

王世洲 著

从

From

比较刑法

Comparative Criminal Law

到

To

功能刑法

Functional Criminal Law

 长安出版社

从比较刑法到功能刑法

王世洲

北京大学法学院教授

长安出版社

2003年1月·北京

图书在版编目(CIP)数据

从比较刑法到功能刑法/王世洲著. —北京:长安出版社, 2002. 11
ISBN 7-80175-017-9

I. 从... II. 王... III. 刑法—比较法学—世界—文集
IV. D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 090549 号

比较刑法到功能刑法

王世洲 著

-
- 出版 长安出版社
社址 北京市东城区北池子大街 14 号(100006)
网址 <http://www.ccapress.com>
邮箱 ca@ccapress.com
发行 全国新华书店经销
电话 (010)85111378 65270593(传真)
印刷 北京才智印刷厂
开本 850 毫米×1168 毫米 1/32
印张 13.25
字数 310 千字
版本 2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷
印数 1—1000 册
-
- 书号 ISBN 7-80175-017-9/D·012
定价 25.00 元

(如有印装错误,本社负责调换)

序

整理出版自己的论文集，总结自己在刑法学领域做过的工作，反思自己的学术历程，对于规划与展望下一步的学术发展道路，是一件有意义的事情。

“从比较刑法到功能刑法”，我基本上遵循着学而后思，思而后写，写而后知不足，知不足而更学的规律前行。学习、研究、实践、再学习，典型地反映了我在刑法学研究领域的治学历程。

以比较刑法作为我的主要学术研究方向，有社会和个人两方面的原因。

从社会原因说，在我初涉刑法学的 20 世纪 80 年代，我国正处在大规模对外开放和积极推进社会主义法制建设的过程中。为了迅速完成从计划经济向市场经济的转变，建立起保护我国经济发展要求的法律体系，中国法学界急需了解西方发达国家的法律知识。作为一个想为国家和社会做一点工作的年轻法律工作者，在北京大学这个中外法律思想和法律文化的激荡交汇场所，我自然加入了比较法学的思想理论探求中。

从个人原因说，一方面，在浏览北京大学图书馆的藏书以及同法学界前辈们的交往中，我很快地发现，我国老一辈的刑法学家几乎都有过比较研究的重要经历，在向前苏联学习的年代里，他们翻译出版的前苏联的刑法学文献，是中国刑法学理论宝库中最初的一批成果。在他们中间，已故刑法学教授甘雨沛先生是一个典型的代表人物。甘先生在 70 岁以后出版了《外国刑法学》（上下册），80 岁以后出版了《比较刑法学大全》（上下册），他对比较研究的重视和取得的学术成就，对我的学术发展方向有着

重要的影响。另一方面，对国外刑法资料的学习和对比，促进了我所从事的中国刑法学研究，使我体会到了比较研究的重要性。

首先，比较研究可以提高研究效率。例如，在建设我国刑法中法人刑事责任的过程中，我通过系统地研究美国法人犯罪的发展历史，比较迅速地得出在刑法中对法人刑事责任的规定是可以分阶段逐步进行的结论，对我国刑法有选择地规定单位犯罪的立法模式提供了必要的理论支持。在我国法学界对法律解释的研究过程中，我也发现，由于缺乏对案例在大陆法系中所起作用的完整了解，在我国司法实践，包括刑事司法实践中，学者们和最高司法机关还不同意将案例作为解释法律的一种工具。很明显，如果我们清楚地了解了外国的理论成果，那么，我们在建设中国法治工程的过程中，可以节省大量的时间、金钱和精力，使我们的研究在新的方向和水平上进行，从而做出更有意义的贡献。

