

刑法学教义



(总论)

林亚刚 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

自序

自1983年任教至今,我已有32年教授刑法学的经历。虽不敢妄言已经形成系统、成熟的刑法思想,但自忖对刑法诸多问题还是有自己的独立思考,并且能够对司法实务中的典型案件提出可行性的解决思路。改革开放三十多年来,随着国外优秀的刑法理论被国内学者广泛介绍、借鉴和接受,我国刑法学理论的研究水平日益精进,已然不再是二十多年前只注重对传统刑法理论继承和研究的状况。诚然,反观刑法理论在司法实务的运行情况,在很多场合下,司法实务部门的见解与学理之间还存在相当大的缝隙。如何使用刑法理论与我国的司法实务能更好地衔接,是本书写作的重要动机之一。

本书并不奢望能够消弭二者之间的差距,只是希望能够就此有些许抛砖引玉之用。刑法学研究的问题是我们身边发生的各种犯罪现象,然而,欲有效解决我国的犯罪问题,当然不能完全抛弃和背离我国的法律文化传统,过分寄希望于对国外理论的全盘引进。为此,如何实现对成熟刑法理念与学理以卓有成效的借鉴,也是本书考虑的重要问题。我完全明白以己瓶颈之识当然难以写出一本完美不致谬误的刑法教科书来,特别是在动笔后,面对中外汗牛充栋的文献、浩如烟海的著述、见仁见智的学说见解,多年前第一次撰写论文的困境,常常出现在我的面前。

全书共分为四编:刑法序说、犯罪构成论、犯罪形态论和刑罚论,并没有完全采用传统的主编教科书式的样本和体例。首先,考虑到国外成熟的刑法理论在我国传统平面犯罪构成理论中难有合适的位置,本书在改良传统“犯罪构成四要件”的基础上,将犯罪构成形式上的构成要件要素分解为客观要素与主观要素两部分;将实质上影响到犯罪构成以及责任判断的内容,以对违法性阻却和责任阻却、减轻的内容予以研究,最终形成实质判断要素与形式构成要素相统一的结构。其次,正是从消极否定犯罪,即阻却犯罪成立的意义上说,刑法规定的正当防卫、紧急避险、不可抗力,以及理论上探讨的其他阻却违法的事由,形成阻却具体客观行为可罚违法性的考察;刑法规定的精神障碍、意外事件,以及理论上探讨的认识错误、期待可能性等,形成阻却或者减轻责任的考察。最后需要指出的是,本书在介绍相关理论的基础上,重点评价在国内(外)有影响的著述理论以及有影响力的方家观点,并阐述一番道理,这也正是本书冠名以“教义”的初衷。当然,本书的尝试与探索是否具有可行性和合理性,期待着理论同仁的批评和司法实务的检验。

本书篇幅较大,虽然耗时费力,但其实也是一种学术情绪和理念的抒发,也并非苦事。但本书的完成并未使自己如释重负,反而更平添了忧虑与不安。以一篇之作、

一己之力,难以对刑法所有问题的探讨面面俱到,特别是面对浩如烟海的文献、观点,我一直在思考,研究中的取舍是否得当,对其他学者观点的表述是否准确,是否存在由于理论立场不同而对其他学者观点理解不当的问题;这些不安即使在本书划上句号之时,也难以消除。《刑法学教义(总论)》只是本人三十多年学习、研究和教授刑法的小结,期望不久的《刑法学教义(分论)》能够与之珠联璧合。

本书能顺利付梓得益于很多人的帮助与鼓励。首先要感谢我的恩师马克昌教授,是先生多年的谆谆教诲和提供的宽厚平台,极大提升了我对刑法学理论研究的素养!西北政法大学是我从事刑法学研究的起步之地,我的成长与进步与“她”紧密相连,我必须感谢给我授业解惑的老师以及曾与我多年共事并给予我无私帮助的同事们!感谢武汉大学法学院刑法教研室和《法学评论》编辑部的各位同仁,与他们相处的那段时光,我的生活充满了更多的快乐!感谢三十多年来曾经听我讲授刑法学的本科生、研究生和博士生,是他们纯洁的、渴望知识的眼睛,时时提醒着我必须认真对待每一节课、每一个学生!也要感谢我的家人给予我充足的时间和空间,使我安心授课、潜心向学,并最终促成了本书的诞生。要感谢北京大学出版社毕苗苗编辑,在本书的体例编排以及研究内容上,毕编辑以刑法专业的慧眼提出了不少宝贵意见!最后,当然还要感谢北京大学出版社慷慨允许本书出版!

2014年4月12日

于武汉当代国际花园寓所

本书立法文件与司法文件缩略语

《宪法》:《中华人民共和国宪法》

《刑法》:《中华人民共和国刑法》

《刑法修正案》:《中华人民共和国刑法修正案》

《刑事诉讼法》:《中华人民共和国刑事诉讼法》

《人民法院组织法》:《中华人民共和国人民法院组织法》

《检察官法》:《中华人民共和国检察官法》

《税收征管法》:《中华人民共和国税收征管法》

《森林法》:《中华人民共和国森林法》

《公司法》:《中华人民共和国公司法》

《文物保护法》:《中华人民共和国文物保护法》

《劳动法》:《中华人民共和国劳动法》

《预防未成年人犯罪法》:《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》

《未成年人保护法》:《中华人民共和国未成年人保护法》

《企业破产法》:《中华人民共和国企业破产法》

《外国人入境出境管理法》:《中华人民共和国外国人入境出境管理法》

《惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇决定》:全国人民代表大会常务委员会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》

《关于维护互联网安全的决定》:全国人民代表大会常务委员会《关于维护互联网安全的决定》

《取缔邪教活动决定》:全国人民代表大会常务委员会《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》

《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》:全国人民代表大会常务委员会《关于严惩拐卖绑架妇女儿童犯罪分子的决定》

《关于〈中华人民共和国刑法〉第93条第2款的解释》:全国人民代表大会常务委员会《关于〈中华人民共和国刑法〉第93条第2款的解释》

《关于惩治走私罪的补充规定》:全国人民代表大会常务委员会《关于惩治走私罪的补充规定》

《关于加强法律解释工作的决议》:全国人民代表大会常务委员会《关于加强法律解释工作的决议》

《关于禁毒的决定》:全国人民代表大会常务委员会《关于禁毒的决定》

02.07.24《已满14周岁不满16周岁刑事责任范围答复意见》:全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会《关于已满14周岁不满16周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》(2002年7月24日施行)

《境外投资管理办法》:中华人民共和国商务部《境外投资管理办法》

14.01.01《人体损伤标准》:《人体损伤程度鉴定标准》(2014年1月1日施行)

《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》:最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(2010年7月1日施行)

《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》:最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(2010年7月1日施行)

11.04.14《通知》:最高人民法院《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》(2011年4月14日施行)

《关于案例指导工作的规定》:最高人民法院《关于案例指导工作的规定》(2010年11月26日公布并施行)

01.01.21《金融犯罪座谈会》:《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》(2001年1月21日公布)

