用之嫌的内容大量存在。刑法第114条就是其适例。该条规定了5个罪名,其中对放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪的罪状

[10] 如果致人重伤就处死,就会让人产生还不如将人杀死的心理;杀死一人就判处死刑的话,也会让人产生多杀几个人的愿望。反正都是一样的结局。

[11] 黎宏:《日本刑法精义》(第二版),法律出版社2008年版,第53页以下。

[12] 马克昌主编:《刑法》(第二版),高等教育出版社2010年版,第10页。

[13] 刘艳红主编:《刑法学》(上)(第二版),北京大学出版社2016年版,第41页;张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第58页。

都有清楚的描述,但是,对“以危险方法危害公共安全罪”的罪状则没有明确规定,而是以“以其他危险方法”这种概括性的“兜底条款”或者说“口袋条款”加以概括,内容含糊暧昧,其具体构成要件,只能通过学说探讨来确定。一般认为,本罪名中的“其他危险方法”,必须具备以下两个特征:一是必须是放火、决水、爆炸、投放危险物质行为以外的危害公共安全的行为;二是必须具有与放火、决水、爆炸、投放危险物质行为相同或者相当的危险性。^[14]其中,认定的关键是“必须具有与放火、决水、爆炸、投放危险物质行为相同或者相当的危险性”。这种根据行为之间所具有的类似性而判断该行为也要构成犯罪的做法,实际上是典型的类推适用。如果说根据罪刑法定原则,必须禁止类推解释的话,则首先要在刑法规定当中,删除上述具有类推嫌疑的条款。

再次,类推解释和扩大解释之间并没有绝对的区别,在说明原理上二者甚至可以互换。如对“隐匿”他人财物的行为是不是故意毁坏财物罪中的“毁坏”有疑问,就既可以用类推解释又可以用扩大解释加以说明。如果说“毁坏”不限于在物理上改变其形状,而是广泛地包含使财物丧失其本来用途的一切行为的话,则使他人不能发现该财物的所在,难以按照其本来用途加以利用的“隐匿”行为就当然被包括在“毁坏”的概念之内,这是扩大解释的逻辑;相反地,如果说“毁坏”被限定为在物理上改变其形状、破坏其机能的话,则仅仅让人难以发现其位置所在的“隐匿”就不能说是“毁坏”。但是,“隐匿”由于使人不能发现物之所在,难以按照其本来用途加以利用,在“难以按照其本来用途加以利用”的一点上,与在物理上改变形状、破坏机能的“毁坏”之间,具有类似之处,因此,“隐匿”财物也可以说是“毁坏”财物。这种解释方法就是类推解释。

最后,在刑法适用上,是否允许类推,历来是一个争论不休的问题。虽说现在国内外的通常见解普遍认为,禁止类推解释是罪刑法定原则的基本内容之一,但是,在学说上,怀疑其是否得以真正贯彻落实的观点,一直不绝于耳。在德国,有学者认为,刑法中根本不存在所谓“禁止类推适用”原则。具体来说,除了数字之外,现实当中根本没有两件事物是完全相同的,只是它们之间存在某种“存在和认识上的类似性”,而在法律适用的过程当中,将具体案例涵摄于法律规范,如刀跟枪在外观、原理上具有非常大的差异,将刀、枪都涵摄于武(凶)器的概念之内,就是在进行类似性的思考,寻找刀与枪所具有的相同点。因此,在对法律进行解释进而确定适用的过程之中,必然带有类推的成分,所谓解释与类推之间,与其说具有区别上的困难,还不如说是无法区别。所以,在“可能文义”的范围之内,法官所从事的法律解释与适用,仍然是在类推,“以可能文义作为界限以区分二者”的说法根本无法成立。况且,也不存在“明确而单一”的字义,字义必然有相当的模糊性,这也正意味着法律解释时类推是必然的思考工具,所以,无所谓区分禁止的类推与容许的解释可言。^[15]在日本,有学者也认为,法律用语,通过解释将其意义扩张,扩展到本来没有涵盖的地方,并对其加以适用的话,由于该扩大解释本来不应当扩张到似是而非的地方,所以其结局上

