

应用刑法学 总论

YINGYONG
XINGFAXUE ZONGLUN

◎ 陈浩然 / 著



华东理工大学出版社

EAST CHINA UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PRESS

应用刑法学总论

陈浩然 著



华东理工大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

应用刑法学总论/陈浩然著. —上海: 华东理工大学出版社, 2005. 1

ISBN 7-5628-1621-2

I. 应... II. 陈... III. 刑法—法的理论—中国
IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 124178 号

应用刑法学总论

陈浩然 著

出版	华东理工大学出版社	开本	787×960 1/16
社址	上海市梅陇路 130 号	印张	23.75
邮编	200237 电话(021)64250306	字数	457 千字
网址	www.hdlgpress.com.cn	版次	2005 年 1 月第 1 版
发行	新华书店上海发行所	印次	2005 年 1 月第 1 次
印刷	上海长阳印刷厂	印数	4 050 册

ISBN 7-5628-1621-2/D·76

定价: 35.00 元



自序

刑法学究竟是什么样的学问？拥有“近代刑法学之父”桂冠的安塞尔姆·费尔巴哈，早年并不热爱刑法学。大学毕业后，为了继续获得父亲的资助，他被迫放弃了所钟情的哲学，按照父亲应“子承父业”的意愿，改而攻读刑法学的博士学位。他在博士学位论文的卷首，无可奈何地感叹道，“刑法学其实是面包的学问！”可见，费尔巴哈把研究刑法仅仅看成是一种谋生的手段。

然而，正是这位仅仅为了面包就断然放弃理想的青年学子，却在之后的学术生涯中开创了至今仍然左右着各国刑罚制度的“心理强制学说”，奠定了近代罪刑法定主义的思想基础。说实话，费尔巴哈时代，欧洲国家的大学生，真有不少人就是为了面包而选择法学专业的。而法学家们之所以热衷于枯燥乏味的法律文献学的解释，不厌其烦地创造、改变那些令人望而生畏的概念、命题、学说，根本的目的只有一个，早早地获得稳定可靠的社会地位，获得更多的令人羡慕的“面包”。于是乎，刑法理论空前繁荣，名目繁多的肯定说、否定说、折衷说、综合说，以及莫衷一是的主义、观点、原则……只要看一眼刑法的文献目录，一派欣欣向荣的景象就展现在眼前。不过，令人欣慰的是，无意插柳柳成荫，“面包的学问”、“人伦的学说”和“正义的情感”相互交错，为我们提供了丰富多彩的刑法文化遗产，良莠混杂之中不乏真知灼见、至理名言。

在刑法思想史上，打破注释刑法沉闷学术气氛的，当数异军突起的刑事实证主义。众所周知，从19世纪后半叶开始，随着资本主义经济的迅速发展，贫富差距的日益扩大，社会矛盾变得异常尖锐。恩格斯在分析资本主义社会犯罪形势时曾明确指出，“凡是稍微熟悉犯罪统计的人都会看出，犯罪按照特殊的规律性在年年增长着”，因为，“工厂制度流行的结果是犯罪数量到处在增加”（《马克思恩格斯全集》第一卷第623-624页）。面对不断恶化的社会治安形势，传统的古典主义刑法理论显得苍白无力。躲在书斋里，坐在铺着绿泥台布的桌子旁逐字逐句推敲、解释法律的学问，已经无法回应社会的基本要求。与此同时，不断发展和形成的人类学、社会学、统计学、遗传学、心理学和精神病学等相关学科，也从各个角度对犯罪问题提出了崭新的看法和探讨，客观上分化了关于犯罪的学科体系。这一时期，改善刑事政策的呼声因而不断高涨，放弃甚至排斥单纯的法典解释，则成了当时刑事法律科学的一个鲜明的思想



