

刑法机能研究

Research On Enginery Of Criminal Law

逢锦温 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

刑法机能研究

Research On Enginery Of Criminal Law

逢锦温 著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法机能研究 / 逢锦温著. —北京: 法律出版社,
2014. 6
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6393 - 5

I. ①刑… II. ①逢… III. ①刑法—功能—研究—
中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 093438 号



编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 慕雪丹
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 翟国磊

开本 A5
印张 8.5
字数 185 千
版本 2014 年 6 月第 1 版
印次 2014 年 6 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6393 - 5

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

内容提要

刑法机能是刑法精神和价值的诠释与实现。揭示刑法的机能,也就是揭示其赖以存在的前提与根据,亦即展示其灵魂。本书立足于刑法观念的革新与刑事法治秩序的建构,深入探讨了刑法机能的基本理论问题,从而为确立科学的刑法机能模式奠定基础。全文除前言外,共分为五章。

前言。以探寻刑法存在合理性为契机,提出刑法机能研究这一课题,并在简要分析国内外刑法机能研究现状的基础上,揭示刑法机能研究的理论意义和实践价值。第一,刑法机能研究有助于革新刑法观念,增强刑事立法与司法活动的理性自觉。第二,刑法机能研究有助于建构刑事法治秩序,充分发挥刑法在现代法治国家中的重要作用。第三,刑法机能研究有助于促进刑事立法科学化与刑事司法的公正。第四,刑法机能研究有助于刑法理论的发展与完善。

第一章导论。从机能的一般界定出发,深

人分析刑法机能的概念与特征,认为刑法机能是指刑法作为体系或部分,在一定的立法目的的指引下,基于其内在结构属性而与社会单位所发生的,能够通过自己的活动(运行)造成一定客观后果,并有利于实现刑法价值,从而体现自身在社会生活中的实际特殊地位的性能或功效。刑法机能具有以下特征:第一,刑法机能是刑法的性能或功效。第二,刑法机能体现了刑法与社会的关系,是一个关系范畴。第三,刑法机能与刑法结构相对应。第四,刑法机能的实现依赖于刑法的运行。在此基础上,辨析了刑法机能与相关范畴如刑法目的、刑法的任务、刑法的作用、刑法价值、刑罚机能(功能)的联系与区别。关于刑法机能的类型,认为应当从刑法目的中寻找刑法机能的分类标准,根据刑法机能实现刑法法益保护目的的方式不同,将刑法机能划分为社会保护机能与人权保障机能两种类型。进而对刑法机能类型的理论分歧作了简要介评。为从整体上把握刑法机能的演变轨迹,本章还从古代、近代、现代三个阶段对刑法机能的基本理念进行了阐述。

第二章刑法机能的基础。从刑法的性质、目的、价值三个方面探讨了刑法机能的基础。认为刑法性质之于刑法机能的基础意义在于:刑法性质决定刑法机能,刑法机能反映刑法性质。刑法目的之于刑法机能的基础意义在于:刑法目的指导刑法机能的设定,刑法目的有助于刑法机能的实现。刑法价值之于刑法机能的基础意义在于:刑法价值决定刑法机能,刑法机能实现刑法价值。

第三章刑法的社会保护机能。从社会变迁与社会形态的分析着手,认为刑法的社会保护机能是指刑法通过运用国家刑罚权惩治犯罪实现刑法保护个人法益、社会法益和国家法益目的的机能,体现了刑法对社会秩序的维护与控制。对此可从以下几个方面理解:第一,刑法的社会保护机能由刑法目的或任务决定。第二,刑

法的社会保护机能通过惩治犯罪而实现。第三,刑法的社会保护机能以国家利益、社会利益、个人利益的保护为内容。第四,刑法的社会保护机能是对社会秩序的维护与控制。第五,刑法的社会保护机能具有严厉性和最后性。关于社会保护机能与秩序价值的关系,本书认为,秩序是刑法的基本价值。秩序价值对刑法的社会保护机能具有基础性意义。刑法社会保护机能的协调与发展离不开秩序价值的指导与制约,社会保护机能的实现是刑法秩序价值实现的重要保障。对于社会保护机能的刑法体现,本书从刑法对国家法益、社会法益、个人法益和国际社会法益四个方面作了阐述。

