

法学
阶梯
INSTITUTIONES

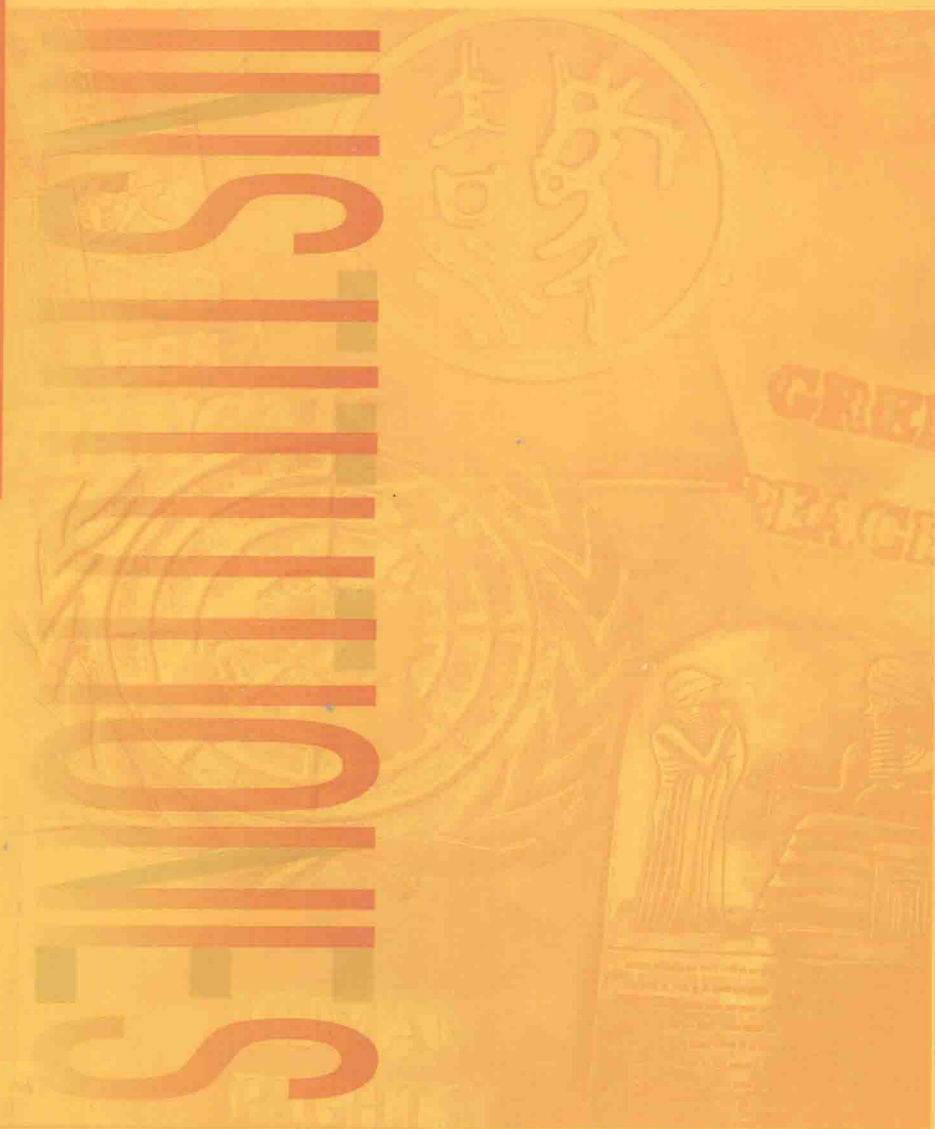
普通高等教育法学规划教材

| 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 Privisions 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/法律教育出版分社

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,分享智识,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

合该罪的形式构成,而且实质上也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。