倾向。

但是,令人遗憾的是,实证主义的刑法理论也不是一剂包治百病的良药。尽管,以龙勃罗梭、菲利、加罗法洛为代表的意大利学派,以李斯特、耶林、戈德施米特为代表的德国学派为实证主义刑法理论的建设作出了极大的贡献,但面对依然日趋严峻的犯罪形势,天生犯罪人论、人格责任论、社会防卫论、特别预防论、社会责任论……同样是无能为力,同样是无可奈何。于是,意图根治犯罪的学术思想黯然退出了历史的舞台,回归古典主义的刑罚思想和法律技术理念重新抬头,由古典主义分析学派分化、发展而成的构成要件论、犯罪体系论、道义责任论、目的行为论重返学术殿堂,并从此牢牢占据了刑法学的研究阵地。平心而论,即使是在当代百花齐放的刑法学术园地中,以犯罪体系论为主导的新古典主义刑法理论仍然占有不可撼动的学术地位,注释性研究依然被刑法理论视为重要甚至是唯一的出路。确实,在当代刑法学的领域内,我们已经很难再发现像贝卡里亚那样激情洋溢的学说——米兰广场上贝卡里亚的铜像早已锈迹斑斑;我们已经很难再听到像龙勃罗梭那样惊世骇俗的理论——都灵解剖学院内龙勃罗梭纪念馆门可罗雀;我们已经很难再看到像李斯特那样纵横捭阖的分析——连德国人也抛弃了李斯特精湛的刑法学分论;甚至,我们已经很难再看到像费尔巴哈那样缜密细致的考证——巴伐利亚只记住了费尔巴哈的儿子——哲学家路德维希。

在当代刑法理论中,具有直接运用价值的研究大都以犯罪构成理论为主导,以刑事责任为依据,在此基础上进行各项刑法制度和原则的论述与分析,并对各类犯罪的表现形态,以及刑法规范与犯罪事实之间的相互关系进行比较和归纳,对刑事责任的归结途径、刑罚的适用及执行制度作出分析和解释,最终的目标是,建成一种有助于区分罪与非罪、此罪与彼罪的理论模型,并提出具有实践指导意义的定罪与量刑的思维方法。

一般而言,以刑法条文的详细注释为特征的研究方法,可称之为“注释刑法学”或者“规范刑法学”;在注释的基础上,进一步采用比较法和程序法的研究成果,为更加全面贯彻刑法的根本目的而提供理论依据的研究方法,则可称为“应用刑法学”。

不过,对刑法学的研究进行“理论”和“应用”的分类,并不是一种约定俗成的方法,刑法学术史上也鲜见这样的冠名。但是,这一分类又似乎具有相当的合理性。因为,“理论”和“应用”的区分,并不意味着两者在学术地位上的差异或相互独立。区分的本意在于梳理过于庞大的刑法理论体系,合理地排列不同层次的研究课题,以适应不同的教学、科研的需要和刑事司法实践的需要。

行文至此,突然想到,当年的费尔巴哈之所以鄙视刑法学,是因为当时的德国存



在着一股陈腐的学术风气。费尔巴哈曾揶揄道：刑法规定了盗窃罪，刑法学家就赶紧加以解释——所谓的盗窃罪，指的是“以占有为目的，使用秘密获取的方法，侵占他人的财产”的行为。然而，什么叫做“占有为目的”呢？刑法学家这样解释：“本来是别人的，想让它变成自己的”；那么，什么又是“秘密获取的方法”呢？刑法学家故弄玄虚：“就是不让别人知道”；至于什么叫“他人的财产”，刑法学家则玩了个“深刻”：“就是不属于自己的财产，而财产又可分为动产、不动产、现金、票据、实物……”。罢也！费尔巴哈怒斥道：“其实这不就是偷吗？”难怪，当年叱咤风云的费尔巴哈曾毫不留情地把刑法雄辩家比喻为“当代的诅咒师”。无独有偶，19世纪的俄罗斯人庆幸大音乐家柴可夫斯基法学院毕业后未去充当法学家，因为他们始终把法学看成是庸人出人头地的跳板。

时过境迁，云流风散。如今，在法治国家的建设中，我们既没有了费尔巴哈的烦恼，也忘却了俄罗斯人的担忧。我们总结历史，面向未来，我们既追求思想，也服务于社会。换言之，刑法学的研究也要与时俱进。