第四章刑法的人权保障机能。从人权理念与现代人权的分析着手,认为刑法的人权保障机能是指刑法通过限制国家刑罚权的适用使犯罪人免受国家刑罚权恣意行使的侵害从而实现刑法保障公民个人权利目的的机能,体现了刑法对公民自由的保障。对此可从以下几个方面理解:第一,刑法的人权保障机能体现了国家权力自我约束机制和刑法法益保护之目的。第二,刑法的人权保障机能通过刑罚权的限制而实现。第三,刑法的人权保障机能以犯罪人的实体权利保障为内容。第四,刑法人权保障机能的深层意义在于保障全体公民免受国家刑罚权的非法侵害。第五,刑法的人权保障机能体现了刑法对自由价值的保护。第六,刑法的人权保障机能决定了刑法在人权法律保障体系中的特殊地位。关于人权保障机能与自由价值的关系,本书认为,自由是刑法的基本价值。自由价值是刑法人权保障机能的源泉和基础,人权保障机能是实现刑法自由价值的重要保证。对于人权保障机能的刑法体现,本书从刑法基本原则、刑法效力范围、犯罪及其成立、刑罚及其裁量、刑罚执行制度、刑罚消灭事由等六个方面作了阐述。

第五章刑法机能的模式与评价。本章主要探讨了刑法机能的关系、模式与评价问题,认为刑法社会保护机能与人权保障机能之间是对立统一,并在统一中有所侧重的关系。在评析我国理论界关于刑法机能模式诸观点的基础上,提出并论证了人权保障机能优先选择模式是我国刑法机能模式的理性选择。刑法是一定机能评价的记录。刑法机能的评价主要体现在立法与司法两个环节。

前 言

在人类灿若星辰的文化成果中,法律制度可谓是一种最为奇特的精神创造,它往往以一种最强烈的方式,集中而突出地表达一种体制,体现一种观念,作出种种要求。因而,在一种法律制度中,集中反映着一个民族、一个社会的基本价值观念,反映着当时人们对于自然、社会和人与人关系的种种看法与做法。在具体的法律制度、法律条文背后,有着极为复杂的社会思想因素。所以说,法律制度是一个国家、一个社会在一定时期内的物质生活条件的综合反映,是当时社会生活的整体折射。在人类历史上,自国家形成以来,不同时代、不同地域、不同民族所建立的国家、政权在自身的存续和发展过程中,都曾自觉或不自觉地把各自的民族精神、把最鲜明的价值观念熔铸到法律制度之中,由此形成了人类社会色彩斑斓的法律文化体系。^{〔1〕}

〔1〕 曹宪义主编:《中国法制史》,北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版,第 1 页。

作为法律制度重要组成部分的刑法制度,自然也承载着特定的民族精神和基本价值观念,并醇化成某种内在性能,在社会运行中发挥着积极作用。对刑法内在性能(外化为积极作用)的探讨,是刑法机能论的基本内容。刑法机能是刑法精神和价值的诠释与实现。

一切社会法律制度都以其所具有的一定的积极作用为其赖以存在的前提,刑法亦不例外。刑法因犯罪而生,但刑法是否仅仅为了犯罪而存在?现代犯罪学的研究成果证明,人之所以犯罪是由于社会的、自然的、内部的、外部的、必然的、偶然的等因素共同作用的结果。犯罪原因的多样性和复杂性表明,预防和消灭犯罪的最好方法是控制(抑制)犯罪的原因。刑法不是犯罪控制的唯一手段,甚至不是最好的手段。因此,刑法的存在除了犯罪控制外,另有其合理性。探寻刑法存在的合理性正是刑法机能所要回答的问题。揭示刑法的机能,也就是揭示其赖以存在的前提与根据,亦即展示其灵魂。

刑法机能问题是刑法基础理论研究中的一项重要课题。在外国刑法中,由于深受自然法思想、社会契约论以及实证主义的影响,对刑法机能的研究侧重于刑法机能的实现方面,如古典学派针对封建刑法的反动,力倡刑法的人权保障机能,并为刑法人权保障机能的实现设计种种制度保障,如主张客观主义刑法、道义责任论,倡导罪刑法定原则、罪刑相当原则、刑法人道主义等;又如社会学派,针对严峻的犯罪现实,力倡刑法的社会保护机能,并为刑法社会保护机能的实现设计种种制度保障,如主张主观主义刑法、社会责任论,倡导社会防卫论、不定期刑、教育刑等。当然,在古典学派和社会学派那里,刑法的社会保护机能与人权保障机能并不是二律背反、非此即彼的关系,只是强调的侧重有所不同。以后两派