03.11.13《经济犯罪座谈会》:《全国法院审理经济犯罪座谈会纪要》(2003年11月13日公布)

《关于适用刑法第12条几个问题的解释》:最高人民法院《关于适用刑法第12条几个问题的解释》(1998年1月13日公布并施行)

99.06.18《单位解释》:最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》(1999年6月18日通过)

《关于涉嫌犯罪单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的应如何进行追诉问题的批复》:最高人民检察院《关于涉嫌犯罪单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的应如何进行追诉问题的批复》(2002年7月15日施行)

《妨害预防、控制突发传染病疫情案件解释》:最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2003年5月15日施行)

00.11.21《交通肇事解释》:最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2000年11月21日施行)

06.01.23《未成年人刑事案件解释》:最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2006年1月23日施行)

00.02.21《骨龄鉴定》:最高人民检察院《关于“骨龄鉴定”能否作为确定刑事责任年龄证据使用的批复》(2000年2月21日施行)

《关于已满14岁不满16岁的人犯走私贩卖运输制造毒品罪应当如何适用法律问题的批复》:最高人民法院《关于已满14岁不满16岁的人犯走私贩卖运输制造毒

品罪应当如何适用法律问题的批复》(1992年5月18日施行)

13.04.04《**盗窃司法解释**》:最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》(2013年4月4日施行)

00.12.05《**黑社会性质组织犯罪若干问题**》:最高人民法院《关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体适用法律若干问题的解释》(2000年12月5日公布)

00.06.27《**贪污、职务侵占解释**》:最高人民法院《关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》(2000年6月27日通过)

《**关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定**》:最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》(2006年7月26日施行)

《**关于对怀孕妇女在羁押期间自然流产审判时是否可以适用死刑问题的批复**》:最高人民法院《关于对怀孕妇女在羁押期间自然流产审判时是否可以适用死刑问题的批复》(1998年8月7日公布)

00.12.19《**适用财产刑规定**》:最高人民法院《关于适用财产刑若干问题的规定》(2000年12月19日施行)

98.01.13《**附加剥夺政治权利问题**》:最高人民法院《关于对故意伤害、盗窃等严重破坏社会秩序的犯罪分子能否附加剥夺政治权利问题的批复》(1998年1月13日施行)

《**关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)**》:最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》(2010年10月1日施行)

《**量刑规范化的指导意见**》:最高人民法院《量刑规范化的指导意见》(2011年2月28日公布)

《**关于在审判执行工作中切实规范自由裁量权行使保障法律统一适用的指导意见**》:最高人民法院《关于在审判执行工作中切实规范自由裁量权行使保障法律统一适用的指导意见》(2012年2月28日公布)

98.05.09《**自首和立功解释**》:最高人民法院《关于处理自首和立功具体适用法律若干问题的解释》(1998年4月6日通过,1998年5月9日施行)

10.12.22《**自首和立功意见**》:最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》(2010年12月22日公布)

《**关于被告人对行为性质的辩解是否影响自首成立问题的批复**》:最高人民法院《关于被告人对行为性质的辩解是否影响自首成立问题的批复》(2004年4月1日施行)

《**关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见**》:最高人民法院、最高人民检察院、海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》(2002年7月8日公布并施行)

《**关于罪犯因漏罪、新罪数罪并罚时原减刑裁定应如何处理的意见**》:最高人民法院《关于罪犯因漏罪、新罪数罪并罚时原减刑裁定应如何处理的意见》(2012年1月

18日公布并施行)

《关于开展社区矫正试点工作的通知》:最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于开展社区矫正试点工作的通知》(2003年7月10日公布并施行)

11.04.28《适用禁止令有关问题》:最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定(试行)》(2011年4月28日公布)

10.06.01《财产刑执行规定》:最高人民法院《关于财产刑执行问题的若干规定》(2010年6月1日施行)

00.12.19《财产刑规定》:最高人民法院《关于适用财产刑若干问题的规定》(2000年12月19日施行)

11.05.01《限制减刑规定》:最高人民法院《关于死刑缓期执行限制减刑案件审理程序若干问题的规定》(2011年5月1日施行)

12.07.01《减刑、假释司法解释》:最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》(2012年7月1日施行)

《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》:最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(1988年4月2日公布并施行)

目录

CONTENTS

001 自序

003 本书立法文件与司法文件缩略语

第一编 刑法序说

003 第一章 刑法概述

003 第一节 刑法的概念和渊源

003 一、刑法的概念

005 二、刑法的渊源

006 三、刑法的类型和表述

008 四、刑法的功能

009 五、刑法规范的不足

010 第二节 刑法的基本原则

010 一、刑法基本原则的概念和界定

010 二、罪刑法定原则

016 三、法律面前人人平等原则

017 四、罪责刑相适应原则

020 第三节 近代刑法与刑罚的近代合理化

020 一、近代刑法的概念

021 二、刑法的发展

- 027 第四节 刑法的解释
- 027 一、刑法解释的必要性
- 030 二、刑法解释的分类
- 035 第五节 刑法的用语
- 036 一、立法规定的用语
- 040 二、学理上个别用语

042 第二章 刑法的效力范围

- 042 第一节 刑法的空间效力
- 042 一、刑法的空间效力
- 044 二、我国刑法空间效力的规定
- 051 第二节 刑法的时间效力
- 051 一、刑法时间效力的概念
- 052 二、刑法的生效和失效
- 052 三、刑法的溯及力

第二编 犯罪构成论

059 第三章 犯罪及其要件

- 059 第一节 犯罪的概念
- 059 一、犯罪观与犯罪概念
- 060 二、犯罪的概念
- 068 三、犯罪的分类
- 071 第二节 犯罪构成
- 071 一、犯罪构成概说
- 075 二、我国刑法中犯罪构成的概念
- 078 三、犯罪构成的结构和类型

- 083 四、犯罪构成要件的要素
087 五、犯罪构成的体系

090 第四章 构成客观必备要件

090 第一节 客体

- 090 一、客体的概念和意义
095 二、客体的分类
096 三、直接客体理解和把握

098 第二节 对象

- 098 一、犯罪对象的概念
100 二、犯罪对象在犯罪构成中的意义和作用

101 第三节 危害行为

- 101 一、行为的学说
107 二、我国刑法中的行为分类
108 三、危害行为
113 四、危害行为的形式
125 五、不纯正不作为犯作为义务来源的范围
127 六、作为犯与不作为犯在刑法中的规定
129 七、“持有”的法律属性
130 八、危害行为与思想的界限