如此说来，刑法学还真是一门充满魅力的学问呢。

陈浩然 2004年秋于复旦园



目 录

自 序	1
绪 论	1
第一节 刑法的基本概念	2
一、广义刑法与狭义刑法	4
二、普通刑法与特别刑法	5
三、刑事刑法与行政刑法	6
四、禁止刑法和命令刑法	7
第二节 刑法的基本职能	8
一、社会功能上的职能	9
二、调整社会关系上的职能	9
三、法律意义上的职能	10
四、政策意义上的职能	11
第三节 新中国的刑事立法	14
一、过渡时期的刑事立法	14
二、计划经济下的刑事立法	15
三、1997 年以后的刑事立法	16
第四节 刑法与刑法学	17
一、古典主义刑法理论	19
二、实证主义刑法理论	23
三、现代折衷主义刑法理论	26
四、中国刑法理论的基本特征	33
五、刑法学的研究方向	37
六、应用刑法学的理论体系	40
七、刑法学与刑事法律科学	43



第一章 刑法概论	46
第一节 刑法的目的、根据与任务	46
一、刑法的目的	47
二、刑法的根据	49
三、刑法的任务	58
第二节 刑法的基本原则	61
一、罪刑法定主义	62
二、适用刑法人人平等原则	71
三、罪刑相适应原则	73
第三节 刑法的效力范围	80
一、刑法的空间效力范围	82
二、中国刑法的空间效力范围	87
三、刑法的时间效力范围	89
四、中国刑法的时间效力范围	92
第二章 犯罪和刑事责任	94
第一节 犯罪概念	94
一、犯罪概念的两重性	95
二、行为的社会危害性	97
三、行为的刑事违法性	100
四、行为的刑事归责性	106
第二节 刑事责任	109
一、刑事责任的基本原理	110
二、刑事责任的基本特征	114
三、故意犯罪与刑事责任	118
四、过失犯罪与刑事责任	129
五、过失的分类	136
六、过失竞合与同时犯	137
七、年龄与刑事责任	139
八、行为能力与刑事责任	143
第三节 刑事责任阻却	152



一、正当防卫	153
二、紧急避险	169
第三章 犯罪构成及其基本形态	176
第一节 犯罪构成概论	176
一、犯罪构成的理论价值	177
二、犯罪构成与犯罪体系	181
三、犯罪构成分类	186
第二节 犯罪构成要件	190
一、犯罪的客观事实要件	191
二、行为与结果之间的因果关系	199
三、时间、空间与手段	206
第三节 犯罪的未完成形态	207
一、犯罪预备	207
二、犯罪未遂	211
三、犯罪中止	217
第四节 犯罪的组合形态	219
一、共同犯罪的特征	220
二、共同犯罪的分类	224
三、集团犯罪与有组织犯罪	228
四、共同犯罪人分类	230
五、单位犯罪	237
第四章 刑罚概论	247
第一节 刑罚的基本概念	247
一、刑罚的基本特征	247
二、刑罚权的来源与依据	250
第二节 刑罚思想的演变	256
一、原始的报应刑思想	256
二、集权性威慑刑思想	257
三、宗教的赎罪刑思想	258



四、启蒙主义刑罚思想	260
五、自由主义刑罚思想	261
六、实证主义刑罚思想	262
七、新社会防卫论及其刑罚思想	263
八、恢复性刑事司法原则	264
第三节 刑罚的目的	266
一、一般预防论及其理论依据	266
二、特殊预防论及其学术价值	268
第四节 刑罚的种类	270
一、主刑	273
二、附加刑	286
第五章 刑罚的具体运用	293
第一节 量刑	294
一、量刑的一般准则	294
二、量刑的法定情节与裁判情节	297
第二节 累犯	300
一、普通累犯	301
二、特别累犯	302
第三节 自首和立功	303
一、自首	303
二、立功	305
第四节 数罪并罚	306
一、罪数	307
二、罪数论原理	312
三、数罪并罚	315
第五节 刑罚执行制度	319
一、缓刑	322
二、减刑	324
三、假释	326
第六节 时效与赦免	328



一、追诉时效	330
二、追诉时效的中断和延长	331
三、行刑时效	332
四、赦免	333
第七节 法定解释	334
一、刑法适用的变通原则	336
二、国家工作人员的范围与对象	337
三、人身伤害分类标准	338
四、首要分子	342
五、自诉罪	343
附录一 刑法学常用词汇中西文对照表	345
附录二 人名索引	355
附录三 用语索引	358
附录四 刑法条文索引	366
后 记	367



