

自选集

走向规范的刑法学

陈兴良 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



自选集

走向规范的刑法学

陈兴良 著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



图书在版编目(CIP)数据

走向规范的刑法学/陈兴良著. —北京:北京大学出版社, 2018.3
ISBN 978-7-301-29027-9

I. ①走… II. ①陈… III. ①刑法—法的理论—文集 IV. ①D914.01-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第305209号

书 名 走向规范的刑法学

Zouxiang Guifan de Xingfaxue

著作责任者 陈兴良 著

责任编辑 王建君

标准书号 ISBN 978-7-301-29027-9

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 yandayuanzhao@163.com

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

印刷者 北京中科印刷有限公司

经 销 者 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 28.5印张 430千字

2018年3月第1版 2018年3月第1次印刷

定 价 88.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

“陈兴良作品集”总序

“陈兴良作品集”是我继在中国人民大学出版社出版“陈兴良刑法学”以后,在北京大学出版社出版的一套文集。如果说,“陈兴良刑法学”是我个人刑法专著的集大成;那么,“陈兴良作品集”就是我个人专著以外的其他作品的汇集。收入“陈兴良作品集”的作品有以下十部:

1. 自选集:《走向哲学的刑法学》
2. 自选集:《走向规范的刑法学》
3. 自选集:《走向教义的刑法学》
4. 随笔集:《刑法的启蒙》
5. 讲演集:《刑法的格物》
6. 讲演集:《刑法的致知》
7. 序跋集:《法外说法》
8. 序跋集:《书外说书》
9. 序跋集:《道外说道》
10. 备忘录:《立此存照——高尚挪用资金案侧记》

以上“陈兴良作品集”,可以分为五类十种:

第一,自选集。自1984年发表第一篇学术论文以来,我陆续在各种刊物发表了数百篇论文。这些论文是我研究成果的基本载体,具有不同于专著的特征。1999年和2008年我在法律出版社出版了两本论文集,这次经过充实和调整,将自选集编为三卷:第一卷是《走向哲学的刑法学》,第二卷是《走向规范的刑法学》,第三卷是《走向教义的刑法学》。这三卷自选集的书名正好标示了我在刑法学研究过程中所走过的三个阶段,因而具有纪念意义。

第二,随笔集。1997年我在法律出版社出版了《刑法的启蒙》一书,这是一部叙述西方刑法学演变历史的随笔集。该书以刑法人物为单元,以这些刑法人物的刑法思想为线索,勾画出近代刑法思想和学术学派的发展历史,对于宏观

地把握整个刑法理论的形成和演变具有参考价值。该书采用了随笔的手法,不似高头讲章那么难懂,而是娓娓道来亲近读者,具有相当的可读性。

第三,讲演集。讲演活动是授课活动的补充,也是学术活动的一部分。在授课之余,我亦在其他院校和司法机关举办了各种讲演活动。这些讲演内容虽然具有即逝性,但文字整理稿却可以长久的保存。2008年我在法律出版社出版了讲演集《刑法的格致》,这次增补了内容,将讲演集编为两卷:第一卷是《刑法的格物》,第二卷是《刑法的致知》。其中,第一卷《刑法的格物》的内容集中在刑法理念和制度,侧重于刑法的实践;第二卷《刑法的致知》的内容则聚焦在刑法学术和学说,侧重于刑法的理论。

第四,序跋集。序跋是写作的副产品,当然,为他人著述所写的序跋则无疑是一种意外的收获。2004年我在法律出版社出版了两卷序跋集,即《法外说法》和《书外说书》。现在,这两卷已经容纳不下所有序跋的文字,因而这次将序跋集编为三卷:第一卷是《法外说法》,主要是本人著作的序跋集;第二卷是《书外说书》,主要是主编著作的序跋集;第三卷是《道外说道》,主要是他人著作的序跋集。序跋集累积下来,居然达到了一百多万字,成为我个人作品中颇具特色的内容。

第五,备忘录。2014年我在北京大学出版社出版了《立此存照——高尚挪用资金案侧记》一书,这是一部以个案为内容的记叙性的作品,具有备忘录的性质。该书出版以后,高尚挪用资金案进入再审,又有了进展。这次收入“陈兴良作品集”增补了有关内容,使该书以一种更为完整的面貌存世,以备不忘。可以说,该书具有十分独特的意义,对此我敝帚自珍。