131 第四节 犯罪主体

- 131 一、犯罪主体的概念
132 二、自然人主体
135 三、单位主体

145 第五节 危害结果

- 145 一、危害结果的概念及种类
154 二、危害结果的地位与意义

157	第六节 因果关系
157	一、因果关系概说
160	二、大陆法系因果关系的学说
176	三、我国刑法中的因果关系理论
192	第七节 时间、地点和方法
192	一、时间
192	二、地点
193	三、方法
194	第五章 构成主观必备要件
194	第一节 责任能力
194	一、刑事责任能力的概念
195	二、刑事责任能力的程度和划分
197	第二节 罪过
197	一、罪过界定及其要素
201	二、罪过的认定
201	第三节 故意
201	一、犯罪故意的学说
202	二、犯罪故意的概念
203	三、犯罪故意的心理结构
218	四、犯罪故意的法定类型
228	五、刑法理论上犯罪故意的其他分类
230	六、犯罪故意的认定
232	第四节 过失
232	一、犯罪过失的概念
236	二、犯罪过失的构造
239	三、注意义务

243	四、注意能力
246	五、注意义务与注意能力的关系
248	六、过失的法定类型
251	七、过失的理论分类
255	八、允许的危險和危險的分配
257	九、信赖原则在过失犯罪中的应用
259	十、过于自信的过失与间接故意
263	第五节 动机与目的
263	一、犯罪目的
265	二、犯罪动机
269	三、犯罪目的与犯罪动机的关系
271	第六章 违法阻却事由
271	第一节 违法阻却事由概述
271	一、违法阻却事由的概念
272	二、违法阻却事由的理论依据
277	第二节 正当防卫
277	一、正当防卫概念
278	二、一般正当防卫
295	三、特殊防卫
299	四、警察正当防卫
300	第三节 紧急避险
300	一、紧急避险的概念
301	二、紧急避险的条件
311	三、避险过当及其刑事责任
311	四、避险失败的责任
311	第四节 其他违法阻却事由

- 311 一、不可抗力
- 312 二、义务冲突
- 313 三、被害人承诺
- 315 四、推定承诺
- 316 五、法令行为
- 317 六、正当业务行为
- 317 七、自救行为
- 317 八、自损行为
- 318 九、劳资争议

319 第七章 责任阻却和减轻事由

319 第一节 责任阻却和减轻事由概述

- 319 一、责任阻却和减轻事由的概念
- 320 二、责任的本质
- 326 三、责任原则与责任阻却与减轻

333 第二节 年龄

- 333 一、刑事责任年龄的概念和意义
- 334 二、刑事责任年龄的立法规定
- 340 三、已满 14 周岁不满 16 周岁未成年人的刑事责任的范围

342 第三节 精神障碍及重要生理功能缺陷

- 342 一、精神障碍的概念
- 343 二、精神障碍对刑事责任能力的影响
- 345 三、影响刑事责任能力的重要生理功能缺陷

346 第四节 认识错误

- 346 一、刑法上的认识错误的概念及存在的范围
- 347 二、法律认识错误
- 347 三、事实认识错误

- 357 第五节 期待可能性
- 357 一、期待可能性的意义
- 359 二、期待可能性的标准
- 361 三、意外事件
- 362 四、不可非难的社会行为
- 366 第六节 原因自由行为
- 366 一、原因自由行为的意义
- 368 二、醉酒人的责任能力

第三编 犯罪形态论

- 373 第八章 故意犯罪的停止形态
- 373 第一节 故意犯罪的犯罪形态
- 373 一、概述
- 376 二、故意犯罪的停止形态存在的范围
- 380 第二节 犯罪既遂
- 380 一、犯罪既遂标准的考察
- 385 二、既遂犯的形式
- 394 第三节 犯罪预备
- 394 一、犯罪预备的概念和特征
- 398 二、预备行为的形式
- 399 三、犯罪预备与犯意表示
- 401 四、预备犯的刑事责任
- 402 第四节 犯罪未遂
- 402 一、犯罪未遂的概念
- 403 二、犯罪未遂的特征
- 414 三、犯罪未遂形态的种类
- 423 四、未遂犯的刑事责任

- 425 第五节 犯罪中止
- 425 一、犯罪中止的概念
- 425 二、我国刑法中的犯罪中止的类型
- 426 三、犯罪中止的特征
- 436 四、中止犯的刑事责任

442 第九章 共同犯罪

- 442 第一节 共同犯罪概述
- 442 一、犯罪的参与体系
- 448 二、共同犯罪成立的学说
- 450 三、我国刑法理论有关共同犯罪的观点
- 455 第二节 正犯与共犯
- 455 一、正犯与共同正犯
- 457 二、正犯与狭义共犯
- 464 第三节 狭义共犯
- 464 一、共犯处罚根据
- 468 二、狭义共犯的法律属性
- 473 第四节 共同正犯中的争议
- 473 一、共谋的共同正犯
- 479 二、继承共同正犯
- 482 三、片面共犯
- 488 四、间接正犯
- 496 五、亲手犯
- 501 六、对向犯
- 504 七、过失共同正犯
- 507 第五节 基于我国立法共同犯罪的分析
- 507 一、共同犯罪的条件

- 512 二、共同犯罪的形式
- 516 第六节 我国刑法中共同犯罪参与者及其刑事责任
- 516 一、我国刑法中共同犯罪参与者的分类标准
- 518 二、共同犯罪参与者的刑事责任
- 532 第七节 共犯与身份
- 533 一、主犯犯罪性质说的争议
- 536 二、不真正身份犯与共犯的定罪处罚
- 537 三、无身份者能否为真正身份犯的共同正犯
- 540 第八节 共同犯罪中的认识错误及共同犯罪关系的脱离
- 540 一、共同犯罪中的认识错误
- 542 二、共同犯罪关系的脱离

545 **第十章 罪数形态**

- 545 第一节 罪数形态概述
- 545 一、罪数区分的意义和区分标准
- 546 二、罪数的种类
- 547 第二节 实质的一罪
- 547 一、想象竞合犯
- 553 二、继续犯
- 556 三、结果加重犯
- 563 第三节 法定的一罪
- 563 一、集合犯
- 566 二、结合犯
- 569 第四节 处断的一罪
- 569 一、连续犯
- 574 二、牵连犯
- 577 三、吸收犯

第四编 刑 罚 论

- 583 第十一章 刑罚及其裁量
- 583 第一节 刑罚理论
- 583 一、刑罚的概念
- 584 二、刑罚的目的
- 585 第二节 刑罚种类
- 585 一、主刑
- 589 二、附加刑
- 593 三、非刑罚处理方法
- 594 第三节 刑罚适用原则
- 594 一、量刑的原则
- 596 二、量刑情节
- 598 第四节 累犯
- 598 一、累犯的概念和分类
- 598 二、一般累犯及成立条件
- 600 三、特别累犯及成立条件
- 600 四、累犯的刑事责任
- 600 第五节 自首与立功
- 600 一、自首的概念和类型
- 608 二、自首与坦白的关系
- 609 三、立功
- 613 第六节 数罪并罚
- 613 一、数罪并罚概述
- 614 二、数罪并罚的原则
- 616 三、不同情况下数罪并罚原则的具体适用
- 618 四、数罪并罚的其他问题