绪 论

犯罪是一个历史的命题。^①用以制裁犯罪的刑罚,同犯罪一样,产生于相同的历史条件。进一步说,规定犯罪与刑罚的法律也是一个历史的过程,刑法与人类文明同步发展,人类应用刑法制裁犯罪的能力随着社会生产能力的不断提高而提高。^②

一般而言,生产力的发展水平决定社会矛盾的性质和复杂程度。极端低下的生产力意味着社会矛盾相当单纯,解决原始生存竞争中发生的矛盾和纠纷,人们大都采取习俗、宗教或者战争的方式,社会生活秩序的维护尚无需也无可能依靠公共的强制力。“在以血缘为基础的史前社会组织,神的戒律和人所制定的规章尚未彼此分离”^③,人们还无须准确辨别亵渎神灵与破坏共同生活准则之间的区别。换句话说,早期人类社会,原始的社会生活形态尚不具备产生刑罚的物质条件,人们的思想意识中尚不存在犯罪的概念。因此,具有一定危害性的行为与惩罚危害行为的手段之间

① 当代人类学和社会学理论普遍认为,早期人类社会极端低下的生产力决定了社会成员是非标准的相对统一,单纯的生存斗争决定了社会意识的相对简单,人的意识之中尚无罪恶的概念,解决矛盾的主要手段是原始的血族复仇和同态复仇制度。在这一历史条件下,作为人类早期社会的行为规范、习俗、惯例、原始宗教和伦理道德准则之间并无本质的区别(参见:1. 宋林飞,《现代社会学》,上海人民出版社,1987年;2. 威廉·A·哈维兰,《当代人类学》,上海人民出版社,1987年)。也就是说,“在史前文明的漫长发展过程中”,“何为法律,何为道德,两者在很长一段时期内并无泾渭分明的严格区分”(叶孝信主编,《中国法制史》,复旦大学出版社,2002年,第3页),中国古代文献也表明,远古时期,“先王议事以制,不为刑辟”(《左传·昭公六年》),刑法是社会发展到了出现“乱政”时的特定产物。因此,早期中国的刑罚方法主要来源于战争,兵、刑之间有着紧密的联系,主要刑罚多为肉刑。史前古希伯来与古印度的刑法,则往往与宗教戒律合二为一,刑罚方法与宗教制裁相互混合。

② 德国刑法学家李斯特认为,“刑罚史的起始点与人类社会共同生活的起始点是一致的”,“我们有理由将刑罚视为原始的、本来的历史事实。我们将刑法视为法律发展的最初阶段和最原始的层次,将不法视为法及风俗的杠杆,无疑是正确的。”(《德国刑法教科书》,法律出版社,2000年,第29页)从现有的历史资料分析,李斯特的这一论述无疑也是正确的。比如,古巴比伦王国的《汉穆拉比法典》已有对杀人和其他人身伤害行为的处罚等内容。战国时期李悝编制的《法经》基本上就是一部刑法典。以《撒利克法典》为代表的“蛮族法”已经具备了刑法的基本要素。法国1791年刑法和1810年颁布的《法国刑法典》(也称“拿破仑刑法典”)被公认为是近代法制史上最早形成的精密而完善的独立刑法典。关于刑法的起源,历来存在着尖锐对立的观点,但主要的分歧缘起于对法律的不同理解。按照历史唯物主义的观点,犯罪与刑法产生于同样的历史条件,都同私有制的产生、阶级的分化和国家的形成紧密相关。国家制度越是完善,运用刑法的能力就越是强大,近代刑法已经绝非单纯而消极的惩罚法,而是国家维护秩序、保障权利的积极主动的法律体系,隐含着大量的政策目的。