“陈兴良作品集”的出版得到北京大学出版社蒋浩副总编的大力支持,收入作品集的大多数著作都是蒋浩先生在法律出版社任职期间策划出版的,现在又以作品集的形式出版,对蒋浩先生付出的辛勤劳动深表谢意。同时,我还要对北京大学出版社各位编辑的认真负责的工作态度表示感谢。

是为序。

陈兴良

2017年12月20日

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

前 言

1999年出版了我的第一部自选集《走向哲学的刑法学》，2008年又出版了第二部自选集《走向规范的刑法学》，2018年将出版第三部自选集《走向教义的刑法学》。此次，将三部自选集纳入“陈兴良作品集”同时出版。各部自选集出版时间相距10年左右，加上第一部自选集向前延伸的10年时间，是我跨度长达30年的刑法学研究黄金时代的研究成果的荟萃。而三部自选集的书名，也正好反映了这三个时期我的刑法学研究的主题。

从《走向哲学的刑法学》到《走向规范的刑法学》，这两个书名恰如其分地反映出我的第一次学术转向。

《走向哲学的刑法学》是从1988年开始到1998年为止，我在刑法哲学研究上学术努力的一个总结。1988年5月，我获得博士学位，完成了专业学习，开始从事刑法学的学术研究。这个时期的学术成果主要体现为刑法哲学三部曲：《刑法哲学》（中国政法大学出版社1992年版）、《刑法的人性基础》（中国方正出版社1996年版）和《刑法的价值构造》（中国人民大学出版社1998年版）。在这三部专著的创作过程中，我陆续发表了一些论文，这些论文是三部著作的精髓之所在。将这些论文结集出版，可以明显地看出我在这一时期对刑法哲学的学术兴趣。

以1997年《刑法》修订为契机，我开始从刑法哲学转向规范刑法学，同样出版了三部具有代表性的著作：《刑法疏议》（中国人民公安大学出版社1997年版）、《本体刑法学》（商务印书馆2001年版）和《规范刑法学》（中国政法大学出版社2003年版）。这对我来说是一次重大的学术调整。从1988年到1999年，我国刑法学研究正处于恢复期，尽管围绕着我国1997年《刑法》和司法解释展开了以服务于司法实践为主旨的刑法学研究，但受到苏俄刑法学传统制约，当时的刑法学研究尚处在一个较低的学术水平。以1997年《刑法》修订为起点，在立法发展的同时，也开始了一个理论更新的进程。对于我

来说,《刑法疏议》一书可以说是一个标志,从刑法哲学的研究,转而回到对刑法的注释,这本身就是一种学术关注点的转移。

在《刑法疏议》一书的前言中,我对这种学术兴趣的转移作了以下注解:“本书是我独自撰著的第一部严格意义上注释法学的著作。此前,我的学术兴趣主要在于刑法哲学,志在对刑法进行超越法律文本、超越法律语境的纯理论探讨,先后出版了《刑法哲学》、《刑法的人性基础》、《刑法的价值构造》等著作。当然,我从来不认为法学是纯法理的,也没有无视法条的存在。我总认为,法理虽然是抽象的与较为恒久的,但它又必须有所附、有所载荷,而这一使命非法条莫属。因此,对法条的研究是法学研究中不可忽视也不可轻视的一种研究方法,只不过它的研究旨趣迥异于法哲学的研究而已。中国是一个具有悠久的注释法学传统的国度,以《唐律疏议》为代表的以法条注疏为形式的法学研究成果是中华法律文化传统的主要表现形式。现在,我国不仅哲学研究基础薄弱,纯正的注释法学的研究同样后劲不足。《刑法疏议》一书力图继承中国法律文化传统,以条文注释及其详解的方法对刑法进行逐编逐章逐节逐条逐款逐项逐句逐词的注释,揭示条文主旨,阐述条文原意,探寻立法背景,详说立法得失。”上述论断,确实是我在写作《刑法疏议》一书时的心境的真实写照。未曾想,这一学术兴趣的转移,开始了我另一段学术生涯。

《本体刑法学》与《规范刑法学》的写作,正是循着这一思路而展开的规范刑法研究。在这一研究过程中,《本体刑法学》一书具有独特的意义。在方法论上,本书开辟了刑法法理学的研究领域——一种不依附于法条的刑法法理研究。在犯罪论体系上,本书构架了罪体—罪责的独到体系,在《规范刑法学》一书中进一步发展为罪体—罪责—罪量这样一个三位一体的犯罪论体系。尤其是,《本体刑法学》一书以一种体系性叙述的方式,对刑法知识进行了教科书式的整理。从《刑法哲学》到《本体刑法学》,对于我来说,是一个重大的学术转折。曲新久教授在评论我的这一学术转折时,采用了“回归”一词,我以为是妥帖的:“《本体刑法学》可以说是理论超越之后的一种朴素的回归——返璞归真,是刑法理论的一次软着陆,从批判教科书体系出发最终又回到教科书体系,不是刑法理论向教科书的简单回归,而是通过教科书体