[14] 马克昌主编:《刑法》(第二版),高等教育出版社2010年版,第327页。

[15] 徐育安:《刑法上类推禁止的生与死》,台北元照出版有限公司1998年版,第85~86页。另外,参见[德]考夫曼:《法律哲学》(第二版),刘幸义等译,法律出版社2011年版,第146~150页。

无非是类推解释。这种现象,无非是意味着类推在某种程度上被许可,^[16]还有学者认为,扩大解释和类推解释在实质上不可能被区别开来。^[17]

本书认为类推解释和扩大解释之间,只存在程度上的差别,并没有实质上的不同。二者之间的区别仅仅在于是否超出了法律用语所可能具有的意义,剥夺了一般人的预测可能性。超出了法律用语的可能意义、剥夺了一般人预测可能性的,就是类推解释;相反地,没有超出法律用语的可能意义、没有剥夺一般人的预测可能性的,就是扩大解释。从这种意义上看,类推解释和扩大解释,在所得结论没有超越一般人的预测可能性的情形下,可能无法将二者区分开来,换言之,即便是类推解释,只要结论没有超出法律用语所可能具有的范围,剥夺一般人的预测可能性,也能说是不被禁止的扩大解释。这是根据当今刑法学的通常见解所能得出的一般推论。以下试举数例加以说明:

1. 如枪支被抢之后没有报告,结果被他人利用造成严重后果的行为,是否构成刑法第129条所规定的丢失枪支不报罪?在这里,成为问题的是枪支“被抢走”是否属于刑法第129条所说的“丢失”。从“丢失”的通常意思来理解,是难以回答的。因为,“丢失”,从一般理解来看,是“遗失”,即疏忽大意或者不小心而失去的意思。枪支被抢,通常不是由于不慎或者疏忽大意而造成的,而是由于难以反抗的原因所造成的,与通常理解的“丢失”差别极大,因此,只能另辟路径,从实质上来对这个问题进行考察。首先必须考虑枪支被抢之后不报告造成严重后果所产生的恶劣影响,确认该行为的社会危害性,然后再考虑“被抢而失去”和“遗失”之间的类似性,才能做出妥当的理解。由于枪支是一种杀伤力极大的武器,如果失去合法控制,流失到社会,必将严重威胁公共安全,因此有关法律才规定,在丢失枪支之后,必须向有关部门报告,以便采取有力的救济措施。因此,只要使枪支处于失控状态,不管是什么原因造成的,都应当说是有害社会的行为。在得出这样的结论之后,再看“被抢而失去”和“遗失”之间的类似之处。“遗失”,一般来说,包含两方面的内容,即不小心和失去控制,其中的关键内容是“失去控制”,而作为造成失控原因的不小心则并不重要。换言之,“被抢而失去”和“遗失”之间,在失去控制的状态上是一致的,二者之间具有类似性,只是在失去的原因上稍有差别。从枪支被抢走之后所造成的严重后果以及“丢失”的实质内容就是“失去控制”的角度来看,由于难以抗拒的原因而丢失枪支的场合也可以理解为“丢失”。这种理解或许已经超出了“丢失”的通常意义,但是,得出这种结论没有超过一般人的预测,不会让人大吃一惊。

2. 通过计算机技术窃取他人密码,非法开拆、删除他人电子邮件,是否构成侵犯通信自由罪?在这里,“电子邮件”是否属于刑法第252条当中所说的“信件”,成为问题。我国现行刑法第252条所规定的侵犯通信自由罪,其条文完全沿用了旧刑法第149条的规定,该罪的客观要件是“隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件”。这里的“信件”,在旧刑法当中,无疑是指“书信和递送的文件、印刷品”,其除了属于“传递信息的载体”之外,还具有“纸质”

