



# 刑法总论问题论要

梁根林 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



# 刑法总论问题论要

◆ 梁根林 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

刑法总论问题论要/梁根林著. —北京:北京大学出版社, 2018. 5

ISBN 978-7-301-29435-2

I. ①刑… II. ①梁… III. ①刑法—中国—文集 IV. ①D924.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 061062 号

- 书 名** 刑法总论问题论要  
XINGFA ZONGLUN WENTI LUNYAO
- 著作责任者** 梁根林 著
- 责任编辑** 李 铎
- 标准书号** ISBN 978-7-301-29435-2
- 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>
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电子信箱** law@pup.pku.edu.cn
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印 刷 者** 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 650 毫米×980 毫米 16 开本 28.25 印张 448 千字  
2018 年 5 月第 1 版 2018 年 7 月第 2 次印刷
- 定 价** 69.00 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 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

## 作为刑法限制科学的刑法学(代自序)

梁根林

呈现在读者面前的这本文集,是我近年来关于刑法总论若干基本问题的学术思考的集锦,谨以此献给与我已经有着38年情缘的母校一百二十周年校庆。

我在北京大学法律系接受了法学本科、硕士与博士生阶段的教育,博士毕业后留校从教至今,受到了几代北大法律人,特别是那些追求学术自由、突出学术品位、注重理论建构刑法学科前辈的熏陶。恩师储槐植先生倡导的“刑事一体化”的观念与方法更是深刻地影响了我二十多年的刑法学术研究。根据储槐植先生的界定,刑事一体化的要义在于融通,一方面,刑法制度设计应当致力于建设结构合理、机制顺畅、内外协调、关注实效的动态刑法;另一方面,刑法理论研究必须打破学科隔阂,以犯罪学为基础,以刑事政策为引领,打通刑事实体法与刑事程序法、刑事执行法的学科界限。多年来,我谨遵恩师教诲,努力将刑事一体化作为观念与方法内化于心、外化于行,指导自己关于刑法理论体系建构与具体刑法问题解决的学术思考。

在秉持刑事一体化的观念与方法的同时,我时刻提醒自己,精确、精细与精致的刑法体系构建与具体问题思考,是刑法学科间知识融通与有效对话得以展开的基础。因此,刑事一体化既不意味着不要刑法学科分工,也不意味着刑法学术研究不必区分立法论的思考与解释论的努力。面对中国刑法学界实际存在的立法中心主义的刑法学术研究与解释万能主义的刑法学术研究偏向,我坚持认为,既不能以立法论的思维代替解释论的努力,未经适当与充分地解释就动辄批判甚至否定刑法;亦不能以解释论的强拗取代立法论的批判,甚至企图假借解释之名行创制刑法之实。

刑法解释应当充分而不过分,解释者应当在位而不越位,在解释论的努力穷尽的地方就是立法论思考的起点。

作为关于实定刑法解释科学的刑法学,并非仅仅对刑法条文字面文义进行语义学诠释,而是根据立法目的与法理逻辑,对刑法条文的规定特别是犯罪成立条件进行整序与体系构建的规范科学。面对作为解释对象的刑法条文,刑法学只能是一种刑法限制科学。我之所以坚持这一信念,首先是因为,虽然法谚说“法律不管例外的事情”,但这仅仅是指立法不管例外的事情,而司法不能不管例外的事情而无视个案正义。立法是立法者根据社会治理的需要,将某类事物的共性特征予以提炼、概括与表述,因而必然具有概括性、一般性和类型性。作为刑法条文基本存在形态的构成要件则是立法的概括性、一般性与类型性的典型形态。司法并非仅仅是根据法律规定(大前提)与个案事实(小前提)演绎推理出裁判结论的形式逻辑思维过程。一方面,法律条文的一般规定未必能够涵盖其文义范围内的全部事项,另一方面,个案事实虽然可能类型性地符合法律条文一般规定,却例外地具有有别于通常情况的特殊属性。无视法律条文与个案事实间可能出现的错位,径直根据三段论演绎推理得出裁判结论,必然会牺牲个案正义与司法公正。因此,作为实定刑法解释科学的刑法学与司法定罪思维模型的犯罪论体系,必须根据司法个案正义的目标,研究实定刑法概括性、一般性与类型性规定的适用边界,哪些类型性地符合实定刑法的个案事实却又必须阻却实定刑法的适用。正是基于这一基本认识,当代刑法理论体系特别是犯罪论体系才在费尔巴哈时代已经基本成型的犯罪构成理论的基础上,不断地发展出以构成要件该当性、违法性与有责性为基本构造的三阶层犯罪论体系或者以不法与责任为基本构造的二阶层犯罪论体系。不同的阶层犯罪论体系尽管要素、内涵与机能各有千秋,但重视个案事实的特殊性,充分考虑阻却刑法适用的各种法定事由或超法规事由,则是其共识。因此,以阶层犯罪论体系为核心的刑法学就必然表现为刑法限制科学。