其次，比较研究可以开拓眼界。20 世纪 80 年代中后期，中国加快了对外开放的步伐，在国外投资者带给我们新的技术和管理经验的同时，国外犯罪分子采用的以前我们没有处理过的犯罪手段也在我国出现了。犯罪分子经常使用“国际通行做法”蒙骗对此尚不熟悉的人，例如，香港记者用金钱收买国家机密发表于报章上的行为，非法传销行为等等。通过比较研究和与外国同行交流，我发现，花钱买新闻的行为即使在香港，也是一种可以由廉政公署进行调查的刑事腐败行为；非法传销在美国和德国都早已是一种由刑罚加以禁止的犯罪行为。曾几何时，这些行为的刑事可罚性在我国还是颇有争议的。如果我们早就了解国外法律对类似行为的规定，不是可以有效地避免这些犯罪的危害吗？！

第三，比较研究可以为我国的刑事立法提供大量可供选择的参考材料。在长期的比较研究工作中，我注意到，尽管世界各国的政治、经济、文化、历史有所不同，但在犯罪和刑罚的规定方面，不同的国家却有许多相同之处，比如，杀人、盗窃、抢劫、

强奸在任何一个国家都被认为是犯罪行为；各国都考虑危害国家安全的行为问题；在允许证券交易的国家，也一定会面临如何处理证券欺诈行为。问题仅仅在于，各国对于这些行为的法律评价是不同的。例如，叛国罪在美国是由宪法而不是由刑法规定的；内幕交易行为在香港^①是一种由专门设立的“内幕交易审判处”审理的“民事错误”，而不是一种可以由法庭审判的犯罪行为；英美刑法中的法人犯罪，在德国法律中是由独特的“违反秩序法”加以规定的。由于对同一个危害社会的行为，不同的国度有各自的法律解决方案，因此，需要通过比较研究的方法，了解人类社会的法律文化，从中筛选或者改造出适合我国国情的法律方案，这对于推动我国的社会主义法制建设是十分有意义的。

当我带着中国的犯罪问题去考察比较西方法律的解决方案时，我体会到，了解国外的法律知识，不仅具有认识外国的政治、经济、历史、文化这样学术上的意义，而且可以帮助我们更深刻地认识我国的社会制度和法律制度的作用。犯罪刑罚问题既抽象地与国家和社会利益密切相关，又与每一位社会成员的利益紧密相联，具体地关乎每个社会成员为此可能支付的费用、做出的牺牲。比较研究的方法，有助于我们在全面认识了解国外的法律、制度、理论和社会的基础上，寻求到更合理的依法治国的方案。

我的比较研究课题，基本都以我国刑事立法中面临的重点和难点问题展开。除了本文集收录的论文外，我还围绕经济犯罪，撰写或者参与组织撰写了《美国经济犯罪与经济刑法研究》和

^① 香港是中国领土的一部分，但是，香港根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》享有高度的自治权和独立的终审权，有自己独立的法律制度。

《德国经济犯罪与经济刑法研究》^① 两部专著；针对量刑问题，翻译和组织翻译了《美国量刑指南》^②；针对执行难问题，组织研究并撰写了《欧洲共同体法律的制定与执行》。^③ 令人高兴的是，我的一些研究成果得到了国家有关机关的重视，在我国刑事立法工作中发挥了一定的作用。我也因此认识到，思想、原则、制度的宏观研究是必要的，但仅将研究局限在抽象的理论层面上又是不够的，要使理论研究成果转变为国家和社会享受得到的利益，还必须从社会的需要出发，详细说明具体做法、具体规定、具体程序，这样才能使自己的研究成果具有可操作性，从而使国家、社会和人民得到实在的理论好处。正是基于这一认识，我逐渐转到了功能刑法的研究方向上。

功能刑法是一个理论上的概念，尽管目前学者对该定义尚没有一致的看法，但我喜欢用这个词的直观意思来表述自己的思想，即刑法理论中的概念、原则、条件都具有一定的功能，或严格地说，都必须具有一定的功能。没有功能的理论要素是没有意义的，不能满足功能要求的理论是需要补充的，功能不恰当的理论要素是需要修改或者废除的。功能应当与刑法对社会的意义相联系，而不是与学者希望达到的某种个人利益相联系。