[16] [日]植松正:“罪刑法定原则”,载刑法学会编:《刑法讲座》(第1卷),有斐阁1963年版。

[17] [日]伊东研佑:“刑法解释”,载[日]阿部纯二等编:《刑法基本讲座 第1卷 基础理论/刑法论》,法学书院1992年版。

和“有形”的特征。但在当今电子信息化时代,用户之间通过电子邮箱发出或者收取信息已经成为寻常的事情,这种通过互联网传递的电子邮件虽然不具有纸质和有形的特征,但同样具备传统信件所说的“传递信息载体”的特征。因此,撇开“信件”的传统意义,从“传递信息载体”的角度来说,电子邮件和传统的书信之间应当说具有类似性。因此,电子邮件可以说属于刑法第 252 条所说的“信件”,窃取他人密码,非法开拆、删除他人电子邮件也是侵犯他人通信自由的行为。同样的道理,当科技进步发展到了今天,人们已经习惯于用手机短信交流的时候,“手机短信”也应当属于“信件”之一种,情节严重的利用手机病毒程序、间谍程序等方式删除、破坏、非法获取他人手机中的短信的行为,必要时也可以作为侵犯通信自由罪处理。

3. 组织同性性交获利的行为,是否构成刑法第 358 条所规定的组织卖淫罪?在这里,“获利目的的同性恋”即同性之间的性交易行为是否是刑法第 358 条当中的“卖淫”,成为问题。本来,按照现代汉语词典的解释,所谓“卖淫”,是指“妇女出卖肉体”,^[18]套用法律用语,就是“女性以营利为目的,与不特定男性发生性交或者实施猥亵行为”,强调的是“女性”靠“提供性服务”而“获利”。但是,在组织同性性交获利的场合,尽管在依靠“提供性服务”而“获利”的一点上没有什么变化,但是,在主体上就不一定限定为“女性”了,可以是男性,而且出卖肉体的对象也不一定是异性,既可以是异性也可以是同性。这种情况下,如果说对组织“同性性交获利行为”要予以处罚的话,就不能沿用原来的概念,而必须在“卖淫”和“同性性交获利”现象之间确定其相似性,以将“同性性交”现象包含到“卖淫”的概念当中去。首先,可以肯定的是,同性性交获利行为和传统的“女性出卖肉体”行为一样,都是侵犯良好的社会道德风尚的行为,具有处罚的必要性。其次,卖淫本质上是靠“提供性服务”而“获利”,只是在提供主体和提供对象上,随着时代的不同而有变化而已。早先的时候,卖淫通常是女性向男性出卖肉体,但是,后来又出现了男性向女性出卖肉体的现象,及至现在,则出现了男性向男性出卖肉体的现象,将来或许会出现女性向女性出卖肉体的现象。上述现象尽管在形式上不断翻新,但是,在“以营利为目的,向不特定的人提供性服务”的一点上,则没有差别,这就是同性性交获利行为和“卖淫”之间的相似性。既然如此,在刑法解释上,就可以这种相似性为根据,将“同性性交获利的行为”理解为“卖淫”,对组织同性性交获利的行为,按照刑法第 358 条所规定的组织卖淫罪定罪处罚。

4. 变造或者倒卖变造数额较大的邮票的行为,是否可以依照刑法第 227 条第 1 款规定的伪造、倒卖伪造的有价票证罪定罪处罚?在这里,“变造”是否可以理解为“伪造”,成为问题。如从用语可能具有的含义的角度来讲,伪造和变造的含义是不相同的。伪造是指按照真实的物品的外貌、形状、特征、色彩等制作物品,变造则是在真实物品的基础上采取修改、拼接、剪贴等方法进行改制,使真实物品的某一部分失去真实性,而含有假的成分。从我国刑法的数个条款均将“伪造”与“变造”分别开来加以使用的角度来看,“伪造”也显然是不能包括“变造”在内的。但是,变造以及倒卖数额较大的邮票的行为和伪造或者倒卖伪造邮票的行为一样,都是严重扰乱国家对有价票证的管理制度的行为。而且,撇开对

[18] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第五版),商务印书馆 2005 年版,第 913 页。

“伪造”的行为手段即自然意义上的理解,从其法律意义上来理解的话,应当说,所谓伪造,就是没有制作发行权的人冒用有制作发行权的他人名义,制造出外观上足以使一般人误认为真物品的行为。换句话说,在“无权制作”的一点上,伪造和变造并没有任何本质区别,可以找到“变造”和“伪造”之间的相似性。因此,对变造或者倒卖变造邮票的行为按照伪造、倒卖伪造的有价票证罪定罪处罚,从“无权制作”出虚假有价票证的一点上,应当说是可以的。或许正是这个原因,2000年12月5日最高人民法院《关于对变造、倒卖变造邮票行为如何适用法律问题的解释》将变造也包含在伪造当中,规定对于变造或者倒卖变造的邮票数额较大的,应当依照刑法第227条第1款规定的伪造、倒卖伪造的有价票证罪定罪处罚。