系实现刑法知识的新积累与新提升,历史可能真的是在否定之否定中发展。”^①正是在否定之否定的历史循环发展过程中,我回归到规范刑法学研究。当然,这里的规范刑法学已经不是20世纪80年代苏俄刑法学的简单重复,而是努力重构大陆法系的刑法学术话语的一种自觉行动。尽管《本体刑法学》一书想“为读者提供理论刑法学的独具个性但又溶入学术公共话语的体系化知识全景”^②,但这种文本式的知识叙述只是一种学术个案,对于刑法学的方法论转型来说,作用还是有限的。

如果说,《走向哲学的刑法学》书名中的“哲学”一词,是指刑法学的研究方法,即力主将哲学方法引入刑法学,由此提升刑法学的理论层次。那么,《走向规范的刑法学》书名中的“规范”一词,具有双重含义,一是在规范刑法学意义上使用的“规范”一词,以此与《走向哲学的刑法学》书名中的刑法哲学相对应,表明本书是我在规范刑法学这一学术领域的成果汇集。在这个意义上,规范是指刑法规范,它是刑法学研究的对象,以此为内容的刑法学就是规范刑法学。二是在学术规范意义上使用的“规范”一词,以此反映我对刑法知识的规范化的渴望。我国传统的刑法学知识存在过多的政治化、意识形态化的遮蔽,因而容易混同于政治话语。我在《刑法哲学》一书的后记中指出的专业槽的命题,实际上是对规范的刑法知识的另一种表述。其实,建立刑法专业槽,意味着对刑法学术性的追求,这种刑法学术性的表现就在于学术话语的建立。在《刑法理论的三个推进》一文中,我曾经指出:“以往的刑法理论中,政治意识形态垄断了话语权,这种刑法理论是一种政治话语的重复。而刑法理论的发展,就是要终结政治话语在刑法理论中的垄断地位,形成刑法理论自身的话语,这种话语是自主的、自足的、自立的,因而具有科学性。这种刑法理论话语的改变,不仅是学术关注点的转移,而且是理论叙述语言的创新,理论叙述方法的创新。”^③这段话是我在写作《本体刑法学》一书过程中生发的感想、感触与感悟,也是我对刑法知识的规范化的认识。规范化的刑法知识之生成,存在“破”与“立”两个方面。正如曲新久教授深刻地

① 曲新久:《刑法哲学的学术意义——评陈兴良教授从〈刑法哲学〉到〈本体刑法学〉》,载《政法论坛》2002年第5期。

② 蔡道通:《理论与学术的双重提升——评陈兴良教授〈本体刑法学〉》,载《法制与社会发展》2002年第1期。

③ 陈兴良:《刑法理论的三个推进》,载《人民法院报》2001年2月9日,第3版。

指出的那样,哲学思维方式恰恰是“破旧”之利器:“陈兴良教授运用哲学方法打破意识形态的话语垄断与霸权——现在和今后的很长一段时间内,哲学尤其是哲学方法依然是打破意识形态话语的有力武器——恢复知识的客观性与中立性,做出了突出贡献,《刑法哲学》的最大学术价值和意义就在于此。”^①因此,刑法哲学研究在更大程度上具有学术革命的功用,但知识建设还是有待于规范刑法学的方法。在知识建设中,我们要充分认识到刑法知识的超文化性、跨国界性的特征,引入与借鉴大陆法系的刑法知识,作为我国规范刑法知识的基本平台。在此基础上,再学习英美俄以及其他国家的刑法知识,并加以本土化的改造,这才是我国刑法学的出路。离开了整个人类的刑法知识文化的历史传承,以为能够独创一套知识体系,这是完全虚幻的,最终不可能实现。因此,刑法知识的规范化应怀着开放心态结合本土国情而达成。