作为实定刑法解释科学的刑法学之所以是刑法限制科学,同时也是因为作为解释对象的刑法条文的规范意义并非仅仅取决于法条的字面文义,而是同时也取决于立法者制定刑法条文的立法目的或者设置构成要件的保护法益。就此而论,所有的刑法解释其实都应当是合目的性解释。罪刑法定原则决定了刑法解释必须遵循形式的刑法文义解释在先、实质

的刑法目的解释在后的解释秩序,由此决定在刑法文义范围内对刑法规范意义进行合目的性解释的结果,往往是目的性的限缩解释,或者充其量是目的性的平义解释,而不可能是目的性扩张解释。其实,通常所谓目的性扩张解释只是对法条通常文义的合目的性的扩张,并没有亦不允许超越法条最大文义射程范围。这是以解释实定刑法为基本使命的刑法学是刑法限制科学的基本根据所在。

我之所以主张刑法学是刑法限制科学,还是因为当代刑法学正在经历刑法方法论由存在论向规范论、刑法体系构造由物本逻辑的犯罪论体系向机能主义的犯罪论体系转向的知识转型。以德国为理论源头的阶层犯罪论体系经历了以贝林—李斯特为代表的古典犯罪论体系、以麦耶、迈兹格、威尔泽尔为代表的新古典犯罪论体系与以罗克辛、雅各布斯为代表的机能主义犯罪论体系。古典犯罪论体系基于存在论的刑法方法论,主张构成要件是纯粹客观的、事实的、形式的法定行为轮廓,阻却违法事由只能限于法定的例外情况,责任要素除了责任能力外只能是作为纯粹心理事实的故意、过失。因此,古典犯罪论体系虽然因其强调构成要件的客观性、事实性与价值中立性而具有贯彻罪刑法定的自由保障机能,并因其承认法定违法阻却事由、区分客观不法与主观责任,而具有了刑法限制科学的过滤功能。但是存在论与物本逻辑的方法论又在根本上妨害了古典犯罪论体系作为刑法限制科学发挥机能的空间。新古典的犯罪论体系超越古典犯罪论体系之处在于,承认主观构成要件要素与规范构成要件要素,承认法秩序统一性原理之下的超法规阻却违法事由,特别是在心理责任论的基础上引入以期待可能性为核心要素的规范责任论,犯罪论体系各个阶层的判断日益超越存在论的刑法方法论,而走向规范化与实质化。但是,新古典犯罪论体系的规范化与实质化并非脱离事物的存在事实与物本逻辑制约,而是基于事物的存在事实与物本逻辑,以规范的立场与标准对事物的评价,使得刑法体系的建构基准由作为事实存在的评价对象变成了对对象的规范评价。由评价的对象到对对象的评价,进一步凸显了犯罪论体系的刑法限制科学的功能,使得根据古典犯罪论体系必须入罪的行为,在新古典犯罪论体系中却能够予以出罪。但是,新古典犯罪论体系没有超越物本逻辑的刑法方法论对刑法理论体系构建的根本制约,没有根据刑法的目的与任务这一刑事政策的机能导向构建刑法理论体系,满足自由法治国家对刑法学作为刑法限制科学的机能定位的更高期

待。因此,作为对新古典的犯罪论体系的超越而倡导的机能主义犯罪论体系主张:“不是按照存在论的标准(因果关系和目的性),而是按照刑事政策的目标设定(刑法的任务与具体的刑罚科处)来进行体系化构建”。具体说来,“刑法上的不法,要从刑法的任务中导引出来,罪责这一体系性的范畴,则要从具体的处罚目标中推导出来”(罗克辛语)。这种机能主义的犯罪论体系并不否定经过几代学人的学术努力精心构建的古典犯罪论体系、新古典犯罪论体系,而是在古典犯罪论体系、新古典犯罪论体系所追求的“概念性的秩序与明确性”的基础上,进一步强调刑法理论体系的效益性,即“与现实保持联系”“受刑事政策的目标设定的引领”。根据这一理论构想,一方面,原本存在论与物本逻辑范畴内得以归因的行为可能因没有创设、实现法所不容许的风险,或者虽然创设、实现法所不容许的风险但不在构成要件效力范围内,而阻却归属,从而否定该行为该当构成要件,阻却行为的不法。另一方面,行为人对其故意或者过失实施的该当构成要件的不法行为,即使可以肯定其规范责任论范畴内的有责性与应罚性,如果不存在用刑罚预防其犯罪的必要性,即缺乏需罚性的,仍然不应使其对该行为答责,仍然可以予以出罪。可见,机能主义的犯罪论体系在理论逻辑上必然得出较之新古典犯罪论体系更为严格地限制刑法适用的结论,从而进一步彰显了刑法学作为刑法限制科学的理论品格。