的折中融合、相互吸收实际上是刑法社会保护机能与人权保障机能关系在新的历史条件下协调的结果及其在刑法理论上的反映。因而,笔者注意到,在外国刑法中,刑法机能(特别是人权保障机能)往往被贯彻于理论研究中并用来解决具体的理论问题。如德日刑法犯罪成立模式(构成要件符合性、违法性、责任)反映了刑法的人权保障机能。基于刑法的人权保障机能,“任何人不因思想受处罚”。^{〔1〕} 对外国刑事判决效力的积极承认,也贯彻了刑法人权保障机能的思想。^{〔2〕} 德日刑法中的新过失论(特别是被允许的危险的理论)的发展,就是基于刑法的社会保护机能,优先考虑社会的发展,体现了功利主义的衡量理论。^{〔3〕} 又如,紧急避险被刑法允许,正是出于社会整体考虑,其基点在于刑法的社会保护机能。^{〔4〕} 德日刑法理论围绕正当防卫范围的争论,可以看作是刑法机能关系问题在刑法理论与实践具体问题中的反映。^{〔5〕} 因而,在外国刑法中,刑法机能具有一种方法论上的意义,学者反而不大注意刑法机能的系统研究(也许这是笔者的误解),因此,在有关的外国刑法论著中(就笔者所掌握的资料而言),我们见到的多是关于刑法机能类型的篇幅不长的简单论述。但这并不表明刑法机能问题在外国刑法理论研究中不受重视,相反,笔者认为,由于经过长期法治主义的洗礼,刑法机能特别是刑法的人权保障已经深入人心,成为理所当然的事情,并自然贯彻在刑法理论研究之中,因而相对于刑法机能的系统研究而言,外国刑法理论关于刑法机能

〔1〕 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第126页。

〔2〕 张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版,第52页。

〔3〕 张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版,第234页。

〔4〕 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第244页。

〔5〕 张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版,第154页。

的研究更注重运用,处于刑法机能研究的较高层次。德国刑法学者格吕恩特·雅科布斯教授的著作《行为 责任 刑法——机能性描述》(冯军译,中国政法大学出版社1997年版)为我们展示了外国刑法机能研究的新视野,也为我们了解并推测外国刑法机能研究的状况以及论证笔者的上述推论提供了可能。

目前国内关于刑法机能的研究,总体上还处在起步阶段。反映在刑法教科书中,就是由过去没有论述或者没有专门论述刑法机能变为现在的设专节或者专题论述刑法机能,当然,基于刑法机能的不同认识,在一些比较权威的刑法教科书中,根本就没有刑法机能存在的余地。这多少也可以反映当前刑法机能研究的难度。专题研究刑法机能的论文虽时有出现,但毕竟数量极少,内容上的局限性很大。较为系统论述刑法机能的著述,主要有陈兴良教授的《刑法的价值构造》、李莉硕士学位论文《论刑法的机能》。陈兴良教授在其著作中用三章大约10万字的篇幅对刑法机能作了较为系统的阐述,但“刑法内容不足三分之一”。^{〔1〕}尽管如此,陈兴良教授的著作作为我们研究刑法机能提供了新视界,具有重要的启发意义。由于刑法机能涉及社会保护与人权保障,特别是人权保障机能,是以社会保护机能制约因素的面目出现的,因而出现了为数不多的专门论述刑法人权保障机能的论文。在其他一些刑法著作中,也或多或少地涉及刑法机能问题,但大都点到为止。这种状况的存在,不仅是刑法机能研究薄弱的表现,更是刑法机能研究薄弱的结果。系统研究刑法机能关系及其实现的著作尚付阙如。

面对国内刑法机能研究不系统、不全面、不深入的现状,选择

〔1〕 陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社1998年版,第700页。

“刑法机能研究”作为博士论文选题不能不说具有极大的诱惑力,但又无处不体现着风险。在此风险面前我曾踌躇过。毕竟,这是一个对“学术功底、问题意识、研究方法”要求都很高的课题。完成这样一个课题,对我而言不啻为一种学术冒险——尽管燃烧着的冒险激情没有让我太多地考虑激情过后的冒险结果将会怎样,即便如此,还是需要很大的决心和勇气。应当说,导师李希慧教授的热情鼓励和耐心指导给了我研究这一课题的信心,同时,刑法机能研究的下述意义也让我看到了完成这一课题的希望。