620 第七节 缓刑

620 一、缓刑的概念

621 二、一般缓刑

625 三、战时缓刑

626 第十二章 刑罚执行制度

626 第一节 刑罚执行概述

626 一、刑罚执行的概念

626 二、刑罚执行的原则

628 第二节 刑罚的执行

628 一、死刑的执行

630 二、有期徒刑、无期徒刑的执行

633 三、拘役、管制刑的执行

634 四、财产刑的执行

638 五、剥夺政治权利刑的执行

638 第三节 减刑

638 一、减刑的概念

639 二、减刑的适用条件

642 三、减刑的程序和减刑后的刑期计算

643 第四节 假释

643 一、假释的概念

644 二、假释适用的条件

645 三、假释的程序、考验和撤销

648 第十三章 刑罚的消灭

648 第一节 刑罚消灭概述

648 一、刑罚消灭的概念

648 二、刑罚消灭原因

649	第二节 时效
649	一、时效概述
649	二、追诉时效
653	第三节 赦免
653	一、赦免的概念和种类
653	二、我国赦免制度的特点



第一编 | 刑法序说

第一章 刑法概述

第二章 刑法的效力范围

第一章 刑法概述

第一节 刑法的概念和渊源

一、刑法的概念

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律。近代德国著名刑法学家李斯特指出,刑法是将作为犯罪构成的犯罪与作为法律后果的刑罚联结在一起的国家法律规范的总和。^①这是从“静态”的意义上对刑法下的定义,也是定义刑法最简洁、明快、朴实而实在的形式定义。如果从“动态”,也即从制定、适用法的意义上说,刑法也可定义为:规定什么样的行为是犯罪、应承担何种刑事责任并予以何种处罚的法律。

应该看到,当学者们从不同视角审视这一法律时,对它的称谓多有不同。我国台湾刑法学家韩忠谟教授指出:“关于法规之命名,现代各国不尽相同,有注重犯罪行为一端而称之为‘犯罪法’者,如英美法系国家习用 Criminal law 一辞是。亦有注重刑罚一端而称之为‘刑罚法’或‘刑法’者,如德法等大陆法系国家流行 Strafrecht, droit penal 等用语是。实则,刑罚乃犯罪之法律效果,而犯罪系科刑之前题,二者密切相依,任举一端,皆可概括全体,故用语虽殊,含义则一。”^②当然,对这样的认识,也是有不赞同的观点的,如张明楷教授认为,不管是“刑法”,还是“犯罪法”,他们所指的法律都是完全相同的。但是在外国,由于保安处分不是刑罚但却被规定在刑法中,刑事责任一词与犯罪成立条件之一的“有责性”通常是同义词,只能将刑法一词中的“刑”理解为“刑罚”,所以采用“刑法”一词就有不合适之处。^③

在以往的传统习惯上,我国学者对法的定义是从法的阶级性上把握的,以期从阶级属性上表明社会主义国家在法的定义上与西方国家形式的法的定义加以区别,而认为刑法是掌握政权的阶级,为了维护本阶级政治上的统治和经济上的利益,根据自己的意志,规定哪些行为是犯罪和应负刑事责任,并给予犯罪人以何种刑罚处罚的法律。^④这种定义方法仍然有一定的影响力。黎宏教授认为,这种传统定义的方法,将

^① 参见〔德〕李斯特:《德国刑法教科书》,法律出版社2000年版,第2页。

^② 韩忠谟:《刑法原理》,中国政法大学出版社2002年版,第1页。

^③ 参见张明楷:《刑法的基础观念》,中国检察出版社1995年版,第2页。

^④ 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(上),中国法制出版社1999年版,第3页;马克昌主编:《刑法》(第3版),高等教育出版社2012年版,第1页。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



刑事责任作为与犯罪和刑罚并列的,作为连接犯罪与刑罚的中介是不当的,因为“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。无论从理论还是法律规定的角度看,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”^①。

将刑事责任视为犯罪成立的条件,是大陆法系刑法理论上“责任主义”的当然结论。责任主义是在区分“主观责任”与“客观责任”的相对意义上被提出的,这在解释论上,就必然如同黎宏教授所说的,“责任”意味着是对行为人主观上的谴责,是犯罪成立的条件,即仅有客观上惹起法益侵害或者侵害危险的客观结果,行为人尚不因此而受到处罚,还须行为人同时具有责任能力、故意或者过失、违法意识可能性、期待可能性等,才有追究其责任的可能。但是,显然在当前我国的刑法理论上,并没有在借鉴意义上运用大陆法系理论上“责任”的概念,其中的缘由不言而喻,因为我国刑法理论上建构的犯罪构成理论体系与大陆法系的构成要件理论体系差别极大。虽然理论上如何定义“刑事责任”还有分歧意见^②,但多数学者仍然主张刑事责任是连接犯罪与刑罚之间的桥梁和纽带^③。从我国的刑事立法看,1997年修订后的刑法总则第二章“犯罪”的第一节就明确规定的是“犯罪和刑事责任”,第三章则规定的是“刑罚”,而在刑法条款中有14个条文22处规定有“刑事责任”,在附属刑法条款中这一术语运用的更为常见;在个罪的研究中,问题也最终要落脚在“是否应追究刑事责任”“追究何种刑事责任”“如何实现刑事责任”等问题上。显然黎宏教授认为无论从理论还是立法上看,刑事责任都不应该是与犯罪和刑罚并列的内容的批评,至少从我国刑法理论和立法现状看,还是值得商榷的。

从我国刑法理论对刑事责任的解读看,刑事责任的程度也与刑罚的程度不成比例关系。详言之,刑事责任程度严重的,并不必然导致相应严重程度刑罚后果。例如,未成年人犯罪,无论其罪行程度多么严重,也不允许适用死刑,这也就是刑法中规定刑事责任在适用上的适例,也是刑事责任在理论体系中具有独立意义之所在。所以,应该承认,在我国目前的犯罪构成理论体系上,刑事责任有其值得肯定的体系地位,更不宜将刑事责任定位在犯罪成立条件的意义上。

刑法在法律体系中是一项重要的基本的部门法^④。在宪法这一根本法之下,刑法一直排列在部门法之首。之所以如此,是因为动用刑法所致的法律后果往往直接涉及人身自由权、财产权、政治权利,乃至生命权。它所调整、规制的是人的行为,并据

① 黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第1页。

② 参见贾宇主编:《刑法学》,陕西人民出版社2002年版,第215—216页。

③ 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第5版),北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第199页。

④ 部门法也称为法的部门,它是指一个国家根据一定的原则和标准划分一国现存全部法规范的总称。宪法(高位阶法)之下的部门法(低位阶法)主要是:刑法、民商法、行政法、诉讼法、经济法、环境法、军事法等。国际法有其独特性,主要是以国际上通行的惯例以及国与国、国家与地区之间等签订的双边或者多边协定而形成的。

以判断其行为是否构成犯罪、是否需要动用刑罚给予惩处。所以,刑法也被称为是掌握生杀之权的法律。正因为是在维护和巩固政权上,刑法与其他部门法相比较更显著、更直接,故为历来的政权所重视。