我本人曾经学习与研究本体论与立法论的刑事政策。近年来,在罗克辛所倡导的这种刑事政策导向的机能主义的刑法理论体系的影响下,我找到了刑事政策与刑法体系融通的结合点。那就是从观念性与信条性的刑事政策,即从刑法的目的、任务、规范与价值出发,机能主义地建构中国刑法理论体系,使得根据阶层体系构造建构的中国犯罪论体系能够满足逻辑自洽、体系一致、功能自足、目的理性的要求,更好地用于指导司法实践实现个案正义。在我看来,刑事政策与刑法体系在机能主义刑法理论体系中的贯通,不仅能够进一步彰显刑法学作为刑法限制科学的学术定位,而且在刑法理论体系构建的过程中真正实现了刑事一体化。

正是基于刑事一体化的观念与方法、刑法思维过程中立法论与解释论的区分、刑法学作为刑法限制科学的功能定位、刑事政策导向的机能主义刑法体系思维等基本学术立场,我对刑法的根基与哲学,刑事立法扩张与刑法教义限缩,罪刑法定原则与刑法合宪审查,刑法解释的目标、主体、形式、载体、过程与规则,犯罪定义模式,犯罪论体系的建构与阶层犯罪论

的中国化,但书机能与罪量类型,持有行为形态,构成要件的判断方法,构成要件的教义限缩,客观处罚条件,严格责任,预备犯的可罚性以及未遂犯的处罚根据等刑法总论重要问题进行了初步的探讨,提出了一些原创性观点。当然,迄今为止,我只是初步表达了自己的学术范式与学术立场,并结合刑法总论的一些重要问题进行了阶段性的思考,既不系统,亦不成熟,有待在今后的学术生涯中予以精雕细琢并予以进一步体系化。

是为序!

梁根林

2018年4月22日于北京大学陈明楼



# 目录

CONTENTS

## 第一章 刑法价值论 /001

第一节 刑法的根基与哲学——关于刑法价值的追问 /001

第二节 历史与现实——刑法绝对工具价值批判 /007

第三节 合理地组织对犯罪的反应——刑法价值重塑 /014

## 第二章 刑事立法论 /024

第一节 刑法修正案与刑事立法活性化、犯罪圈扩张 /024

第二节 刑法修正的维度与策略 /026

第三节 犯罪圈扩大立法趋向的实践合理性 /039

第四节 刑法修正不足与修法模式反思 /053

## 第三章 罪刑法定论 /065

第一节 刑法合宪审查与罪刑法定 /065

第二节 现代罪刑法定对刑法的合宪性制约 /068

第三节 中国罪刑法定的扭曲及其合宪审查机能缺损 /083

## 第四章 刑法解释论 /091

第一节 引言——为什么要重视刑法解释 /091

第二节 刑法解释的基点——刑法文本及其特殊性 /092

第三节 刑法解释的目标定位——形式解释论还是实质解释论 /097

第四节 刑法解释的本体——主体、形式与载体 /101

第五节 刑法解释的过程——方法选择与顺序安排 /106

第六节 刑法解释的规则——形式逻辑与辩证逻辑对规则生成的制约 /116

## 第五章 犯罪定义论 /126

- 第一节 犯罪定义：形式与实质 /126
- 第二节 外国刑法“立法定性+司法定量”的犯罪定义模式 /142
- 第三节 我国刑法“立法定性+定量”的犯罪定义模式 /147

## 第六章 犯罪体系论 /153

- 第一节 犯罪论体系建构——中国刑法学研究的知识转型 /153
- 第二节 师从苏俄——四要件犯罪构成理论的要旨 /155
- 第三节 效法德日——阶层犯罪论体系与“推倒重构论” /157
- 第四节 四要件犯罪构成理论的反击与完善 /167
- 第五节 游弋于“维持完善论”与“推倒重构论”之间的“改良改造论” /168
- 第六节 中国犯罪论体系建构之评说 /175