③ [德]李斯特,《德国刑法教科书》,法律出版社,2000年,第29页。



仅仅表现为单纯的复仇和报应关系,社会生活中还缺乏刑法赖以生存的国家暴力。^①随着生产力的不断发展,社会矛盾趋于复杂,社会成员之间形成了斗争的关系。^②暴力性国家机器形成之后,人类社会希望运用权威机关全面干预社会生活以及各类私人纠纷的愿望日益强烈。一旦国家为了维护自己的权威和稳定社会的秩序,采用立法的方法明确表示严厉禁止危害社会的行为这一基本态度的时候,侵害与复仇之间的关系才被确定为犯罪与刑罚的特定刑事法律关系。反映国家关于犯罪与刑罚的意志、原则立场和技术规范的法律从此被命名为“刑法”,并且在长期的演变过程中逐步构成了独立而完整的法律体系。在长达数千年的发展史上,刑法始终是国家制裁犯罪、巩固统治、维护秩序和保障权利的重要法律工具。近代产业革命之后,犯罪的总量急剧增加,控制和预防犯罪成为维护社会统治的重要任务。^③在当代法制国家,刑法通过对犯罪的制裁而保障国家的生命和基本生活秩序,调整各类社会关系和利益关系,平息各种社会矛盾,保护各项合法权利和公民的人身权利,甚至参与社会资源的分配与调整、干涉高新技术及其他伦理思想的发展方向,发挥着其他任何部门法律都不可替代的社会功能。

第一节 刑法的基本概念

通常所谓的刑法,指的是关于犯罪与刑罚的法律规范,亦即规定犯罪及其法律后果的法律规范。详细地说,所谓的刑法,指的是体现国家意志的、以实现特定的任务为目的的、规定刑法的基本原则、效力范围、刑事责任的承担方式、犯罪的定义、犯罪

① 比如,早期人类社会解决矛盾的氏族复仇制度无需公共强制力的支持,复仇的冲动仅仅来源于氏族内部抵抗加害和维护生存的原始要求。氏族复仇的重要特征是自发性和结果的非对等性,复仇的对象并不直接针对特定的加害人,所追究的是对方部族的集体责任。较之氏族复仇,同态复仇的制度具有明显的进步意义,将复仇的损害控制在与被害相同的范围内,体现出社会意识中已经产生了规范的要求,但除了力图保障加害与被害之间质和量的等同性之外,引发复仇仍然不需要以公共强制力为基础。同态复仇的重要特征是控制复仇所造成的结果,只追究加害人个人责任的制度要求体现出防止纠纷无限蔓延的原始政策目的。

② 恩格斯曾强调,生产力的发展造成分配上的不平等,而劳动及其产品的不平等分配则促成了私有制,在私有制的社会条件下,生产和交换活动中都充满着彼此对立、相互冲突的关系,“这种冲突带有完全敌对的性质”(《马克思恩格斯全集》第1卷,第610页),敌对的状态致使不道德的行为发展到了顶峰,犯罪不可避免地发生。

③ 在自然经济的条件下,所谓的犯罪往往特指侵犯人类基本道德感情和伦理准则的自然犯,早期宗教意识中的罪恶,通常也就是严重的自然犯罪。19世纪以来,大工业化生产方式的确立,促使犯罪急剧增长,犯罪的类型日趋复杂,这是社会发展的必然规律。恩格斯在分析近代资本主义社会犯罪形势时曾明确指出,“凡是稍微熟悉犯罪统计的人都会看出,犯罪按照特殊的规律性在年年增长着”,“工厂制度流行的结果是犯罪数量到处在增加”(《马克思恩格斯全集》第1卷,第623-624页)。



构成的要件、定罪处刑的原则以及刑罚的种类和具体执行方法的法律规范的总和。^①刑法是关于国家利益和社会整体利益、涉及公民人身权利、财产权利以及其他基本利益的法律规范,是任何一个法制国家都必备的基本法律。刑法在法律上的地位,是仅次于作为国家根本大法的宪法的部门法律。在法律分类学的范围内,刑法则是惩罚法与剥夺法,刑法并不直接赋予公民任何权利,其保障社会利益的职能是通过其固有的惩罚方法间接地加以体现的。同时,刑法又是一种独立于其他法律规范的实体法,其精神实质与制度本质,同其依附的政治制度、社会文化环境和物质生活条件紧密结合。所以,不同历史文化环境中的刑法制度,往往成为区分不同法系的重要标志,不同社会制度之下的刑法,其本质往往具有明显的区别。当代社会,作为不同法系在形式上的明显区别——成文刑法与不成文刑法——已逐渐趋向于融合,但无论具有什么样的表现形式,刑法的根本任务完全相同,就是使用一切可以使用的方法,包括刑罚和非刑罚的手段,全面干预社会生活的各个领域。在漫长的发展过程中,为了更加全面地表达刑法制度的本质,为了给刑事司法提供更加确切的执行标准,逐步形成了各种不同的刑法规范的表现形态。因此,根据不同的渊源、不同的形式以及不同的作用范围,可以对刑法进行多种不同的分类。^②

