



普通高等教育“十一五”国家级规划教材



21世纪法学系列教材

刑事法系列

外国刑法学概论

李春雷 张鸿巍 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



普通高等教育“十一五”国家级规划教材



21世纪法学系列教材

刑事法系列

外国刑法学概论

主 编 李春雷 张鸿巍

副主编 聂立泽 房绪兴

撰稿人 (按撰写章节为序)

张 璇	房绪兴	聂立泽	苑立志
许志强	胡 隽	张忠国	陈 琴
翁凯一	安 军	马红平	张 淼
王雪莲	赵 亮	王昭振	刘春花
叶希善	李春雷	张鸿巍	



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

外国刑法学概论/李春雷,张鸿巍主编. —北京:北京大学出版社,2011.6
(21世纪法学系列教材)

ISBN 978-7-301-16677-2

I. ①外… II. ①李… ②张… III. ①刑法-法的理论-外国-高等学校-教材 IV. ①D914.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第119868号

书 名: 外国刑法学概论

著作责任者: 李春雷 张鸿巍 主编

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978-7-301-16677-2/D·2873

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> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京富生印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 24印张 456千字

2011年6月第1版 2011年6月第1次印刷

定 价: 40.00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 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

异花四季当窗放,出入分明在屏障(代序)

北宋词人潘阆在《酒泉子》一词中道:“长忆钱塘,不是人寰是天上。万家掩映翠微间。处处水潺潺。异花四季当窗放。出入分明在屏障。别来隋柳几经秋。何日得重游。”三两句间,已将昔日钱塘之美勾勒出来。钱塘之美,固然源自江水潮起潮落,但两岸花儿朵朵竞相绽放、繁花似锦,更将自然美景渲染酣畅、意境尽出。花丛之中,流水之间,倘若仅根植单一花品,不免显得过于单调,顿然游兴索然无味。

自清末沈家本变法维新以降,西学东渐日盛。百余年来,通过比较、吸收及借鉴国外刑法,本土刑法学追求司法公正、探寻刑法真意之路从未止息。无论是大陆法系、普通法系还是社会主义法系,均不难在历次刑法条文中寻觅到蛛丝马迹。

随着我国社会主义刑事法治建设的不断深入和健全,社会各界对刑法适用之现代化重视程度亦不断攀升。衡量刑法现代化标准甚多,国际化即为其中重要考量之一。在日益开放的21世纪,经济全球化、科技全球化及政治全球化席卷而来,进一步加强对外国刑法的深入研究,对推动我国刑法理论之完善起着不可或缺的积极作用。在深入探析大陆刑法理论最新进展的同时,近年来国内刑法学界对英美刑法特别是美国刑法的探讨更日趋重视,相关成果逐渐刊行于世。为此欢欣鼓舞的同时,我们亦希冀可以为比较刑法研究倾一份心、尽一分力,于是便有了编写这本教材的初衷。

聚沙成塔,幸得国内多位从事比较刑法研究之专家学者惠允,结合各自研究所长,分别阐释其对大陆刑法及英美刑法之理解与主张。本书共分大陆刑法及英美刑法两编,分梳为二十三章。所涉内容涵盖甚广,从犯罪之基本概念、分类、特征到犯罪构成要件,从保安处分到刑罚执行,从有责性、违法性到抗辩事由,从共犯到共谋,不一而足。主编及各章节撰写者均较长时间从事比较刑法之教学与研究,对其中热点、难点问题及最新进展了然于心,力图以扼要、清晰的文字阐释之。需要说明的是,外国刑法学涵盖甚广、体系博大精深,限于研究水平和时间,本教材所探讨之外国刑法集中在刑法总论部分。

“异花四季当窗放”。所谓“异花”,暗含万花间争奇斗艳之意。缺乏比较法视野的外国刑法研究,注定缺乏重点,容易迷失方向,既把握不了别人,也易迷失了自我。主编及各章节撰写者以比较法贯穿写作始终,除比较大陆法系与英美法系各自刑法之特征外,还有意识地适当比较了两大法系在相近概念上的差异,

以及传统大陆刑法与英美刑法对我国刑法理论的借鉴。“出入分明在屏障”。所谓“出入分明”，亦暗含比较并非目的、借鉴才是方向之意。受限于不同政治、经济及文化差异，大陆刑法及英美刑法在许多内容上均表现出较大差异性。拨开云雾见青天，更为重要的是，尽管两大法系在刑法重要术语及基本概念上千差万别，但其后隐约可见的理念、精神仍有许多共同之处，即均致力于促进刑事法治之实现，推动刑法框架与所在司法区或法域（jurisdiction）现实情况大体相适应。