从《走向规范的刑法学》到《走向教义的刑法学》,是我的第二次学术转型,也可以说是一次学术提升。如果说,《走向规范的刑法学》中的“规范”,更多的是强调了研究对象的具象性,因而完成从对抽象的刑法理念的研究到对具象的刑法规范的分析。那么,《走向教义的刑法学》中的“教义”,就不仅是一种规范,甚至也不仅仅是一种方法,而且是一种信仰。这里的教义,也可以理解为教义学,即刑法的教义学。从这个意义上说,教义的刑法学也就是刑法的教义学,是法教义学的一个重要分支。在我国刑法学界,教义也称为信条,具有一定的宗教意味。我认为,无论是教义还是信条,都具有一种先验性,它是以某些先验于我们的知识前见而构成的。这些知识前见形成了一个学术话语系统,成为刑法研究的知识来源,在此基础上我们“接着说”。同时,它又是一种分析工具,利用这种工具,我们可以对现行刑法规范进行有效的法理分析。从“规范”到“教义”,尽管研究对象没有改变,但研究方法已经发生了性质上的变化。可以说,刑法的教义学研究才真正使刑法学成为一门规范科学。

刑法学走向教义学,这是以德日刑法知识的大量引进为前提的。在过去

^① 曲新久:《刑法哲学的学术意义——评陈兴良教授从〈刑法哲学〉到〈本体刑法学〉》,载《政法论坛》2002年第5期。

学术封闭的年代,我国的刑法理论研究只能停留在总结司法实践经验的基础上,其理论层次相对还是较低的。尤其是,在这种学术的“自说自话”的年代,刑法理论的成长是极为缓慢的。而引入德日刑法学,为我们打开了一扇通向世界的窗户,为我国刑法学术与世界接轨提供了可能的条件。由此,我国的刑法学术研究不再自外于世界的学术潮流,而是汇入世界性的刑法学术潮流。因此,对于刑法的教义学研究来说,必须经历的两个步骤是:学习和消化。学习是引入德日的刑法知识,引入的方法包括翻译介绍和对外交流。消化是实现德日刑法知识的本土化,利用刑法的教义学方法,对我国刑法进行研究。在这当中,刑法教义学的学术启蒙显得十分重要。

在教义刑法学研究中,我个人较为满意的学术成果是以下三部专著:《教义刑法学》(中国人民大学出版社2010年版)、《刑法的知识转型(学术史)》(中国人民大学出版社2012年版)和《刑法的知识转型(方法论)》(中国人民大学出版社2012年版)。值得说明的是,《刑法的知识转型(方法论)》是我2007年出版的《刑法知识论》一书的升级版,在这两部专著之间具有替代关系。因此作为知识转型的一种努力,我从2000年开始致力于刑法方法论的探究,尤其是对我国刑法学的苏俄化特征的描述以及去苏俄化的倡导,引入大陆法系犯罪论体系的不遗余力地疾呼。尽管传统的学术力量具有巨大的历史惯性,要想改变十分困难,但毕竟要有人站出来“不”,否则历史将永远重复、停顿而没有发展。

如果说,《教义刑法学》一书侧重于对德日刑法知识的介绍,那么《刑法的知识转型(学术史)》一书就是对我国刑法学术地基的一种清理,而《刑法的知识转型(方法论)》一书则是对我国刑法方法论的一种探讨。正是在《教义刑法学》一书中,我提出了“走向教义学的刑法学”这个命题。如果说“走向教义学的刑法学”是一个目标,那么,刑法的知识转型就是达至这一目标的途径。“刑法的知识转型”是我提出的一个重要命题,它与“走向教义学的刑法学”这个命题一起,成为近年来我的一种学术目标和学术标签。

收录在《走向教义的刑法学》一书中的是采用教义学方法,对刑法相关理论问题进行分析的论文,也是近年来我在刑法教义学研究领域的学术成果。其中,《刑法教义学方法论》一文,刊登在《法学研究》2005年第2期,是我国最早讨论刑法教义学的论文。该文曾经编入《走向规范的刑法学》一

书,这次重新收入《走向教义的刑法学》一书,使之回复到一个应然的位置,也成为我的刑法教义学研究的起始之作。同时,对其他两部自选集的若干论文也作了适当的调整。例如,在《走向哲学的刑法学》一书中,增加了《法学:作为一种知识形态的考察——尤其以刑法学为视角》一文,是我对刑法知识形态进行论述的第一篇论文。该文发表在2000年,时间上接近于《走向哲学的刑法学》的时代,也可以说是在刑法哲学思考基础上,对刑法知识进行整体性认知的起始之作,将该文收入《走向哲学的刑法学》一书更为妥当。此外,在《走向规范的刑法学》一书中增添了《刑法机能的话语转换》和《转型中的中国犯罪论体系》两篇论文。从三部自选集收录的论文来看,似乎《走向哲学的刑法学》和《走向规范的刑法学》两部书的内容更偏向于学理性;而《走向教义的刑法学》则更注重对刑法规范的教义学诠释,而不是对刑法教义学原理的论述。之所以如此安排,是因为我在《教义刑法学》一书中已经对刑法教义学原理进行了专题性的讨论。在此基础上,我认为更为重要的是借助于这种刑法教义学的分析工具,对我国刑法中的理论问题进行教义学的阐述,以此形成我国本土的刑法教义学知识。这当然只是一种预期,但我愿意在这个方向上继续努力。