二、刑法的渊源

法的渊源,即法的表现形式。刑法的渊源,也即刑法的表现形式。在我国,刑法的渊源主要是以下几种:

(一) 刑法典

刑法典是指条理化 and 系统化规定犯罪、刑事责任与刑罚的一般原则,以及各种具体犯罪与刑罚的法律规范,并具有统一体系的刑事实体法。刑法典是刑法的主要表现形式,也是一国刑事法治是否健全的主要标志。我国刑法典即是指1979年颁布实施、1997年修订的《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)。在全面修订刑法典后,又对修订后的刑法部分条款进行的修订的《刑法修正案》,也是刑法典的组成部分。

(二) 单行刑法

单行刑法是指立法机关为弥补刑法典的不足或者为修订刑法典条款,针对特定人、事、时、地所规定的某一类犯罪的刑事责任和刑罚的法律。单行刑法具有可单独引用适用的特点,故被称为“单行刑法”。在我国自1979年颁行第一部刑法典至1997年对其全面修订,全国人大常委会共颁布了23个《补充规定》《决定》^①;在1997年修订《刑法》实施后,全国人大常委会于1998年12月29日颁布《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》(以下简称《惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇决定》)、2000年12月28日颁布《关于维护互联网安全的决定》和《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》(以下简称《取缔邪教活动决定》)即属于单行刑法。

(三) 附属刑法

附属刑法是指规定在非刑事法律中有关犯罪、刑事责任和刑罚的法律规范,即刑事法律规范的内容不是该法律的主体部分。我国在1997年修订《刑法》时,已将大量的附属刑法条款吸纳在修订后的《刑法》中。附属刑法条款基本上对具体的刑罚不作规定,通常是表述为“构成犯罪的,依法追究刑事责任”。当前仍然有少量的附属刑法条款。

(四) 司法解释

司法解释是指最高司法机关针对具体罪刑条款的内容以及条款在适用中的问题所作的说明或者规定。一般而言,司法解释不能成为刑法的渊源,但是,在司法实务上,司法解释也是各级人民法院刑事审判时必须遵守的具有法律效力的规定,使得司

^① 上述规定的罪刑内容,已吸纳在修订后《刑法》中。

法解释具有了“刑法”的属性。而且,即便司法解释时有僭越立法的现象^①,在司法实务中,法院也是需要遵守司法解释规定的。因此,在我国,司法解释具有刑法渊源的属性。

三、刑法的类型和表述

根据不同的标准,对刑法可有多种分类。主要有以下几种:

(一) 广义的刑法与狭义的刑法^②

这是以刑法的表现形式(渊源)为标准所做的分类。

广义的刑法,是指一切规定犯罪、刑事责任与刑罚的刑法规范的总和。其表现形式不仅包括刑典,还包括单行刑法和附属刑法。在西方刑法理论中,广义的刑法不仅被理解为实体法,还包括有关刑事追诉的程序法。

狭义的刑法,是指规定犯罪、刑事责任与刑罚的一般原则,以及各种具体犯罪与刑罚的法律规范,并对此加以条理化和系统化,具有统一体系的刑典。对狭义刑法,有的国家或者地区冠以“刑典”之谓,例如《法国刑典》《德国刑典》《意大利刑典》《西班牙刑典》等,有的国家刑法没有冠以“典”的称谓,但实际上具有法典之义,如《中华人民共和国刑法》就是如此。

(二) 普通刑法与特别刑法

这是以刑法效力范围(适用范围)为标准所做的分类。

普通刑法,是指刑法效力及于一国领域内任何地区和任何人的刑法规范,即具有普遍适用效力的刑法。普通刑法,是任何一个国家刑法的基本构成部分,其基本表现形式是现行刑典,还可以包括作为刑典补充的具有相同效力范围的其他修订、补充性质的刑法规范。例如,我国1997年修订的《刑法》颁布后,至今通过的共8个刑法修正案,也属于普通刑法。

特别刑法,是普通刑法的对称,是指仅适用于特定的人、时、地、事的刑事实体法。1997年《刑法》修订后,颁布共有三个《决定》,即《惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇决定》《关于维护互联网安全的决定》《取缔邪教活动决定》^③,以及在《刑法》修订之前曾颁布过23个《补充规定》和《决定》,均属于特别刑法。

理论上,特别刑法包含两层含义:一是作为普通刑法的对称的特别刑法,指国家

^① 例如,2000年11月21日起施行的最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称00.11.21《交通肇事司法解释》)第5条第2款规定:“交通肇事后,单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的,以交通肇事罪的共犯论处。”在现行刑法中,共同犯罪必须是共同故意犯罪,而交通肇事罪系过失犯罪,显然,这一规定僭越了立法。尽管这样的司法解释受到学者指责,但是,就目前现状而言,也不失为刑法的渊源。

^② 本书在没有特指的情况下,刑法的称谓采“广义刑法”之概念。

^③ 《取缔邪教活动决定》由于内容中没有具体的罪刑条款,也有学者质疑其并不属于单行刑法之列,参见黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第2页下注释。当然,相反的认识也存在,参见阮齐林:《刑法学》(第3版),中国政法大学出版社2011年版,第3—4页。由于在《取缔邪教活动决定》涉及对具体犯罪的适用原则,因此,本书认为具有特别刑法的属性。

为了适应某种特殊需要而颁布的,效力仅及于特定人、时、地或特定事的刑事法律,被称为“实质意义上的特别刑法”,其条款在内容上是“罪刑”条款。例如,1982年1月1日实施的《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》,即属于该意义上的特别刑法。二是作为现行刑法的对称的特别刑法,指国家为弥补现行刑法的不足而颁布的一切刑法规范,被称为“形式意义上的特别刑法”,它既包括有具体罪刑条款的规范,也可以包括只具有一般规范意义上提示性的刑法条款。例如,1987年6月23日全国人大颁布的《关于对中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》(现为《刑法》第9条的规定)。此外,前述的23个《补充规定》《决定》,在这一意义上,也属于特别刑法。特别需要指出的是,这里所谓的普通刑法和特别刑法,是指在同一的法域内对刑法的分类,非指对一国内刑法的分类。香港、澳门的刑法,均是我国的国内刑法,但它们不与祖国内地刑法为同一法域的刑法,不存在相互适用的问题。所以,香港、澳门虽然地域特别,但与内地刑法非普通刑法与特别刑法的关系。台湾地区“刑法”目前也不能纳入祖国大陆刑法之中,当然也就不存在“普通刑法与特别刑法”的关系。

(三) 单一刑法与附属刑法

这是以刑法规范的立法体例是否具有独立(适用)性为标准所作的分类。

单一刑法,是指法规的内容全部是刑法规范或基本上是刑法规范的刑事实体法。单一刑法可分为两种:一是刑法典,其条款在内容均为刑法规范;二是单行刑法,也称为单行刑事法律,如前述的1997年修订的《刑法》施行后颁布的三个《决定》。单行刑法的内容基本上都是刑法规范,所谓基本上,是指不排除在个别单行刑法中包含某些非刑法内容。例如,1991年颁布的《关于严禁卖淫嫖娼的决定》,规范的主体内容是刑法规范(现行刑法已将刑法规范的内容吸纳,所以,《决定》中的刑法规范失效),但其中有治安处罚的规定,而规定治安处罚内容目前仍然有效。