① 如果站在不同的角度,或者依据不同的标准,甚至出于不同的目的,那么对刑法的本质加以定义就会形成不同的表述。比如,将刑法称为“规定犯罪与刑罚的法律”、“规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律”、“规定犯罪与刑事责任的法律”等等。从整体上分析,理论上之所以出现并无本质差异、但表述明显不同的关于刑法的定义,根本原因在于对刑事责任本身的看法与定位。在静止的意义上,刑事责任是一种评价标准,也即犯罪是否能够成立的重要因素,因而同大量必要的实体法要素紧密结合。但是,从互动的层面分析,刑事责任则同惩罚的后果及其承担方式紧密联系,是介于犯罪与刑罚之间的一个过渡性概念。事实上,刑事责任既非实质性的构成要件,也非确定性的惩罚后果,而是以刑事法律关系为主导的一个综合性命题。因此,刑事立法必然涉及刑事责任,但刑法更关心刑事责任在运动层面上的价值与作用。所以,简单地将刑事责任或纳入刑法定义的范畴,或排除其在刑法定义中的作用,都是不可取的。换句话说,对刑法加以定义,还取决于该定义所依赖的理论体系与思想原则,在力图建立一元性体系的当代中国刑法理论中,刑事责任的命题已被犯罪构成的概念所覆盖,在关于刑法的定义中再加入刑事责任的要素,无疑具有同义反复之嫌。

② 从国际法的角度分析,通过国际公约、多边条约等形式,对各类严重侵犯国际社会共同利益的犯罪行为予以必要打击、制裁的法律规范,通常被称为“国际刑法”。但是,所谓的国际刑法事实上具有不同层次上的含义,既指彻底消除管辖争议和价值偏向的国际刑事立法,即所谓的“世界刑法”或者“全球刑法”,又指国际公法范畴内与刑事犯罪的实体和程序相关的国际法,甚至还包括国内刑法在适用过程中发生的与国际法相关的规范、原则与制度。但是,无论从哪一个层面上分析,所谓的国际刑法,除理想中的“全球刑法”之外,其实质是既非单纯的国际法,也非单纯的刑法,更不是国际法加刑法,而是一个独立的法律范畴,具有其独立的体系、原则和目的。国际法意义上的国际刑法,不仅包括类似于刑法的构成要件的规范,还包括大量国际刑事司法程序的要求,甚至还包含广泛的证据规则、国际协助方式和刑罚执行要求的法律条款。比如,1998年开放签署的《国际刑事法院规约》(简称“罗马规约”),除对危害人类罪、灭绝种族罪和战争罪等国际犯罪的实体法构成要件加以详尽的规定之外,还对处理这类犯罪的程序与证据规则、犯罪人引渡和移管等执行条件加以详细的规定。再如,2000年12月开放签署的《联合国打击跨国组织犯罪公约》(简称“巴勒莫公约”)及其附属的三项补充议定书,除对有组织犯罪集团、拐卖人口犯罪、贩运枪支犯罪、洗钱犯罪



一、广义刑法与狭义刑法

以国家的名义颁布施行的,包括刑法典在内的,所有关于犯罪与刑罚处罚的法律规范的总和,称为广义刑法。通常,广义刑法由以下三部分内容组成:一、具有完整结构和完备体例的刑法典;二、针对特定的犯罪,在特定的条件下发生法律效力的单行刑法;三、行政法或其他法律、法规中关于犯罪、刑事责任和刑罚处罚的补充性规范,亦即通常所谓的附属刑法。广义刑法涉及社会生活的各个方面,构成庞大而完整的刑法体系。但是,也正是由于广义刑法的体系过于庞大,因而很难避免法条、概念或者构成要件之间的竞合与冲突。