## 第七章 罪量要素论 /181

- 第一节 但书机能与罪量类型 /182
- 第二节 法定罪量的体系定位 /187
- 第三节 但书的出罪机制与涵摄罪量 /193
- 第四节 扒窃入罪的但书适用与涵摄罪量 /198
- 第五节 扒窃入罪与刑法变迁 /207

## 第八章 持有行为论 /214

- 第一节 “无行为则无犯罪”与持有型犯罪 /214
- 第二节 持有型犯罪的行为方式——作为、不作为抑或第三行为形式？ /216
- 第三节 持有型犯罪构成的刑事政策功能 /220
- 第四节 持有型犯罪的刑事政策选择——积极倚赖还是慎重谦抑？ /227

## 第九章 构成要件的规范判断论 /232

- 第一节 醉驾型危险驾驶罪构成要件与暗示罪量要素 /234
- 第二节 醉驾型危险驾驶罪客观构成要件的规范判断 /239
- 第三节 醉驾型危险驾驶罪主观构成要件的规范判断 /243
- 第四节 该当危险驾驶罪构成要件的醉驾行为的出罪事由 /249
- 第五节 醉驾型危险驾驶罪与相关犯罪的关系 /251

**第十章 构成要件的教义限缩论 /269**

- 第一节 网络技术的代际变迁与传统犯罪的网络化 /269
- 第二节 传统犯罪网络化:不法变异与归责障碍 /270
- 第三节 传统犯罪网络化的刑法应对:纯正网络犯罪的创制 /278
- 第四节 构成要件的教义限缩——以拒不履行信息网络管理义务罪为例 /283

**第十一章 客观处罚条件论 /294**

- 第一节 责任主义作为刑法基本原则 /294
- 第二节 责任主义的例外——客观处罚条件的挑战 /299
- 第三节 客观处罚条件的体系地位 /311
- 第四节 客观处罚条件的中国问题 /323

**第十二章 严格责任论 /330**

- 第一节 问题的引出 /330
- 第二节 严格责任的政策分析与法理解读 /332
- 第三节 对域外法定强奸严格责任的解构 /348
- 第四节 我国法定强奸立法的解读 /355
- 第五节 走出困境的路径:从“厉而不严”到“严而不厉” /365

**第十三章 预备犯的可罚性论 /376**

- 第一节 预备犯的构成特征与处罚原则 /377
- 第二节 预备犯普遍处罚原则的困境 /379
- 第三节 预备犯普遍处罚原则的司法救济与限缩 /399
- 第四节 预备犯处罚原则的立法重构 /410

**第十四章 未遂犯处罚根据论 /418**

- 第一节 嬗变:未遂犯处罚根据论 /419
- 第二节 评说:未遂犯处罚根据论的选择与刑法的主观化、客观化 /425
- 第三节 检验:不能犯的可罚性与未遂犯处罚根据论 /430

# 第一章 刑法价值论

## 第一节 刑法的根基与哲学—— 关于刑法价值的追问

国家为什么制定刑法,对刑法寄予什么期望,通过刑法的制定与适用期待刑法达到什么目的,是一个直接关系刑法存在的根基的刑法价值哲学问题,也是一个直接制约国家刑事政策走向和刑法运作机制的重大实践问题。

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的刑法法规的总称。但刑法法规不同于刑法规范。刑法法规表达刑法规范,是刑法规范的载体,刑法规范是从刑法法规中抽象出来的,它包含于刑法法规之中,是刑法法规的内容和实体。作为一种规范,刑法规范首先是行为规范。刑法规范作为行为规范指向的对象是社会公众,它通过行为规范的评价功能和意思决定功能评价和规范社会公众的行为。所谓评价功能,是指刑法规范对危害社会行为进行社会政治和法律的否定评价,在法律上明确规定了哪些危害社会的行为应受刑罚惩罚,通过刑法预先规定行为构成犯罪的标准,为社会公众提供评价人们行为的标准,使社会公众可以据此对特定的行为进行价值判断和法律评价。而意思决定功能则是指刑法通过规定犯罪与刑罚的对应关系,向人民发布保护法益的命令,要求人民自我抑制犯罪意念,作出不实施犯罪的意思决定。<sup>①</sup> 对于人民的评价功能和意思决定功能体现了刑法作为行为规范的促进机能。但是,刑法规范不仅是行为规范,而且是裁判规范。当然,也有学者认为刑法规范不仅是行为规范和裁