希望此书对于推动比较刑法研究之深入有点滴借鉴作用，为我国刑法理论之完善尽一己之绵薄。对我们而言，编写这样一部外国刑法教材是首次尝试，限于水平及时间，书中势必有许多疏漏之处。尚祈海内外贤达不吝教正，以便再版时修订。

李春雷 张鸿巍 谨识

2011年4月

目 录

上编 大陆法系刑法学概论

第一章 刑法与刑法学概述	(1)
第一节 大陆法系刑法的概念	(1)
第二节 刑法的渊源与机能	(2)
第三节 刑法规范与刑法解释	(8)
第四节 刑法学概述	(13)
第二章 近代刑法理论的发展	(18)
第一节 刑事古典学派与刑事实证学派	(18)
第二节 学派之争与现代刑法理论的形成	(23)
第三章 刑法的基本原则	(32)
第一节 刑法基本原则概说	(32)
第二节 罪刑法定原则	(33)
第三节 法益保护原则	(43)
第四节 罪刑均衡原则	(46)
第四章 刑法的适用范围	(51)
第一节 刑法的时间效力	(51)
第二节 刑法的空间效力	(52)
第五章 犯罪论概述	(56)
第一节 犯罪的概念和本质	(56)
第二节 犯罪的成立要件和分类	(59)
第三节 犯罪论的体系	(61)
第六章 构成要件符合性	(65)
第一节 构成要件概述	(65)
第二节 实行行为	(73)
第三节 结果与危险	(83)
第四节 因果关系	(88)
第五节 构成要件的故意与过失	(94)

第七章 违法性	(95)
第一节 违法性概述	(95)
第二节 违法阻却事由概说	(98)
第三节 正当防卫	(101)
第四节 紧急避险	(108)
第五节 其他阻却违法事由	(113)
第六节 可罚的违法性	(122)
第八章 有责性	(125)
第一节 责任概述	(125)
第二节 责任能力	(129)
第三节 责任故意	(135)
第四节 责任过失	(142)
第五节 期待可能性	(146)
第九章 未遂犯	(151)
第一节 未遂犯概述	(151)
第二节 障碍未遂	(154)
第三节 不能犯	(158)
第四节 中止未遂	(162)
第五节 预备犯	(167)
第十章 共犯	(169)
第一节 共犯理论概述	(169)
第二节 共犯的分工分类法	(175)
第三节 共犯的处罚原则	(177)
第十一章 罪数论	(179)
第一节 罪数论概述	(179)
第二节 实质一罪	(186)
第三节 处断一罪与并合罪	(190)
第十二章 刑罚概述	(194)
第一节 刑罚的概念	(194)
第二节 刑罚的本质	(196)
第三节 刑罚权	(200)
第十三章 刑罚的种类	(202)
第一节 刑罚种类概说	(202)
第二节 生命刑	(203)
第三节 自由刑	(206)

第四节 财产刑	(210)
第五节 资格刑	(214)
第十四章 刑罚的适用	(216)
第一节 法定刑及其修正	(216)
第二节 刑罚的裁量、宣告、免除	(225)
第十五章 刑罚的执行	(231)
第一节 各种刑罚的执行	(231)
第二节 缓刑	(236)
第三节 假释	(243)
第十六章 刑罚的消灭	(247)
第一节 刑罚消灭概述	(247)
第二节 刑罚消灭的一般事由	(248)
第三节 复权	(253)
第十七章 保安处分	(255)
第一节 保安处分概述	(255)
第二节 保安处分的沿革	(257)
第三节 保安处分的种类	(260)
第四节 保安处分的理论基础和模式争议	(267)
第五节 保安处分适用的实体规定	(275)
第六节 保安处分的适用程序	(280)

下编 英美法系刑法学概论

第十八章 英美刑法概说	(284)
第一节 英美刑法的渊源	(284)
第二节 英美刑事立法的发展	(287)
第十九章 犯罪的概念与分类	(289)
第一节 犯罪概念	(289)
第二节 犯罪分类	(293)
第二十章 犯罪的本体要件	(299)
第一节 犯罪行为	(299)
第二节 因果关系	(304)
第三节 犯罪心态	(308)
第二十一章 抗辩事由	(315)
第一节 抗辩事由概论	(315)