被命名为“刑法”的、具有完整的法典形式的、对刑事犯罪、刑事责任以及刑罚制裁加以具体规定的规范性文件,称为狭义刑法。狭义刑法也就是通常所谓的刑法典,具有完备的法典结构体系,是刑法的基本表现形式。通常,狭义刑法对犯罪的概念、刑法的基本原则、刑事责任的依据、刑法的一般制度、各类犯罪的构成要件以及刑罚制裁的方法等基本内容加以明确的规定,因而是单行刑法以及其他刑事法律规范制定和适用的前提和基础。通常,刑法典的结构严谨而紧凑,法条之间具有严密的逻辑关系。但是,一部独立的刑法典很难全面概括犯罪的构成要件,因而往往需要援引其他法律、法规的更为详尽的规定。

(接上页)等实体法要件加以规范之外,还特别规定了引渡和司法协助等程序原则。从对已经生效的各项国际刑事条约的具体内容进行分析中,可以发现,其共同的特征是既广泛承认刑法的一般原则,如罪刑法定、主客观相互统一、责任要素、刑罚人道主义等,又明确提出了诉讼程序的要求,如无罪推定、一事不二理、沉默法则、反对自证己罪等等,但同时又按照国际社会相互妥协、协商一致的要求,对大量实体法和程序法的固有原则进行了必要的变通,如允许在一定的条件下溯及既往而无需考虑是否有利于被告、允许国际法庭针对特定的犯罪制定一系列具体的构成要件、允许证人不出庭作证而采取书面证词或电子传输的方式提供证言、承认普遍管辖的原则等等。因此,如果简单地运用国内刑法的一般原理来分析和界定国际刑法,往往会造成一系列的误解或错误的结论。换句话说,简单地对刑法进行“国内刑法”与“国际刑法”的分类,没有现实的依据,也无任何理论的价值。除此而外,刑法理论还按照其他不同的标准,对刑法进行诸如“形式刑法”与“实质刑法”、“充足刑法”与“空白刑法”、“权威刑法”与“自由刑法”、“危害刑法”与“意志刑法”、“行为刑法”与“行为人刑法”、“秩序刑法”与“经济刑法”等名目繁多的分类。从这一系列分类所依据的标准来看,往往产生同一范畴内相互交叉的现象,其根本的分类依据都没能跳出形式、职能和对象的范畴。

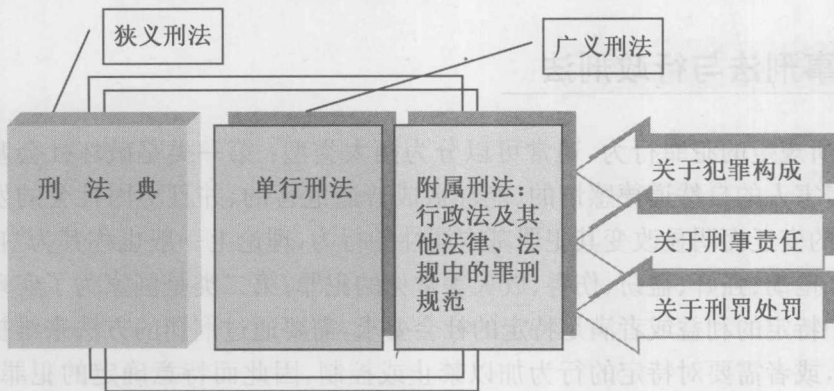


图-绪-1 广义刑法与狭义刑法

二、普通刑法与特别刑法

具有稳定而普遍的约束力,对普通刑事犯罪及其制裁原则加以全面规定的刑事立法,称为普通刑法。通常,普通刑法包括刑法典及其修正条款、补充条款、立法解释和具有一般法意义的单行刑法,对于常见的刑事犯罪具有广泛的适应能力。无论是谁,也无无论在什么样的时间和空间条件下,只要触犯普通刑法,都应当承担相应的刑事责任。普通刑法是刑法规范的基本存在方式和表达形式,反映国家对刑事法律制度的一般意志和原则立场。在理论的范畴内,所谓的普通刑法还包括在同一法典之中区别于特别法的刑法条款或具体的规定,而这一意义上的普通刑法,其效力往往低于特别刑法。