---

<sup>①</sup> 参见〔日〕福田平、大塚仁:《日本刑法总论讲义》,李乔等译,辽宁人民出版社1986年版,第4页。

判规范,而且还包括制裁规范。如日本刑法学者野村稔认为,刑法规范是作为动态的行为规范、制裁规范,并且作为审判规范发挥其机能的。他认为,刑法规范对于实行行为首先行动并起作用的是行为规范的评价机能,当根据法益的状况而对行为作出的无价值的评价的场合,决定机能开始发挥作用,刑法对于无价值的行为作出禁止为该行为的命令(禁止规范),或者命令作出被评价为有价值的行为(命令规范)。而当最终的本来的结果发生以后,刑法规范作为行为规范的机能已经不能发挥作用,而作为制裁规范,经过以下过程,使刑法规范的存在得以恢复,并得到确认,即对该结果在刑法规范上的无价值或有价值作出事后的客观的判断,并且与行为本身的违法性一起(行为规范违反性),对该行为人的行为全体的最终的违法评价予以确认并予以宣告。最后,以根据制裁规范而最终确定的违法评价为基础,刑法规范通过命令法官判处刑罚并对此予以正当化而发挥其作为审判规范的机能。野村稔认为,行为规范以国民为对象并与其行为相关联,审判规范以法官为对象,而制裁规范却是这两种规范之间的媒介。<sup>①</sup> 作为裁判规范,刑法规范指向的对象是司法者,它指示、命令司法者如何裁定、判断行为是否构成犯罪,对犯罪如何追究刑事责任和适用刑罚。司法者负有遵守作为裁判规范的刑法规范的义务,并只能在刑法规范范围内行使国家刑罚权。因此,在本体论意义上,刑法不仅具有促进人民遵守体现社会伦理要求的刑法规范的积极的规范机能,而且具有限制国家刑罚权任意行使的消极的限制机能。<sup>②</sup> 德国、日本的刑法学者一般倾向于把刑法对人民的社会行为的积极的规范机能和对司法者的司法行为的消极的限制机能统括为刑法的规制机能或规律机能,并且认为刑法的这种规制机能或规律机能是刑法的本质机能。<sup>③</sup>

但是,在刑法适用的动态过程中,“具有这种本质机能的刑法,适用刑法的国家一方与被适用的国民一方,都期望其各自不同的功能。为了国家而有的刑法机能是制止犯罪的机能和维护秩序的机能”。<sup>④</sup> “刑法是基于国家维护其所建立的社会秩序的意志而制定的国家的意志,专门选择了那些有必要用刑罚制裁加以保护的法益。侵害或者威胁这种法益的行

① [日]野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版,第38—44页。

② 甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上),北京大学出版社1984年版,第201页。

③ [日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,上海三联书店1991年版,第32页。

④ 同上书,第30页。

为就是犯罪,是科处刑罚的根据,刑法具有保护国家所关切的重大法益的机能。”<sup>①</sup>所谓法益,用李斯特的话说,就是刑法规范所保护的利益。在当今大陆法系国家刑法学中,尽管对犯罪的违法性本质有所谓“社会危害性说”<sup>②</sup>、“秩序违反说”<sup>③</sup>、“规范违反说”<sup>④</sup>等诸多学说,但“法益侵害说”无疑是更为主流的学说。<sup>⑤</sup>根据法益理论,法益可以分为国家法益、社会法益和个人法益。国家法益是刑法规范所保护的国家利益,社会法益是社会共同体全体成员共同拥有的超越个人利益的法益。国家法益和社会法益可以统括为超个人法益。个人法益是刑法规范保护的利益。犯罪的本质既然在于法益侵害,即对于国家法益、社会法益和个人法益的侵害,作为对犯罪的反制手段的刑法,其价值和机能当然首先在于法益保护。也就是说,刑法具有制止犯罪、维护秩序、防范国家、社会和公民个人的法益免遭犯罪行为者的侵害的机能。因为刑法规范对一切侵犯或危害国

① 转引自〔日〕木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译,上海翻译出版公司1993年版,第9—10页。