当然,应当注意的是,在寻找法条用语和现实生活现象之间的类似性的时候,除了寻找上述所强调的二者之间的本质的一面,还必须考虑到一般人能够接受的程度,毕竟罪刑法定原则是保护一般人的自由的原则。在从处罚的必要性的角度来看,非常合理和妥当的解释,如果完全超出了用语所可能具有的含义、超出一般人的预测范围的话,则无论如何都不能说是正确的解释。如刑法第122条规定的劫持船只、汽车罪中,并不包括劫持火车的行为。虽说火车和汽车在都在陆地上行驶、速度快、运载量大方面具有类似性,但火车之所以为火车,就是因为其在专用的铁轨上行使,这一点是其与汽车本质上的区别。因此,根据上述一些非本质的特征来描述火车与汽车之间的类似性,将汽车解释为包括火车在内的结论,显然是超越了一般人能够接受的程度,属于不妥当的解释。

第二节 刑法适用平等原则

刑法第4条规定:“对任何人犯罪,在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”这就是刑法理论上所说的刑法适用平等原则或者说刑法面前人人平等原则。其意味着在对犯罪人适用刑法规定时,必须平等对待,禁止任何人具有超越法律的特权。

刑法适用平等原则,实际上是我国宪法第33条第2款所规定的“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”、第5条第5款规定的“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”的“法律面前人人平等”原则的延伸或者说是具体化。之所以在刑法当中要做如此规定,主要是因为,刑法直接关系到人们的生命、自由、财产等重要利益,同时,在现实生活当中,由于各种不正常因素的影响,适用刑法的时候,根据犯罪人的身份、地位、财产以及其他因素而区别对待的情况并不少见,因此,有必要在刑法当中加以强调。

刑法适用平等原则,具体来说,包括以下三方面的内容:

1. 定罪上平等。即任何人犯罪,不论其身份贵贱、职务大小、功劳大小、财产多少,都适用相同的定罪标准。刑法不允许随意出入人罪,尤其不允许任何人有超越法律规定的特权。

2. 量刑上平等。即对任何犯有相同罪行的人,都应当依照刑法规定的量刑标准处以刑

罚,不得在法律规定之外,因为犯罪人的出身、地位、财产状况等而任意加重或者减轻。刑法的相关规定也体现了这一点。如刑法第61条规定:“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处”。这里明文规定,决定对犯罪分子的量刑轻重的,只是犯罪事实和行为人的主观恶性,而不是其他因素。

3. 行刑上平等。即判处同样刑罚的人,依法应当受到相同的待遇,不得在法律之外因为出身、地位、财产状况等的不同而区别对待。至于“监狱根据罪犯的犯罪类型、刑罚种类、刑期、改造表现等情况,对罪犯实行分别关押,采取不同方式管理”(《监狱法》第39条第2款),是根据罪犯的犯罪类别、刑罚种类、刑期、改造表现等情况而做的区别对待,不是依据罪犯的出身、地位、财产状况等而做的区别对待。这种对待是根据改造罪犯的需要而做的科学分类,不发生行刑上的不平等问题。

第三节 罪刑相适应原则

刑法第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应”。这就是刑法理论上所说的罪刑相适应原则。^[19]其意味着,刑罚的确定,不仅要与犯罪行为的社会危害程度相适应,而且还要与行为人的刑事责任相适应,即结合行为人主观恶性和人身危险性的大小,适用轻重相应的刑罚。其经典表述为:重罪重罚、轻罪轻罚、罪刑相称、罚当其罪。