三部自选集的重新出版,对于我来说,是一个对自己的刑法学术生涯的总结,而不是终结。尽管一个人的学术生命是有限的,在历史的坐标上,我们所能起到的只是一种过渡的作用。但我还是认为,在正确的学术道路上前行,才是一种不负使命的学术追求。

是为前言。

陈兴良

2007年11月5日一稿

2017年3月21日增写

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

目 录

刑法机能的话语转换	001
法的解释与解释的法	021
犯罪构成的体系性思考	037
犯罪论体系研究	069
犯罪论体系的位阶性研究	095
转型中的中国犯罪论体系	141
构成要件的理论考察	157
“无行为则无犯罪” ——为一条刑法格言辩护	171
刑法因果关系研究	187
从归因到归责:客观归责理论研究	199
故意责任论	227
过失责任论	241
目的犯的法理探究	255
违法性认识研究	269
期待可能性问题研究	291
间接正犯:以中国的立法与司法为视角	313
刑法竞合论	331
从威吓到忠诚:一般预防的话语转换	353
中国死刑的当代命运	373
宽严相济刑事政策研究	407

刑法机能的话语转换*

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,这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,有必要进行某种语词的界定。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,只不过是表述上的差别而已。笔者个人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。刑法机能也有学者称为刑法功能,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

* 本文原载《环球法律评论》2008年第1期。

① 参见[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第22—23页。

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

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。^①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。^②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。^③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、目的的并用的。例如日本学者西田典之从“刑法是为何而制定”的这一问题出发思考刑法的机能,对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。^④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)一书开宗明义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共同生活秩序的命题。^⑤当然,这里的“任务”一词在德文中是否与“机能”一词不同,这里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,这也是刑法的正当性问题,它在很大程度上决定着

① 参见周少华:《刑法理性与规范技术——刑法功能的发生机理》,中国法制出版社2007年版,第120页。

② 参见陈子平:《刑法总论》(上),台北元照出版有限公司2005年版,第8—9页。

③ 参见黄荣坚:《基础刑法学》(上)(第2版),台北元照出版有限公司2004年版,第10页以下。

④ 参见〔日〕西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第22—23页。

⑤ 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,中国法制出版社2001年版,第1页。

刑法的性质。

《中华人民共和国刑法》(以下简称《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。^①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。根据上述规定,1960年《苏俄刑法典》第1条第1款规定了《苏俄刑法典》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。

^① 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,法律出版社1984年版,第16页。

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在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,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,维护社会秩序、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,而是力图将它纳入到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,能否等同于刑法机能和刑法的目的?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

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

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

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

④ 参见张小虎:《刑法的基本观念》,北京大学出版社2004年版,第56—57页。

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,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。刑法的任务则介乎于两者之间;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,因而得出刑法的任务不能等同于刑法的机能的结论^②,笔者认为这是难以成立的。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到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“用刑罚同一切犯罪作斗争”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

^① 参见许道敏:《民权刑法论》,中国法制出版社2003年版,第64页。

^② 参见张明楷:《刑法学》(第2版),法律出版社2003年版,第32页。

^③ 参见高铭暄、马克昌主编:《中国刑法解释》(上卷),中国社会科学出版社2005年版,第32页。

中转换而来的,因此,刑法只不过是打击敌人的一种工具,通过打击敌人而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的后果所观察的机能。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^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护社会秩序机能是不妥当的,社会秩序与个人自由是相对应的范畴。

① 参见张明楷:《刑法学》(第2版),法律出版社2003年版,第30—31页。

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

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

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,我国学者高铭喧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。^①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或者是旧中国半封建半殖民地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。^②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

^① 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社1981年版,第22、24页。

^② 参见高铭喧主编:《刑法学》(修订本),法律出版社1984年版,第22页。

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指犯罪的人,而且包括裁判者本身。对此,我国学者李海东认为,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需法律的形式。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。^① 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,我国传统的刑法理论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。新中国建立以后,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。^② 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。

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

^① 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第4—5页。

^② 参见许道敏:《民权刑法论》,中国法制出版社2003年版,第55—56页。