附属刑法,是指非刑事法律中所规定的有关犯罪与刑罚的规范,如我国《税收征管法》《森林法》等行政、经济法规中规定犯罪与刑事责任的条款。

(四) 形式刑法与实质刑法

这是以刑法的外在表现特征为标准所作的分类。

形式刑法,是指从法的外在表现形式或者名称上就可知是刑法的法律,如我国《刑法》《刑法修正案》《惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇决定》等。

实质刑法,是指从法律的外在表现形式或者名称上不能使人明确知道有刑法条款,但是其内容上有涉及犯罪与刑事责任以及刑罚处罚的条款,如我国《税收征管法》规定犯罪与刑事责任的条款,以及前述的附属刑法。

(五) 国内刑法与国际刑法

这是以刑法所控制、惩治犯罪地域为标准所作的分类。

国内刑法,是指调整国内刑事法律关系,对发生在本国领域内的罪行适用的刑事实体法律。例如,前述所有的分类中所涉及的刑法,均属于国内刑法。

国际刑法,是指调整国际刑事法律关系,即只能根据相关国际条约,针对国际性

罪行适用的刑事法律。国际刑法是调整国际刑事关系的实体法与程序法的总称,其规范的内容主要包括国际社会预防和惩治国际犯罪以及国际刑事司法协助与合作的原则、规则和制度等。例如,为遏制和控制毒品犯罪,《联合国禁止非法贩运麻醉药品的精神药物公约》即属于国际刑法。应该注意到,国际刑法的规范,只有经国家的承认,才有拘束力。因此,国际刑法涉及的不仅是国际公约、条约和国际法一般原则,也涉及各国国内法的规定。由于世界各国的社会制度、意识形态和法律概念都存在很大的区别,而刑事审判权又是一国国家主权的重要组成部分,所以在由主权国家组成的国际社会中,不可能建立世界统一的、超国家的刑事审判机构,由它来适用一部有普遍拘束力的国际刑法典。当前一般所称国际刑法,是指国家间为特定问题所签订或认可的有关刑事问题的各种公约、条约和依据国际法一般原则所制定的有关制裁国际性犯罪的国际条约。而这样的公约、条约或者国际性原则等,既包括实体法内容,也包括程序法的内容。

从刑法的分类可以说,所谓的刑法,都要求具有两个最基本的内容,或者说都必须具备两个最基本的特征:一是要规定什么是犯罪,二是要规定刑事责任和如何适用刑罚处罚。这两点内容,是刑法最基本的内容,也是刑法区别于其他非刑事法律规范的主要特点。

四、刑法的功能

刑法的功能,是指制定、实施刑法可能产生的积极作用。至于刑法具有哪些功能,学者们的认识尚不统一,但一般均认可以下功能。

(一) 规制功能

规制功能是指刑法通过将一定的行为规定为犯罪并对其科处刑罚,表明该种行为为法所不允许,以此来对人的行为加以规制,并达成对社会秩序的维护。因此,也有学者认为该功能可称为“维持秩序功能”^①。刑法就是通过规定犯罪和与之相应的刑罚,表明国家对某种行为的否定评价,当国民能够依据刑法的规范规制自己行为时,从其社会意义上而言,就是对社会秩序的维护。

(二) 保护功能

保护功能也有称其为“法益保护功能”。法益,即指法律所保护的国家、社会以及国民个人的利益。刑法将侵害、威胁一定法益的行为规定为犯罪,并通过适用刑罚惩罚犯罪行为,实现对法益的保护。通过对犯罪者适用刑罚,警戒国民不要实施法所不能允许的行为,实现刑罚的一般预防效果。从可能受到侵害、威胁的法益角度看,也就实现了对国家、社会以及国民个人的利益的保护。

(三) 保障功能

保障功能也称为人权保障功能。刑法规定了何种行为是犯罪,应承担何种刑事责任以及刑罚,从这一角度看,刑法具有限制国家刑罚权的发动,保障国民不受国家

^① 参见马克昌主编:《刑法》(第3版),高等教育出版社2012年版,第5页。

刑罚权的非法侵害,以及保障犯罪者不受刑法之外“刑罚”制裁的功能。因此,只要国民没有违反刑法,就不应当受到刑罚的处罚;即使违反刑法,构成犯罪的,也只能依照刑法的规定追究其刑事责任和判处刑罚。

五、刑法规范的不足

(一) 内容上的不完整性

任何国家的刑法,包括我国刑法在内,事实上不可能将所有应当给予刑罚制裁的行为都毫无遗漏地加以规定。刑法处罚的是实然的犯罪——立法明文规定的应给予刑罚处罚的行为,而不是应然的犯罪——应当给予犯罪化的行为,后者是犯罪学研究的对象,其范围要广于实然的犯罪。造成刑法规范内容上的不完整的原因多种,如立法者对哪些行为应该予以犯罪化或者去犯罪化的认识片面性,国家在改革时期的刑事政策调整过严或过宽以及立法者的主观认识错误以及立法技术粗糙等。自1997年《刑法》全面修订后,仍然在此后颁布了3个《决定》以及8个《刑法修正案》,就可以看到刑法规范内容上的不完整的特征。因此,刑事法律规范的制定,总是有一定滞后性的,其规范内容上的不完整性将伴随刑法永远存在。

(二) 社会功能上的不完整性

刑法作为规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律,是与其他部门法区别的主要特征,而其具有强制制裁手段的严厉性,是与其他部门法的最重要区别之一。因此,刑法也被誉为法益保护的“后盾法”,也是在法治社会保护法益的“终极手段”。但是,刑法并不是“万能”的法律。通过对犯罪的惩罚,并不能使社会变得更安全,甚至在通过适用刑罚控制、减少犯罪方面,也不是刑法的终极任务。刑罚可以防止一般邪恶的许多后果,但是刑罚不能铲除邪恶本身。^① 它只能做到在法治的基础上,为社会提供更有效、更准确、更合理地贯彻罪刑法定原则,保护国民利益,控制和减少犯罪的尽可能规范和准确的标准。因此,一方面,其“后盾法”效果的实现,有赖于与其他部门法、行政规范、党纪以及社会道德规范的相互配合;另一方面,在法治社会,正因为刑法是保护法益的“终极手段”,也就要求刑罚的发动必须遵循刑罚的适用是不得不发动——谦抑理念(原则)。“谦抑”,就是要求不应该将所有的违法行为都视为刑罚处罚的对象,能够成为刑罚处罚对象的行为,必须是那些不得不给予刑罚处罚的行为。不能将所有违法行为,或者违反道德的行为通过刑罚的制裁来实现对法益的保护、实现社会的稳定。因此,刑法在其社会功能上的不完整性,也同样将伴随刑法永远存在。