第一,刑法机能研究有助于革新刑法观念,增强刑事立法与司法活动的理性自觉。在刑法史上,刑法作为阶级统治的工具曾以其狰狞面目出现在世人面前,禁锢着个人自由的发展。因而近现代以前的刑法以法与宗教道德的不可分性、基于身份的不平等性、罪刑擅断主义、刑罚残酷性为特色,^{〔1〕}刑事立法与司法活动体现为理性自觉的匮乏和主体意识的失落,刑法仅仅具有单一的社会保护机能。经过16世纪末到18世纪西欧启蒙思想家们的努力,刑法获得了自由价值和人权蕴含。刑法的人权保障机能开始焕发生机。由此确立了刑法的社会保护机能与人权保障机能。在我国,几千年的专制传统使人们习惯于将刑法形象地比喻为“刀把子”,极言刑法的社会保护机能,忽视(忽略)刑法的人权保障机,否定了刑法的自由价值和公正价值。对刑法机能的这种片面认识必然影响到刑事立法活动的科学性与刑事司法活动的公正性。刑法以刑罚为规制手段,在一个社会中最敏锐地体现着国家权力与公民权利的关系,以及社会的现实价值观念和社会对源于本身的

〔1〕 马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社1996年版,第1页。

弊病的责任感与态度。“是我们文化状态最忠实的反映并表现着我们国家占主导地位的精神状态”。(耶赛克语)因此,刑法机能研究为我们观照刑事立法与刑事司法提供了一个新的视角,带给人们的首先是观念的变革。基于刑法机能的思想变革不仅可以使人们对刑法有一个全新的科学认识,摆脱“刑法万能”的认识误区,使立法活动更具科学性,同时也有助于刑事司法活动理性化,充分发挥刑事司法活动的能动性,从而切实有效地实现刑法机能。

第二,刑法机能研究有助于建构刑事法治秩序,充分发挥刑法在现代法治国家中的重要作用。在刑事领域建构一种法治秩序是当前中国社会有序化的一项迫切要求。刑事法治秩序的形成,涉及诸方面的问题,至关重要的一项是树立刑法权威。能够赢得民心从而使刑法成为大众信仰的对象是刑法权威得以树立的关键;以此塑造大众对刑法的信仰是刑法摆脱工具主义羁绊的最终途径。“法律是功能性的”,^[1]只有大众懂得哪些是法律的功能时,大众才能很好地使用法律。刑法对社会的影响程度,在一定意义上取决于刑法机能的状态和结果。低能的法律难以形成真正的法治。如果不去充分挖掘刑法的机能,便无从认识,当然更无从去营造一个机能完善的刑法制度,更不可能真正重视和发挥刑法的应有作用。刑法机能研究向人们揭示了刑法的社会保护机能与人权保障机能及其互动关系,强调了刑法人权保障机能优先选择的价值取向,从而使刑法成为保护主体最高利益(自由)和社会正义的权威根据。而要达此目标,必须使刑法充分体现对主体、对社会的目的价值,并使法律蕴含着能给个体指点迷津、给社会设置前景

[1] [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第578页。

的内容。这不仅要求立法公正,而且要求司法公正。只有这样,来自公众内心自觉而非社会外部强制的刑法信仰才能得以确立,刑法权威才能真正树立起来。因此,刑法机能研究,正是着眼于我国现代刑事法治社会的建设,其归宿也将最终落脚于刑事法治秩序的实现上。

第三,刑法机能研究有助于促进刑事立法科学化与刑事司法的公正。刑法既是行为规范,又是评价规范,更是裁判规范,只有最大限度地满足特定社会普遍信奉的公正观的刑法才可能受到公民的尊重、支持与遵守。刑法失去了公正性,则即失去了人们赖以遵守的重要基础,既达不到指引人们行为的目的,亦会使人们失去对他人犯罪行为的评价。刑法机能的充分发挥可以最大限度地实现刑法的公正价值。因而,刑法机能的实现不仅依赖于刑法的公正性,同时还反作用于刑法公正性的实现,是检验刑法科学性的重要尺度。为了实现刑法机能,立法者必须科学地安排刑法的结构体系,使罪刑关系的设定有助于刑法机能的充分实现,从而促进刑事立法的科学化。在刑事司法活动中认真贯彻刑法的人权保障机能,不仅可以克服长期形成的威吓观念与重刑传统,而且还可以有效地维护社会秩序并促进良好秩序的生成。能够充分实现刑法机能的司法必定是公正的司法。刑法机能研究为促进刑事立法科学化与刑事司法公正提供了可能。

第四,刑法机能研究有助于刑法理论的发展与完善。刑法机能是指刑法作为体系或部分,在一定的立法目的的指引下,基于其内在结构属性而与社会单位所发生的,能够通过自己的活动(运行)造成一定客观后果,并有利于实现刑法价值,从而体现自身在社会生活中的实际特殊地位的性能或功效。刑法机能体现的是刑法与社会的关系。只要把刑法与社会相联系,刑法机能问题就是