刑法并不是至上和永恒的。当社会发展使得刑法的存在和应用再无必要时，刑法就到了消亡的时候，研究刑法的功能也不再有任何意义。然而现今中国尚未发展到这样的阶段，中国刑法面

① 周密主编，王世洲副主编：《美国经济犯罪和经济刑法研究》，北京大学出版社，1993年；王世洲，《德国经济犯罪和经济刑法研究》，北京大学出版社，1998年。

② 美国量刑委员会编撰，《美国量刑指南》北大翻译组译，曲三强、储槐植、周密校，《美国量刑指南》，北京大学出版社，1995年1月。

③ 王世洲主编：《欧洲共同体法律的制定与执行》，法律出版社，2000年。

临的主要问题，仍是如何完善其理论体系和结构，以完成惩罚犯罪、保护人民的任务。功能刑法正是基于这一前提和基础而存在和发展的。

根据功能刑法的观点，刑法中任何理论要素，在各自的上下文中具有不同的功能。在具体犯罪中，形成该犯罪构成所必须的要素，包括肯定和否定要素，对于该犯罪的研究来说，都是重要的。刑法理论需要通过对这些要素的内容、存在条件及必要性等方面的取舍研究，考察刑法是否实现了对特定法益的保护，是否存在着保护不力或者扩大打击面的情况。在一般犯罪理论中，研究有关犯罪和刑罚的观点、原则、学说、政策、理论等要素也是十分重要的。由于刑法与政治学、哲学、伦理学、经济学等其他社会科学，以及与法学中的宪法学、法理学、法社会学、其他部门法学有着千丝万缕的联系，因此，功能刑法需要从相关学科的理论中分离出具有刑法学意义的理论。如果刑法学理论研究不探求一般社会科学原理和一般法学原理中的刑法学意义，就可能混淆一般理论与刑法学的具体理论，从而使刑法学理论丧失自己独立的品格。总而言之，刑法学是经世致用之学，是直接与国家的安危、社会的安定、人民的福祉紧密相连的学问。强调刑法的功能性，就是强调刑法与国家、社会和人民利益直接、紧密的关联性。

在现代社会，刑法的以下 3 方面的功能是应当特别注意的：

第一，刑法是授权法。该功能直接来源于法律的一般理论。法律在研究权利义务关系时，对于以剥夺特定人的权利、自由、财产、甚至生命的手段来实现自己任务的刑法，功能研究具有最基本的意义。功能刑法并不一般地研究刑法的惩罚性命题，尽管刑法执行的结果可能产生惩罚的效果。刑法的目的在于实现对特定社会利益的保护，在“罪刑法定”这一刑法基本原则的制约下，需要保护哪些社会利益，可以采取何种制裁手段，在什么样

的条件下，以怎样的强度予以保护，都需要通过刑法加以明确规定，因而，刑法的适用主体有权怎么做和无权怎么做，就是刑法学理论需要考虑的最基本问题。

第二，刑法是保护法。该功能并不局限于“刑法是犯罪人的大宪章”这一命题，而是更注重“刑法是社会的保护法”这样的任务。从防卫社会的角度说，刑法不能惩罚无罪的人，不能对罪轻的人适用不适当的重刑，这样的要求已经包含在刑法是保护法的功能中。在设定“刑法是保护法”的功能时，我虽然同意“刑法是社会对付犯罪的最后手段”的命题，但并没有完全接受“刑罚是对付犯罪的有效手段”的观点。尽管历史和实践承认，刑罚在对付犯罪中能够产生遏制力，但 100 多年的刑法理论和发展也证明，刑罚对犯罪的遏制力是有限的。当一个社会面对犯罪危害没有其他办法而只能动用刑法作为“最后手段”的时候，就只能考虑如何充分地利用这一有限手段，而不是滥用这一手段，这才符合刑法保护功能的要求。