(三) 维护本国利益上的不完整性

众所周知,任何国家国内法对犯罪的认定标准都是有区别的,而在国际社会众多国家适用普遍管辖原则的前提下,国内刑法必须间接适用国际刑法有关犯罪标准的条款。当然,任何一个国家采纳国际刑法的有关标准认定犯罪时,是基于对本国国家、国民利益的保护,由于也必须以国际刑法的规定为依据,结果在认定犯罪的标准

^① 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆2010年版,第314页。

上形成国内犯罪与国际性犯罪的不完全统一。但是,只要是国际性惩罚犯罪条约国的成员国,都不可能以与自己本国法犯罪标准的不同,作为抗拒接受依据国际刑法犯罪标准以及判决的理由。即使根据本国刑法相关条款对外国不公正的判决作出某种程度的修正,所造成的法益损失也是不可能通过改判后的判决得到恢复的。因此,国内刑法在维护本国国家及国民利益上,具有不完整(缺失)性。因此,随着国际刑法的发达,国内刑法维护本国利益上的不完整(缺失)性也会愈来愈大。

第二节 刑法的基本原则

一、刑法基本原则的概念和界定

刑法的基本原则,是指刑法固有的,贯穿于全部刑法规范,指导和制约刑事立法和刑事司法活动的基本准则。

曲新久教授指出,刑法的基本原则是具有宪法属性,如罪刑法定原则、罪刑相当原则,既是刑法的基本原则,同时也具有宪法属性;违反其中的任何一个,都意味着是对于《宪法》的违反。同时,他还认为,一些教科书将“法律面前人人平等”原则,改为“平等适用刑法原则”,或者“刑法面前人人平等原则”等,是不合适且没有必要的,因为“法律面前人人平等”原则首先是规定在宪法中的,是所有部门法都要遵循的原则,因此也是具有宪法属性。即使《宪法》没有直接规定罪刑法定原则、罪刑相当原则等,也均能在《宪法》中找到法律依据。^①本书赞同这一认识。我国《宪法》第5条规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”显然,刑法的基本原则同样不得与宪法相抵触,违反刑法的基本原则当然意味着对宪法的违反。

刑法的基本原则是贯穿于刑法规范始终的并指导和制约刑事立法和刑事司法活动的准则,因而基本原则具有根本性。所谓根本性,就在于无论刑事立法还是刑事司法活动,都必须遵循基本原则的要求。在我国刑法中,罪刑法定原则、罪责刑相适应原则、法律面前人人平等原则,自始至终贯穿于我国刑事立法和刑事司法活动中。

二、罪刑法定原则

罪刑法定原则用一句法谚来概括就是“法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚”。

罪刑法定原则是西方资产阶级在大革命时期反封建司法制度罪刑擅断的产物,是对封建特权阶层社会司法制度的彻底否定。作为法律原则,罪刑法定原则最早规定在1215年《英国大宪章》,其第39条规定:“凡自由民除经其贵族依法判决或遵照国家法律之规定外,不得加以拘留、监禁、没收财产、剥夺其法律保护权,或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”这一限制国家司法权力泛滥的思想,此后又体现在1628年英国

^① 参见曲新久:《刑法学》(第2版),中国政法大学出版社2009年版,第29页。

《权利请愿书》和 1689 年《权利法案》中,并伴随人权思想的普及,逐渐得到确认。^① 1772 年在美国波士顿,英国在北美的殖民者集会上要求北美殖民地确认《英国大宪章》和《权利请愿书》中的权利,使得这一思想在北美开始普及并逐渐被立法所肯定。几乎在同一时期,1789 年这一思想也在法国资产阶级革命后的宪法性文件《人和公民权宣言》中得到确认。

美国《宪法》第 1 条第 9 款第 3 项规定:“禁止溯及既往的法律。”1791 年《宪法修正案》第 5 条规定:“未经正当法律程序不得剥夺如何人的生命、自由和财产。”1868 年《宪法修正案》第 1 条规定:“无论何州,未经正当法律程序,不得剥夺如何人的生命、自由和财产。”《人和公民权利宣言》第 8 条规定:“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚,而且除非根据犯罪行为前已制定、公布和合法实施的法律,不得处罚任何人。”1810 年《法国刑法典》第 4 条规定:“不论违警、轻罪或重罪,不得判处犯罪前法律未规定的刑罚。”这是首次在刑事实体法中规定罪刑法定原则,此后,这一立法得到许多国家仿效,并将罪刑法定原则作为保障人权的基本原则。

德国著名古典刑事法学者冯·费尔巴哈(von Feuerbach, 1775—1833)在其 1801 年出版的刑法教科书中将罪刑法定原则表述为:“无法律则无刑罚,无犯罪则无刑罚,无法律规定的刑罚则无犯罪。”此后,这一思想被经典表述为“法无明文规定者不为罪,法无明文规定者不处罚”。西方学者通常认为,奠定罪刑法定原则的思想基础的是自然法思想、三权分立的政治理论以及费尔巴哈的心理强制说。第二次世界大战结束后,国际社会随着自由、人权思想和民主主义思想的进一步强化,当代罪刑法定原则也被赋予了新的内涵和意义。

罪刑法定原则的基本要求在于:犯罪和刑罚必须以成文的法律予以规定。而这一要求的实质意义,在于基于对国民人权、自由权的保障而限制国家刑罚权的任意发动。基于这样实质意义的要求,便具有了对罪刑法定原则的实质性理解:一是罪刑规定必须明确;二是罪刑规定必须妥当合理^②。

一般认为,基于上述实质性要求,罪刑法定原则具有以下派生原则:

(1) 排斥习惯法原则。习惯法是独立于国家实定法之外,依据某种社会权威和社会组织,具有一定强制性的行为规范的总和。习惯法是在某种事实反复出现,而多数人一般对此抱有法的确信的情况。由于习惯法缺乏明确表达,人们难以据此推测自己的行为的性质与后果。习惯法也不可能被归纳为一套规则,使之法典化则意味着令其面目全非。^③ 更为重要的是,习惯法难以起到限制司法权力的作用。“刑法比其它法的领域更需要法的安定性,因为只有成文法才能保证法的安定性,故此每部现代刑法典都将刑法完全浇注为成文法的形式。”^④因此,根据罪刑法定原则预测可能性

① 1774 年美国费城的《居民依据自然法,拥有不可侵夺之权》、1776 年《弗吉尼亚权利法案》等。

② 参见黎宏:《刑法学》,法律出版社 2012 年版,第 18 页。

③ 参见[美]昂格尔:《现代社会中的法》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 44 页。

④ [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国滢译,中国法制出版社 2001 年版,第 38 页。