第二节	年幼抗辩	(316)
第三节	精神病抗辩	(318)
第四节	错误抗辩	(324)
第五节	醉态抗辩	(325)
第六节	胁迫抗辩	(327)
第七节	正当防卫抗辩	(328)
第八节	紧急避险抗辩	(332)
第二十二章	未完成罪	(334)
第一节	未完成罪概述	(334)
第二节	犯罪教唆	(335)
第三节	犯罪共谋	(339)
第四节	犯罪未遂	(344)
第二十三章	刑罚及替代刑措施	(350)
第一节	刑罚种类	(350)
第二节	刑罚制度与执行	(355)
第三节	社区矫正制度	(357)
第四节	中间惩处措施	(363)
后记	(368)	

上编 大陆法系刑法学概论

第一章 刑法与刑法学概述

大陆法系与英美法系是相对应的一个有着悠久历史的法系。大陆法系(civil law system),又叫做民法法系、罗马—日耳曼法系、成文法系、罗马法系,欧洲大陆的国家多属于大陆法系,例如德国、法国、意大利等,日本等国家亦受到了大陆法系的影响。大陆法系起源于罗马法,在罗马法的基础上融入其他法律的成分。大陆法系内部有两个典型的具有代表性的分支——拉丁分支和日耳曼分支。其中拉丁分支的代表国家是法国,日耳曼分支的代表国家是德国。

第一节 大陆法系刑法的概念

现代意义上的“刑法”的概念(与“刑罚”相对应的刑法概念)出现在19世纪之后,19世纪之前,先后出现过“处罚”(poine)、“刑事的”(peinliches)、“刑事法律”(Kriminalrecht)几种表述方法,例如1952年德意志帝国的《查理五世刑事法院条例》(Gerichstordnung Kaise Karls V)即使用了“刑事”法律这一表述。现代各国的刑法的表述大体可以分为几种:一种是使用“犯罪法”的表述的,例如“criminal Law”,直译过来便是“犯罪法”;另外一种是同中文,直接使用“刑法”一词,例如《德国刑法典》为“Deutsch Strafrecht”,直译过来就是“德国刑法”;还有一种是取两方含义,既有“犯罪法”的意义,也包含“刑法”的意思,例如法国的“La loi pénale française”,既可以译为“刑法”,也有“犯罪法”的意思;再有一种就是在斯拉夫语系中适用的“刑事法律”的表述,例如俄国的刑法表述为“уголовное право”。无论是使用哪种名称,所指的意义都是相似的,正如日本学者大塚仁所说:“‘刑法’也好,‘犯罪法’也好,都主要是基于惯例的用于例,很难说具有实质的不同。”^①

德国的通说理论认为,刑法是基于国家的刑罚权而存在的,规定什么样的违

^① [日]大塚仁:《刑法概说》,中国人民大学出版社2003年版,第20页。

反社会秩序的行为是犯罪,以及作为犯罪的法律后果(刑罚)、规定矫治与保安处分和其他处分(充公、没收等)的法律。它是国家实施法治的重要保障手段。而在法国,刑法被认为是法律科学、制定法的一个分支,规定了犯罪的一般条件以及确定刑罚的一般规则,并在规定这些规则如何适用于各种犯罪,如何对各种犯罪予以处罚的法律。法国的刑法理论认为刑法不仅要规定犯罪存在的具体条件,还要规定相应的刑罚的性质与尺度。具体说来,刑法是:

- (1) 刑法是对犯罪行为的规定,确定什么是犯罪以及犯罪的轻重程度;
- (2) 刑法是规定同犯罪行为斗争的形式,为形势政策提供各种措施;
- (3) 刑法规定各种制裁措施,以惩治犯罪为目的。

这种具体的规定的目的是为了防止法律的专断,保证刑法社会防卫功能的实现。

刑法是法律体系的重要组成部分,为公法、实体法,它既是裁判规范又是强制规范,是由国家强制力保障实施的法律。从刑法规定的内容上来定义刑法的概念,毫无疑问,刑法是关于犯罪与刑罚的法律。之所以会出现上述刑法概念的分歧,是因为对“刑”字理解的不同。从广义上来理解“刑”字,因为对犯罪后的法律效果理解不同,造成了对刑法概念认识的不同。如果把法律效果理解为犯罪后的刑罚,那么刑法就是规定犯罪和刑罚的法;如果把法律效果理解为刑事责任,暂且不论这种责任是刑罚还是其他的处分(例如保安处分),则刑法就是规定犯罪及其刑事责任的法。在国外的刑法中,很多情况下“刑”包含的内容不仅是我们通常所讲的刑罚,而且包括保安处分。