基于特定的目的而制定的,只适用于特定的对象、特定的区域或者特定时期的刑法——包括具有特别法意义的单行刑法——称为特别刑法,国家批准加入的国际公约中关于犯罪和刑事责任的条款,在一定的条件下也具有特别刑法的属性。特别刑法即针对特定的环境、行为或者行为主体而设计的特别惩罚规则,对普通刑法具有补充或者加强的作用。在刑法理论中,所谓的特别刑法通常具有两种不同的含义:一是相对于刑法典而言,具有独立形式或者独立存在的法律或者法规,这种法律形式对于随社会的发展而出现的新型犯罪或者新的犯罪形态具有较强的对应能力;二是刑法典中具有特别法意义的条款或具体的规定,这类条款通常具有区别于一般条文的



特别作用。根据法律的一般原理,特别刑法的效力往往优于普通刑法。^①

三、刑事刑法与行政刑法

刑法所规定的犯罪行为,通常可以分为两大类型:第一类是破坏社会基本生活秩序的、侵害人的自然道德感情的、能够造成普遍危害的、并且不因社会的发展或者政治制度的变迁而明显改变其犯罪基本属性的行为,理论上一般也称其为“自然犯”,比如杀人、抢劫、强奸、盗窃、伤害、放火等常见的犯罪;第二类是国家为了实现特定的政策、保护特定的利益或者满足特定的社会要求,需要通过刑罚的方法来维护特定的行政秩序,或者需要对特定的行为加以禁止或控制,因此而特意确定的犯罪,理论上通常称之为“法定犯”,比如走私、偷渡、交通肇事、生产或销售伪劣产品、组织黑社会性质组织等特定的犯罪。^② 自然犯即刑法与伦理道德共同谴责的行为,无须拥有专门的知识,人们通常都能辨别其固有的犯罪属性;法定犯则为法律单方面禁止的行为,其违法性主要来源于特定的立法目的和政策要求,单就行为本身考察,其社会危害性并不明显,甚至无法判断。从法律规范的内部逻辑结构上分析,自然犯与法定犯的根本区别在于刑法特别附加的、作为违法性判断依据的禁止性规定。

自然犯又称刑事犯,故在刑法理论上,一般可以将规定“自然犯”的基本特征及其制裁原则的法律规范称作为“刑事刑法”;法定犯又称行政犯,故理论上一般将规定“法定犯”的构成要件及其处罚方法的法律规范称作为“行政刑法”。“刑事刑法”的基本内容、表现形式和构成要件具有鲜明的承继性和相对的稳定性,罪名和具体的惩罚方法并不因为社会生活条件的改变而明显变化;“行政刑法”与社会制度和政策目的紧密关联,其具体内容、表现形式和构成要件,往往因为社会的发展或政策的转换而反映出典型的的目的性和明显的变动性,立法上因而经常出现行政违法有罪化、非罪化

^① 特别刑法与行政刑法的区别是相对的,两者之间并无绝对的界限。一般而言,特别刑法属于刑法典的附属性法律规范,具有刑法规范的形式特征。行政刑法则从属于行政法或其他非刑法的法律,是基于特定的行政目的或管理目的而设立的刑罚制裁性法规。当代法制国家的刑法典通常都参照法国 1810 年刑法首创的体例,由“总则”和“分则”两部分构成,除法律有特别规定之外,刑法典的总则对特别刑法和行政刑法都具有约束力。

^② 对犯罪行为作“自然犯”(delitto naturale)与“法定犯”(delitto legale)的区别,源于 18 世纪欧洲的自然法思想,但这种区别纯属理论上的分类,刑事立法通常不对犯罪作自然犯与法定犯的明确区分。但是,随着社会经济的高速发展,特别是大工业生产的出现,犯罪大幅度增长,运用刑罚的方法调整经济秩序、行政秩序和各类社会秩序的刑事立法大量涌现,形成了所谓的“法定犯自然犯化”的转变,一部分原先纯粹属于法定犯的行为逐步演化为常见、多发的刑事犯。同时,由于当代刑法的作用范围不断扩大,行政法规附加刑罚处罚的内容日益增多,相继出现了“劳动刑法”、“经济刑法”、“环境刑法”等重要的分类原则,犯罪的行政化倾向不断增强。因此,迄今为止,理论界对自然犯与法定犯、刑事刑法与行政刑法的分类依据和分类必要性等问题,并未形成一致的意见。从理论建设的角度说,首先将行政犯从整个犯罪体系中分离出来,构筑相对独立的“行政刑法”理论的,是德国刑法学家戈德施米特(James Goldschmidt, 1874 - 1940)。