作为犯罪的法律后果的处罚该如何确定,长期以来,一直是困扰刑罚理论的一个基本问题。传统的报应刑论认为,刑罚的本质是惩罚,就是对犯罪的公平报应,没有其他任何目的性的考虑,因此,“以牙还牙、以眼还眼”的等量报应,就成为确定刑罚的量的最佳选择。按照这种立场,刑罚的轻重,就是和犯罪分子所犯罪行相适应;相反地,近代的目的刑论则认为,刑罚的本质不是报应,而是教育改造,之所以对犯罪分子处罚,就是为了让其不再犯罪,因此,刑罚的轻重,应当与犯罪分子的主观恶性和人身危险性的大小相适应。但是,绝对的报应刑会导致刑罚过于残酷,相反地,绝对的教育刑则会导致处罚标准的丧失。因此,当今各国在确定刑罚轻重的时候,都是采取了将犯罪行为所引起的后果和罪犯主观恶性以及人身危险性折中考虑的做法。我国刑法当中所规定的罪刑相适应原则,实际上也是这种做法的体现。

罪刑相适应原则,具体来说,包括以下两方面的内容:

1. 刑罚的轻重应当与犯罪分子所犯罪行的大小相适应。犯罪分子所犯罪行是指犯罪

[19] 有著作将刑法第5条的规定概括为“责任主义”或者“责任原则”。参见冯军、肖中华主编:《刑法总论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第51页以下。这种概括值得商榷。在刑法学中,“责任主义”有其特定含义,是指主观责任和个人责任,属于犯罪成立要件的内容。但是,我国刑法第5条规定的基本上是量刑原则,而不是犯罪成立要件。

分子已经实施的危害行为及其所造成的危害后果。如杀人行为导致他人生命被剥夺的后果,盗窃行为导致他人丧失数额较大的财物的后果,就是其体现。由于刑罚本质上是惩罚和痛苦,是对罪犯所实施的犯罪行为的报应,因此,其所犯罪行的行的大小,直接影响其所受刑罚的轻重。罪行严重的,相应的刑罚比较重;相反地,罪行较轻的,相应的刑罚也比较轻。只是,罪行大小的评价非常复杂,除了法定的因素之外,还必须和当地当时的社会局势结合起来看待。如同样是盗窃价值900元的财物的行为,在一些经济发达地区,通常并不被作为盗窃罪处罚;但在一些经济落后的地区,通常就要被作为盗窃罪处罚。这种结果,虽然看起来似乎是同罪异罚,但实际上是罪刑一致的体现。

2. 刑罚的轻重应当与犯罪分子所承担的刑事责任的大小相适应。在刑法理论上,“刑事责任”一语具有多种意思,但是,本条中的“刑事责任”不是指犯罪的法律后果,而是指犯罪分子的主观恶性或者人身危险性的内容。因为,如果说这里的“刑事责任”是指“犯罪的法律后果”的话,则只要将刑法第5条的规定置换为“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所承担的刑事责任相适应”就够了,而没有必要再画蛇添足般地加上“应当与犯罪分子所犯罪行”相适应的要求。

人身危险性,通常是指犯罪分子再次犯罪的可能性。能够说明犯罪分子人身危险性的内容,除了罪犯主观方面的内容即故意、过失、目的、动机之外,还包括能够说明犯罪人人身危险性大小的具体犯罪事实即犯罪情节。这些事实和情节,对于确定刑罚的轻重,具有重要影响。如甲、乙两人抱着故意杀人的心态实施杀人行为。甲在砍了被害人一刀之后,被人制止,被害人幸免于死;乙在砍了被害人一刀之后,见被害人痛苦不堪,便放下屠刀,被害人幸免于死。上述场合,甲、乙行为引起了同样的危害结果,均构成故意杀人罪,这是没有问题的。只是,二者在犯罪行为当中所表现出来的人身危险性则大不相同。甲是由于被他人制止这种其意志以外的原因而放弃犯罪,属于犯罪未遂;相反地,乙是由于见被害人痛苦不堪而主动放弃犯罪,属于犯罪中止。二者的主观恶性和由此体现出来的人身危险性就完全不同。所以,在刑罚处罚上,结果也大不一样。对于甲,根据刑法第23条的规定,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚;而对于乙,根据刑法第24条的规定,应当减轻处罚。这就是行为人的主观恶性和人身危险性影响刑罚轻重的最明显体现。