第二节 刑法的渊源与机能

一、刑法的渊源

法律渊源(简称法源),最早来自罗马法的“fontes juris”(法的源泉),是指法的存在形式,是法官审理案件时必须遵守的准则。法律渊源具有多种意义:如历史渊源、本质渊源、效力渊源、形式渊源等。现在我们所说的法律渊源,通常是指法律的形式渊源或效力渊源,即由特定国家机关制定或者认可,通过不同方式创立的,具有不同法律效力或法律地位的法律形式,可以作为法官审理案件依据的规范或者准则来源。^① 我国法理学对法律渊源的通常定义是:法的创制方式和外部表现形式,是根据法的效力来源不同对法所进行的一种基本分类,也称作法

^① 参见法学百科全书:http://www.yadian.cc/wiki_list.asp?n=%B7%A8%B5%C4%D4%A8%D4%B4。

的形式。

厘清刑法的渊源,才可知刑法的效力来源。在大陆法系的各国中,其法律渊源也不尽相同,在这里我们着重介绍大陆法系的两个代表性国家——法国与德国的刑法渊源。

在法国,概括起来有以下几个刑法的渊源:

1. 国际条约与协定

在法国,国际条约与协定可以视为国内法律,当国际条约与协定与国内法冲突时,无论国际条约与协定先于或后于国内法律公布,国际条约与协定都具有优先适用的效力。《法国宪法》第 55 条规定:“依法批准或者认可的条约或者协定,自其公布起具有高于各种法律的权威。”

2. 本义上的法律

本义上的法律即成文法,是由立法机关(国民议会和参议院)表决通过的,这些法律是刑法的主要渊源。成文法以《刑法典》为主,法国现行刑法典是 1992 年刑法典,这部刑法典同时收录了一部分 1810 年以来法国的刑事立法。

3. 执行权力机关的法规

执行权力机关的法规,即行政法令与条例(类似于我国的行政法规),是《法国刑法典》的另一渊源。这一刑法渊源的情况可以以法国 1958 年宪法为分界,分为前后两个时期。

1958 年之前,法国行政法令作为刑法的渊源可以追溯到立法机关与执行机关一体的“混乱时期”,此时的法令、政令可以对刑罚作出规定,并可以规定犯罪条款。例如七月王朝、1945 年共和国政府都发布过类似具有法律性质的法令。这种法律性质的行政法令与法律有一点不同,即在对法令有异议时可以向最高行政法院申诉,当行政法令不合法时,刑事法官也可以拒绝适用,特别是法官认为其是超过立法授权的权限所作出的法令、抑或是不合法的行政法令属于一般性条例时。行政性条例也是《法国刑法典》的渊源,在法国,行政性条例是违警罪的主要法律渊源,行政条例主要包括:

- (1) 公共行政机关依法颁布的行政法令、条例;
- (2) 各部部长、省长、市长的条令;
- (3) 在围困时期的军事当局的条令;
- (4) 巴黎警察局局长的命令。

行政条例可以对犯罪作出规定,但无权规定刑罚;在如何适用法律的情况下,条例可以规定制裁性的事项,但是只有在《刑法典》和法律中已有一般性的规定的情况下,条例才可以作出适用的具体规定。条例对于法官没有绝对的强制力,法官可以因为认为行政条例不合法而作出不适用该条例的决定。