第三，刑法是塑造法。该功能在中国社会变革时期应当得到特别重视和强调。刑法以基本的社会伦理作为自身的根据，通过对违反社会基本伦理要求的人和行为适用刑罚来维持社会的基本秩序，这就产生了对人的行为加以塑造的效果。在社会变革时期，刑法的这种功能被广泛地应用到行政管理和经济管理方面，从而成为塑造新社会和新经济的有力工具。从法学理论上说，当然可以研究和讨论如何限制刑法的这一功能，避免刑法不适当地扩张自身的适用范围。然而，刑法的这种对社会面貌的塑造功能却是客观存在的。正确地运用刑法的塑造功能，对社会利益的影响极大。

1997 年刑法典颁布之后，中国刑法理论界开始了新层次上的研究。我愿意整理和奉献自己的思想，与各位法学同仁共同探讨如何更好地发挥刑法在维护国家长治久安中的作用。

这本论文集能够出版，我应当特别感谢长安出版社和该社副社长、副总编辑徐立淳先生、陈小军先生的大力支持。该社和徐、陈二位先生关心学术繁荣、促进学术发展的义举，是特别值得赞赏的。

王世洲

2002年5月14日于北京椿树园

目 录

比较刑法篇

序.....	(1)
一、罪与非罪问题研究.....	(3)
中德划分罪与非罪界限的基本观念与基本方法的 比较研究.....	(3)
罪与非罪之间的理论与实践.....	(23)
边缘构成加酌定起诉	(39)
二、刑法改革与发展.....	(45)
各国刑法立法模式简况.....	(45)
欧洲共同体对刑法的影响.....	(49)
联邦德国刑法改革研究.....	(66)
三、经济犯罪与经济刑法.....	(89)
关于经济犯罪的几点比较研究.....	(89)
关于美国经济刑法中几个问题的研究.....	(125)
德国经济刑法百年回顾.....	(142)
美国预防行政官吏腐败的基本制度.....	(162)
德国环境刑法中污染概念的研究.....	(175)
四、刑罚与侦查措施.....	(200)
美国的死刑制度.....	(200)

警察圈套初探·····	(206)
-------------	-------

功能刑法篇

一、刑法基本问题研究·····	(217)
论中国刑法理论中犯罪概念的双重结构和功能·····	(217)
论我国刑法中罪过的内容·····	(238)
二、经济犯罪与经济刑法·····	(274)
行政机关、市场和经济犯罪·····	(274)
中国单位刑事责任问题的发展与展望·····	(278)
论中国计算机刑法立法与司法的完善问题·····	(286)
关于著作权法中刑事条款的立法思考·····	(304)
论证券犯罪·····	(311)
三、刑法适用研究·····	(313)
数罪并存状态下的正当防卫·····	(330)
关于适用刑法第 300 条的几个问题·····	(334)
四、死刑问题·····	(349)
论中国死刑的保留与限制及其对故意杀人罪的适用·····	(349)
五、犯罪学研究·····	(370)
论我国青少年违法犯罪原因之间的关系·····	(370)
犯罪学视野下的犯罪行为与犯罪人·····	(384)
六、刑事赔偿研究·····	(402)
关于检察院承担刑事赔偿责任的几个问题·····	(402)

比较刑法篇

一、罪与非罪问题研究

中德划分罪与非罪界限的基本观念与基本方法的比较研究^{*}

中国与德国同属大陆法系国家，从历史上看，德国刑法科学对中国法律的发展一直有着直接或者间接的重要影响。但是，中国法律与德国法律在一些重要的基本点上仍然有着各自的特点，其中，中德在划分罪与非罪的界限方面就是一个典型的例子。分析、研究、比较中德法律中各自的特点，对于加强中德两国法律科学界的相互了解和促进两国法律科学的发展，都是有积极意义的。