一个必须加以很好解决的重要问题。刑法机能不仅是刑法社会学的重要范畴,而且对推动刑法理论的发展与完善具有重要意义。对此,机能主义刑法学的创始人、德国著名刑法学者雅科布斯教授有过精辟阐述:“所有值得称道的现代刑法的理论领域,从客观的归属(die objektive zurechnung)到规范的责任概念、从存在规范无认识时免除义务的可能性到把先行行为(Ingerenz)视为义务根据的可能性等,只从纯粹的法系统内部的角度、不考虑法规范的机能,是不可能发展起来的。”〔1〕正是基于刑法的人权保障机能,德日刑法犯罪成立的收缩型模式、英美刑法犯罪成立的双层构成模式日益完善,关于量刑制度与行刑制度科学与完善的理论探讨不断深入。基于刑法机能的科学模式,可以对我国刑法的结构体系、犯罪构成、刑罚结构、量刑和行刑的理论及制度进行评判与反思,为理论研究提供新的视角,从而体现我国刑法理论研究的人文关怀,进一步推动我国刑法理论的发展与完善,使我国的刑事司法活动更具理性色彩。

马克思曾经提出这样一个科学研究的方法论原则:“一个时代所提出的问题,和任何在内容上是正当的因而也是合理的问题,有着共同的命运:主要的困难不是答案,而是问题。因此,真正的批判要分析的不是答案,而是问题。”“问题就是公开的、无畏的、左右一切个人的时代声音。问题就是时代的口号,是它表现自己精神状态的最实际的呼声。”〔2〕因之,每一个历史时期的法学研究,包括刑法学研究,都应当参与生动的现实生活,密切关注自己

〔1〕 [德]格吕恩特·雅科布斯:《行为 责任 刑法》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,第104页。

〔2〕《马克思恩格斯全集》(第40卷),第289页。

的时代所提出的种种问题,反映并解读时代的各种关系,使之成为时代精神的体现。在启蒙时代以前,刑法机能的问题尚未引起争议,自从启蒙思想家们提出“天赋人权”之后,罪刑法定原则得以确立,刑法机能问题便成为刑法学中的基本问题。在我国由计划经济转向市场经济以后,特别是在加入 WTO 彻底融入全球经济一体化的国际大家庭和签署国际人权两公约即《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》后,如何协调处理刑法社会保护机能与人权保障机能之间的关系并在我国刑法中确立科学的刑法机能模式,是当代中国刑法发展的时代问题,也是刑法学发展的根基问题。

本书的写作,在指导思想,立足于刑法观念的革新与刑事法治秩序的建构,深入探讨刑法机能基本理论问题,^{〔1〕}确立科学的刑法机能模式。在研究方法上,以辩证唯物主义与历史唯物主义为根本方法,结合历史研究法、比较研究法、社会学研究法等方法,注重刑法学与其他学科的交叉,同时注重理论联系实际。在研究内容上,首先从机能的一般界定出发,分析刑法机能的概念与特征,其与相关范畴的界限,刑法机能的分类,刑法机能的历史演变。其次探讨刑法机能的基础。最后是关于刑法机能本体问题的研究。主要包括刑法的社会保护机能与人权保障机能的存在基础、刑法界定、内容、表现及其与刑法价值的关系,刑法机能的关系、评价及模式定位。

〔1〕 刑法机能的实现是笔者拟定的刑法机能研究框架的重要内容,是刑法机能研究实践价值的集中体现,涉及立法、定罪、量刑、行刑、刑法解释、刑事政策、刑事程序七个方面的制约因素及其克服,但囿于篇幅,且考虑到本书关于刑法机能的基础理论研究可以保持体系上的完整,因而本书未作阐述。这一缺憾只好留待将来予以弥补。

西原春夫先生在谈到刑法根基问题的写作时说道,“撰写此类书,不仅要对原来专业领域有深刻的研究,而且必须具有其他学术领域的广博学问,而这又谈何容易”。“并认为即使不得已由自己来写,那也是艰苦之作,不到花甲之年是根本写不出来的”。^{〔1〕}这虽然是西原教授的自谦之语,但它反映出研究此类问题的素质要求和难度。显然,就我的学识和阅历,研究刑法机能这样一个“刑法的根基问题”的资格便不能不受到质疑。但我愿意为此付出自己的真诚与努力,虚心接受诸位专家学者的批评指正,以期他日真正获得研究这一问题的“资格”。

〔1〕〔日〕西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,上海人民出版社1991年版,前言第1页。