1958 年《法国宪法》颁布以后,依据执行权力机关的级别不同,作为刑法渊

源的执行机关发布的法规可以分为以下几种：

(1) 总统依据《宪法》第 16 条的规定发布的决定、法令；

《法国宪法》第 16 条规定：“当共和国体制、民族独立、领土完整或国际义务的履行受到严重和直接的威胁，并当宪法所规定的国家权力的行使受到严重阻碍时，共和国总统在同总理、议会两院议长和宪法委员会主席正式磋商后，应根据形势采取必要的措施。”^①总统依据此条规定所作出的决定、法令，他人不得向任何法院提出任何申诉。另外，1958 年《法国宪法》第 92 条^②的规定：“为筹设新机构，或新机构尚未设置前，为行使公权所需之立法措施，由部长会议于咨询中央行政法院意见后，以具有法律效力之条例规范之。在本宪法第九十一条第一款所定期限内，政府得依同样方式以具有法律效力之条例，规定本宪法国会两院之选举制度。在同一期间及同一情况下，政府得就所有事项，采取必要措施，以维护国家生存，保护国民及保障自由。”政府根据该规定于 1958 年 10 月 4 日至 1959 年 2 月 4 日期间行使执行权时发布的法令具有与议会通过的法律相等的效力。

(2) 经最高行政法院提出资政意见后发布的法令；

1958 年《宪法》第 37 条规定：“凡法律范畴以外之一切其他事项均属行政法规性质。法案具有行政法规性质者，得于征询中央行政法院意见后，以命令修改之。本宪法施行后所制定之法案，则须经宪法委员会确认其具有前述行政法规性质，始得以行政命令修改之”，依据此条规定，由政府指定的经最高法院提出资政意见后发布的法令，属于《法国刑法典》的渊源。

(3) 其他行政性规章；

这些规章具体包括：其他法令；部颁条例；省府条例和市府条例。

值得注意的是，这些规章虽然是刑法的渊源，但是只能根据它们所依据的法律来规定刑罚，不得超越该权限。若无相应的法律规定，这些规章只能规定罚金刑罚（最高 250 法郎）。同时，刑事法院可以以法规不合法为由来拒绝适用。

《德国刑法典》的渊源以刑法典为主，在刑法典之外，还有其他的刑法渊源：

(1) 未编纂的联邦刑法

这些为编纂的刑法主要是针对特定的行为人或特定的行为领域，规定在这

^① 此条已于 2008 年作出修正，法国现行宪法第十六条规定：“如果共和国的制度、国家独立、领土完整或者国际义务的履行受到严重的、直接的威胁时，以及宪法上规定的公共权力机构的正常活动受到阻碍时，共和国总统在正式咨询总理、议会两院议长和宪法委员会后，根据形势采取必要的措施。共和国总统应以咨文将此事告知全国。这些措施的宗旨必须是为了保证宪法上规定的公共权力机构在最短时间内获得完成其他使命的手段。关于此项措施，应征询宪法委员会的意见。议会自行召开会议。在[共和国总统]行使非常权力期间，不得解散国民议会。”

^② 该条已于 2008 年作出修正，法国现行《宪法》第 92 条规定：“为建立机构以及在机构建立前为行使公共权力所必需的各种立法措施，由内阁会议在征询行政法院意见后，以具有法律效力的法令制定。”

些特定的人或情境下行为的方式。例如针对外国人的规定、针对经济领域的规定等。

(2) 刑法典以外的刑法法规

这些法规没有编纂入《德国刑法典》，包括主要的刑法法规和附属刑法法规。主要的刑法法规主要包括：

A. 1974 年的《少年法院法》

规定了未成年人犯罪及其法律后果。

B. 1974 年的《军事刑法》

规定了联邦国防军士兵实施的所有犯罪行为以及联邦国防军非士兵的军官实施的特定犯罪。

C. 1975 年的《经济刑法》

主要规定保障供给领域的刑罚、罚金以及违反价格秩序的行为。

D. 1976 年的《税收条例》

其中规定了违反税收秩序的刑事处罚措施。

E. 1952 年的《道路交通法》、《道路交通条例》、《道路交通准许法》

规定了违反道路交通秩序行为的犯罪构成要件、原则，以及具体的违反道路交通秩序的行为。是规范道路交通秩序的主要刑法法规。

F. 1994 年《麻醉品法》

违反麻醉品秩序的行为，并包含了严重麻醉品犯罪的刑法性的规定，是规范麻醉品行为的主要刑法法规。

附属的刑法法规通常的做法是只规定刑罚，具体的禁止性的行为往往留为空白，因此常被称为“空白刑法。”这些留为空白的禁止性的内容会由适用其他部门颁布的法律法规，或者适用今后独立颁布的法律法规。