的原理,习惯法不能成为刑法的渊源;不能依据习惯法对行为人定罪量刑,只能依据国家制定的成文法为定罪判刑的依据。

(2) 禁止类推解释。类推是指在现行成文法没有明文规定为犯罪的情况下,允许比照刑法分则中与其行为最相类似条文定罪判刑的制度。因而,类推也被称为“比附援引”。显然,类推在本质上是与罪刑法定原则相悖的。根据罪刑法定原则的要求,定罪量刑必须依照事先制定的法律明文规定的条款,而类推是对法律没有明文规定为犯罪的行为允许比照类似条款定罪量刑,而这样做则是对国民自由、人权的侵犯。因此,法治国家严禁适用类推^①;如果允许类推,则意味着成文刑法的规定丧失了意义。因为类推解释导致刑法的规定适用于相类似的情况,“相似就是客观事物存在的同与变异矛盾的统一”^②。当两种现象之间只要存在相同之处,人们可以说它们具有相似性。这样一来,任何行为都可能与刑法规定的行为相似,都有被科处刑罚的危险,而这是不能容忍的。

(3) 法无溯及力原则。也称为“禁止事后法原则”,即刑法只能适用于颁布之后的行为,不能适用于颁布之前的行为,也就是指刑法不具有溯及既往的效力。国民只能根据现行的法律预测自己的行为,当现行刑法没有规定为犯罪的,其行为就是合法的;如果允许法溯及既往,则就是要求国民在今天去遵守明天的法律,意味着国民必须遵守行为时根本不存在的“法律”,这当然会剥夺国民预测和选择能力。“有人将刑法比喻为一根‘带哨子的皮鞭’:在打人之前,法律应当给一个‘预先通知’。这就是‘lex moneat priusquam feriat’(法律在做出惩罚之前应当予以警告——引者注)的规则。所以,刑法仅适用于其颁布之后的行为。”^③因此,从保障国民人权的角度出发,禁止事后法是罪刑法定原则的当然的结论。但是从保障人权的角度出发,现代刑法基于“有利于被告原则”,对法无溯及力原则并不予以绝对化的解释,即新法重于旧法时,法无溯及力;但是,新颁布的法律对该种行为不认为是犯罪,或者处罚轻于旧法时,则新的法律具有溯及力。这是法无溯及力原则的例外。

(4) 禁止绝对不定期自由刑。禁止绝对不定期刑原则,是由罪刑法定原则要求对一定的犯罪规定刑罚的种类和程度而产生的。绝对不定期自由刑,是指在法律中没有明确规定刑种或刑度,完全由法官自由裁量适用的刑罚。绝对不定期自由刑,包括只规定了刑种而没有规定刑度,行刑幅度由行刑机构决定的刑罚。那种既没有规定刑种,也没有规定刑度的不定期自由刑,是违反罪刑法定原则而被绝对禁止的;规定刑种但没有规定刑度的不定期自由刑,虽然实定法中有

^① 类推适用是罪刑法定原则所禁止的,但是,由于存在类推解释,类推解释与扩张解释之间的关系也是目前有争议的论题,黎宏教授持“类推解释与扩张解释无实质区别”的观点。参见黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第23页以下。

^② 张光鉴:《相似论》,江苏科学技术出版社1992年版,第4页。

^③ [法]卡斯东·斯特法尼:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第158页。

刑种的规定,但是行刑的幅度完全由行刑机关自己把握,从本质上说也是违反罪刑法定原则。^①

(5) 明确性原则。明确性原则,是指由刑法规定的犯罪和刑罚必须是清楚和明确的,而不能含混不清。国民只能根据明确的法律规定才能预测自己的行为,司法人员只能根据明确的法律规定去遵循、适用。否则,国民无法预测自己的行为,司法人员无法理解法律的规定甚至会曲解法律。但是,相对于繁纷复杂的社会现实,刑法不可能对所有应予以刑罚处罚的行为作出详尽的规定。我国刑事立法中大量存在列举式的罪刑条款,然而,又有不断颁行的《刑法修正案》对此予以修正。其中,不乏对刚经过修正的条款再次修正的现象。这也从一个方面可以看出刑法明确性在立法层面的难度。实际上,“明确性”也只能从相对意义上理解,要求刑法明确到无需解释的程度只是一种幻想。事实上,即便是精确的数字概念,如自然人的年龄,也存在如何起算的解释问题。^② 解释刑法就是为了使刑法明确,所以,实现刑法的明确性是刑事立法与刑法理论的共同任务,即虽然刑法规定本身不太明确,但如果能够通过解释使之明确,也不失为明确,只有那种本身不明确,而且不能使人们作出明确解释的规范,才属于不明确的规范。^③ 但是,因为刑法规范的内容是否明确的判断,是一个易于发生分歧看法的问题,要宣告某项刑法规范的内容不明确,是一个宪法问题。^④ 黎宏教授指出,刑法规范是否明确,不是由司法人员能够决定规范内容不明确而宣告其无效的,只能由立法机关予以审查。有明确性原则在国外是作为司法原则适用的^⑤,法院在案件审理中,可以该法规内容不明确而宣告被告人无罪,但从适用明确性原则的国家审判实践看,以此为由宣告无罪的并不常见,多数情况下要通过解释使所认为的不明确的规定明确,以避免与明确性原则的冲突。^⑥ 这一做法是值得深思的。

① 刑事人类学派和刑事社会学派的学者认为,犯罪是由行为人的主观恶性所产生的,刑罚是矫正、改善罪犯的主观恶性的手段;但是对改造犯罪人的主观恶性要求多少时间很难预料,所以法律只能规定不定期刑。法官在判决时,只宣布罪名和刑罚种类,至于究竟服多少刑期,则由行刑机关根据罪犯主观恶性改造的情况来决定。判处不定期刑,将导致确定罪犯的服刑期间长短的权力完全由行刑机关所掌握,这样会丧失刑法保障人权的机能。所以,不论法定刑或者宣告刑,都不能允许绝对不定期刑。参见马克昌:《比较刑法原理——外国刑法学总论》,武汉大学出版社2002年版,第72页。

② 2006年1月23日最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称06.01.23《未成年人刑事案件解释》)第2条规定:《刑法》第17条规定的“周岁”,按照公历的年、月、日计算,从周岁生日的第二天起算。

③ [日]前田雅英:《刑法的基础·总论》,日本有斐阁1993年版,第40页。

④ 在美国,联邦最高法院于1914年确认法律“因不明确而无效”是一项宪法原则。参见[日]芝原邦尔:《刑法的社会机能》,日本有斐阁1973年版,第157页以下。

⑤ 日本最高法院在1975年9月10日的判决中指出:“之所以说因为刑罚法规所规定的犯罪构成要件含混、不明确而违反《宪法》第31条而无效,是因为这种规定没有向具有通常判断能力的一般人明示被禁止的行为与非被禁止的行为的识别基准,因此,不具有向受适用的国民预先告知刑罚对象的行为的机能,而且产生重大的弊害……因此,某种刑罚法规是否因为含混、不明确而违反《宪法》第31条导致无效,应当根据具有通常判断能力的一般人的理解,在具体场合能否判断某行为是否适用该法规为基准来决定。”参见日本《最高裁判所刑事判例集》第29卷第8号,第489页。

⑥ 参见黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第20页。