一、中德划分罪与非罪的基本观念的比较

罪与非罪的界限问题是以犯罪的存在为前提的。无论在德国还是在中国，犯罪成立的标准都是划分罪与非罪的基本标准：符

^{*}原文发表在《南京大学法律评论》1999年秋季号（总第12期），并被收录在范健、邵建东、戴奎生主编的《中德法律继受与法典编纂——第四届费彝民法学论坛文集》，法律出版社2000年11月版之中。原文标题为《中德划分罪与非罪方法的比较研究》，本文做了个别文字上的修改。

合犯罪基本标准的就构成犯罪，不符合标准的就不构成犯罪。

根据德国刑法关于“一个行为只有在法律明确规定刑事可罚性之后实施才能够受刑罚处罚”^①的规定，德国刑法科学一般认为，犯罪行为是指法律制度（Rechtsordnung）使用刑罚惩罚的各种人类的行为。^②另一方面，中国刑法在罪行法定原则的基础上^③采取实质定义的方法，在刑法典中规定了犯罪的概念。^④根据这个规定，中国刑法界一般认为，犯罪是指具有严重的社会危害性、刑事惩罚性和应受刑法惩罚性的行为。根据中德两国刑法规定和刑法科学的一般认识，可以看出，当代中德两国的犯罪概念都坚持法制的原则，认为“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”，同时在犯罪是一种侵害社会的行为、是一种违反刑法规定的行为、也是一种应当受到刑法处罚的行为方面，有着非常相似的认识。在对犯罪实质的认识方面，中德两国虽然对犯罪的实质根据的提法有不同，中国刑法一般认为，犯罪的本质属性

① 1, Strafgesetzbuch (StGB), Stand 1. April 1998.

② Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Auflage, Duncker & Humblot, 1996, S. 50. 但是，严格地说，这个概念仅仅具有理论的意义。在德国的刑事立法和司法中，原则上并不承认犯罪的一般概念。

③ 中国 1997 年刑法典第 3 条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑”。

④ 中国 1997 年刑法典第 13 条规定：“一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑法处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”

或者最基本的特征是“社会危害性”，^① 德国刑法一般认为，犯罪行为是一种“值得刑法惩罚的不法”，^② 但是，这里的“社会危害性”和“不法”的含义都是一种根据一定的目的对特定行为或者事实所作的评价。^③ 因此，犯罪的概念就成为中德两国刑法中决定犯罪成立的最基本的标准。

然而，中国刑法在犯罪概念方面这个基本标准中为划分罪与非罪的界限规定了一个德国刑法所没有的不构成犯罪的总要求。中国刑法明确要求，危害社会的行为在“情节显著轻微危害不大”的情况下，“不认为是犯罪”。^④ 也就是说，在中国，犯罪的成立不仅有定性上的要求——具有社会危害性，而且有定量上的要求——这种社会危害性必须达到一定严重的程度。根据这个一般要求，中国刑法在分则中对具体犯罪的规定中，大量地使用“情节严重”或者“情节恶劣”作为构成犯罪的条件，换句话说，

① 参看杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论（第二版）》，北京大学出版社，1998年，第48页以下；高铭喧主编：《新编中国刑法学（上册）》，中国人民大学出版社，1999年，第66页以下；杨春洗等著《刑法总论》，北京大学出版社，1981年，第88页以下。

② Die Straftat ist strafwuerdiges Unrecht. 见注2，p. 50。

③ 试比较 Prof. Dr. Walter Perron 的观点以及本人对此所作的评论，The Problem of Justification and Excuse in the Chinese Criminal Law, in Albin Eser/Haruo Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV, Beitrage und Materialien aus dem Max-Planck-Institut fuer auslaendisches und internationales Strafrecht Feiburg, Band S 48, p. 108。

④ 中国1997年刑法典第13条规定：“一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑法处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”