(3) 习惯法

习惯法不是由国家正式的立法机关制定颁布的，是得到普遍的承认以及具有社会法效力意志的规范，这些规范由于被法院的使用而具有类似法律的地位，经过 19 世纪的法典编纂运动后，一些习惯法被收入法典，成为成文法的一部分。例如《德国刑法典》中的“不纯正的不作为犯”，即属于由习惯法而来的成文法。即使是这样，习惯法仍然显现出其在《德国刑法典》中的重要意义，但是由于德国的学者主张立法者应当尽快将习惯法转化为成文的法律条文，因此笔者认为习惯法并非《德国刑法典》的正式渊源。

(4) 国际刑法

《德国基本法》第 25 条规定：“国际法的一般准则是联邦法律的重要组成部分。它们的法律地位高于其他法律，并且直接产生联邦境内公民的权利和义务”，基于本条的规定，国际刑法中一般性的准则是《德国刑法典》的渊源。1949

年《德国基本法》第25条第2款规定了国际条约经过转换可以在德国适用,但在1994年对《德国基本法》修订时删除了这一款的规定。

基于以上对德国、法国刑法渊源的介绍,我们可以归纳出在德法两国均承认的刑法渊源:

(1) 刑法典。刑法典是指立法机关以刑法或刑法典名称颁布的、系统规定犯罪、刑事责任、刑罚以及刑法适用的一般原则、规则及各种具体犯罪与刑罚的法律。^①

(2) 单行刑法。单行刑法是国家最高权力机关以决定、规定、补充规定以及条例等名称颁布的,规定某种或某类犯罪及其后果或刑法的某一事项的法律。

(3) 附属刑法。附属刑法是指国家最高权力机关制定的经济、行政等非刑事法律中附加的,对特定社会关系加以特别调整的罪行规范。

(4) 国际刑法。现在所说的国际刑法通常是指规定违反国际公法原则的犯罪及其制裁的法律,这些法律常常以国际条约形式表现出来,并被各国直接适用于本国或者转化为国内法适用。法国规定国际条约可以作为刑法的渊源,而德国最新修订的《德国基本法》删除了国际条约可以转化适用的规定,但没有对国际条约的适用作出新的规定。

此外,在解释刑法规定的犯罪构成要件时,可能根据条理来确定,但是条理并非刑法的直接渊源,因此不能够作为刑罚的正式渊源。习惯法也不能作为刑法的渊源,习惯法由习惯演变而来,属于不成文法,根据罪刑法定主义原则的要求,刑法需排斥习惯法,因此它也不是刑法的正式渊源,但是在有些情况下,如果刑法以立法的方式确定了习惯法的作用,则可以适用。

判例能否作为刑法的渊源,英美法系与大陆法系有着不同的做法。判例是英美法系国家的刑法渊源,由于其“遵循先例”、“法官造法”的传统,判例在英美法系国家刑事司法实践中具有非常重要的作用。而大陆法系国家一般不认可超出成文法范围而作出的判例为刑法的渊源,由于大陆法系国家是成文法国家,虽然也存在许多刑事案件判例,但固有的逻辑思维模式致使大陆法系的法官们不承认判例的法源地位,而更偏向于从成文法中寻找依据。但是随着社会的发展,判例在刑事司法中的地位越来越重要,也更加受到人们的重视,“从市值来看,判例如同法源一般地约束着法院的判决。”^②

^① 曲新久、陈兴良、张明楷、王平、张凌、李芳晓撰稿:《刑法学》,中国政法大学出版社2006年版,第四页。

^② 陈光中主编:《外国刑法学概论》,中国民主法制出版社2004年版,第8页,转引自著作:[日]西原春夫著:《日本刑事法的形成与特色》,法律出版社1999年版。

二、刑法的机能

“机能”一词来自西方,英语中为“function”,翻译为“机能”有些抽象,不容易理解。如果换一个汉语中大家比较熟悉的说法,就是“功能”或者“作用”,刑法的机能,就是刑法的功能或刑法的作用。关于刑法的机能有很多不同的总结和分类,国内有学者将其从总体上分为两大部分:一是规范机能,具体包括规范机能、评价机能、裁判机能;一个是社会机能,具体包括保障机能和保护机能。也有学者将其分为三个部分:规制功能、保护功能、保障功能;还有学者认为刑法具有以下机能:社会保护机能、报复的机能、预防的机能、法益保护机能、社会伦理机能、规制的机能、保障的机能;大陆法系中德国、日本的通说认为刑法具有三个机能:行为规制机能、法益保护机能、自由保障机能。从以上的各种说法来看,大都是基于总结与概括的方法不同而导致的区别,不存在大的观点分歧,对刑法机能的认定也都集中在规范、保护、保障这三个方面。下面举例说明德国、日本刑法通说的三个机能:

(一) 行为规制机能

行为规制机能,简单说就是规定和约束公民行为的功能,即在对犯罪行为作出明确的评价后,实现对公民行为的规范和约束。有学者将这种机能分解成评价机能和裁判机能,认为刑法首先是一种行为规范,表现为对触犯刑律构成犯罪的行为的一种否定的法律评价。因此,刑法的规范机能首先表现为评价机能。同时刑法不仅是一种行为规范,而且是一种裁判规范,通过刑法的裁判机能,约束司法者的司法活动,保证刑罚权的合法行使。^①可以说,刑法的行为规制机能不仅仅是规制普通公民,也包含了对法律适用者的一种约束。社会里的每个人都生活在一个需要与他人交往的环境中,而这个环境需要有一种秩序来规范,而这种秩序首先规范的就是个人的行为。人的行为不仅仅是由刑法来规范,还需依靠传统、习惯、道德等多方面的规范机制,刑法是这些规范机制中的“最后一道屏障。”有了刑法,一个社会的控制体系就完整地形成了。

(二) 法益保护机能

法益就是法律所保护的利益,但是这种利益具体是否包括社会伦理秩序还存在着争议。有人认为刑法保护的法益是刑法上的利益,而刑法利益与社会伦理秩序存在严格的区别,因此不能将社会伦理秩序归入法益的范畴内;但是也有人认为在最宏观上刑法保护的是社会公共秩序,而社会伦理秩序存在于社会公共秩序之中,因此法益应当包括社会伦理秩序。这两种说法均有可取之处,却不能互相说服,关于法益的争议还要继续下去。

^① 陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2003年版,第38—39页。

刑法并不是保护法益的唯一手段,但确实是最后的、最严厉的手段。当其他方法不能够充分保护法益时,刑法是最后一道防线。

(三) 自由保障机能

刑法通过规定犯罪及其法律效果对犯罪行为施以惩罚,一方面规定了国家刑罚权的使用范围、使用程度以及方式,保护犯罪人即普通公民的权利;另一方面保护了普通公民的合法权益不受非法的侵害,或者在公民的合法权益受到侵害之后能够最大程度地恢复,总体来说,刑法的自由保障机能就是保证所有公民的自由及其他合法利益。同理,按照罪刑法定主义的要求,当公民的行为不构成刑法所规定的犯罪时,就不受到国家刑罚的干预,他就是自由的,因而能保障善良国民的自由;对犯罪人只能根据刑法的规定进行处罚,不得超出刑法规定的范围科刑,这便保障犯罪人免受不恰当的处罚。^①因此刑法的自由保障机能被称为“大宪章”,因为它既是保护善良人的“善良人的宪章”,又是保护犯罪人的“犯罪人的宪章。”

第三节 刑法规范与刑法解释

一、刑法规范

刑法规范是以处罚犯罪行为为内容的,由国家制定和认可,并由国家强制力保障实施的,约束人们履行其义务、禁止人们实施犯罪行为,并规范法律适用者适用刑法的行为的法律规范。

刑法条文是刑法规范的载体,刑法规范都是以刑法条文的形式表现出来的;刑法规范是刑法条文的内容,但并不是刑法条文的全部内容,刑法条文中还包括原则与规则,这些不属于刑法规范。刑法规范与刑法条文也不是一一对应的关系,有的刑法条文中并不包含刑法规范,也有的刑法条文中包含几个刑法规范。概括来说,刑法规范有以下几个特点:

(1) 刑法规范是裁判的规范。刑法规范规定法律的适用者如何适用刑法来对犯罪行为作出裁定、判断,如何追究犯罪行为的刑事责任。这种规定的意义在于限制法律适用者的权利,即限制国家的刑罚权,在保证犯罪行为受到刑罚处罚的同时,保障犯罪人的合法权利,保障公民的合法权益。如果司法工作人员违反了刑法规范的规定,则要承担相应的责任。

(2) 刑法规范是禁止一般人实施犯罪行为的行为规范。刑法规范的行为规范含义是指刑法通过对犯罪行为的评价,给一般人以某种行为是可为或不可为

^① 张明楷:《外国刑法概要》,清华大学出版社2005年版,第6页。