② 在近现代刑法学中,“社会危害性说”发端于贝卡里亚的《论犯罪与刑罚》。在其经典性的论述中,贝卡里亚明确指出,犯罪对社会的危害程度是衡量犯罪的真正标尺。但把“社会危害性说”推向极致的则是原苏联社会主义刑法学和我国主流刑法学。不过,近年来,我国刑法学已经开始反思这种社会危害性理论,陈兴良教授更是语出惊人,扬言要把社会危害性概念逐出刑法学领域。陈兴良:《社会危害性——一个批判性反思》,载《法学研究》2000年第3期。这一观点得到了一些中青年学者的呼应,也招致了一些学者的非议,储槐植先生即针锋相对地发出了“善待社会危害性概念”的呼吁。参见储槐植、张永红:《善待社会危害性概念》,载《法学研究》2002年第3期。

③ “秩序违反说”是法国刑法理论和刑法实务关于犯罪的违法性本质的主流学说。法国刑法学家卡斯东·斯特法尼把犯罪定义为“由刑法规定并依据其对社会秩序造成的扰乱进行惩处的行为”,认为犯罪违法性的本质在于对社会秩序的扰乱。〔法〕卡斯东·斯特法尼:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第6页。

④ “规范违反说”是近年来德国刑法学者格吕恩特·雅科布斯提出机能主义刑法学关于犯罪的违法性本质的解读。雅科布斯认为,犯罪不是法益侵害(Rechtsgutsverletzung),而是规范否认(Normdesavouierung),刑法保护的也不是法益,而是规范的有效性。他指出,刑法机能主义指的是这样一种理论,即刑法所要达到的效果是对规范统一性的保障、对宪法和社会的保障。参见〔德〕格吕恩特·雅科布斯:《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。

⑤ “法益侵害说”作为大陆法系主流的关于犯罪的违法性本质的理论,肇始于费尔巴哈的“权利侵害说”,经过德国刑法学家毕尔巴模、宾丁、李斯特、魏尔泽尔等人的推动,而成为德国刑法学的主流学说,并影响其他大陆法系国家刑法学。我国刑法学近年来也开始引入“法益侵害说”,认为用法益侵害说取代社会危害性说更能科学地揭示犯罪的违法性本质,也有助于提升犯罪概念的规范属性。杨春洗、苗生明:《论刑法法益》,载《北京大学学报》1996年第6期;张明楷:《法益论》,中国政法大学出版社2000年版;丁后盾:《刑法法益原理》,中国方正出版社2000年版。

家、社会或个人法益的行为都规定了相应的刑罚方法。任何行为只要侵犯了刑法所保护的国家、社会或者个人的法益,国家就应当予以追究,借以惩罚和预防犯罪。毫无疑问,刑法对已然侵害国家、社会或者公民个人法益的犯罪行为予以刑罚处罚,以保障国家、社会或者个人的法益,维护社会秩序,体现了刑法存在的原始根据。作为刑法的原始和基础的功能,法益保护功能的存在正是刑法的工具性的渊源所在。

在近代刑法原则确立以前的专制主义或者所谓国权主义政治中,刑法只有保护极少数统治者利益、维护专制统治秩序的所谓法益保护功能。但是,随着民主主义或者所谓民权主义政治的确立,刑法不再以保护国家利益为出发点、以国民为规制对象,而以保护国民利益为出发点、以国家为规制对象<sup>①</sup>,刑法因而不再被作为维护国家利益的“刀把子”加以利用,刑法被赋予了限制国家刑罚权、保护国民人权大宪章的机能。正是在此基础上才产生了作为刑事法领域根本法治原则的罪刑法定原则。而罪刑法定原则的全面推行,又反过来进一步强化了刑法的人权保障机能,使人权保障机能一跃而成为与法益保护机能并驾齐驱的刑法基本机能。因此,日本刑法学家西原春夫认为,刑法其实不仅仅是实现国家制止犯罪、维护秩序、保护法益的政治目的的手段,甚至主要不是实现国家上述政治目的的手段。如果不是基于对国家刑罚权制约以保护犯罪人人权这一考虑,刑法本身可能根本就不具有存在意义。西原春夫指出:“刑法还有保障机能,即行使保护犯罪行为者的权利及法益,避免因国家权力的滥用而使其受害的机能。对司法有关者来说,刑法作为一种制裁的规范是妥当的,这就意味着当一定的条件具备时,才可命令实施科刑;同时当其条件不具备时,就禁止科刑。虽然刑法是为处罚人而设立的规范,但国家没有刑法而要科以刑罚,照样可行。从这一点看,可以说刑法是无用的,是一种为不处罚人而设立的规范。”<sup>②</sup>确实,如果从纯粹功利主义的角度考虑,而不从合理性的层面加以约束,一个国家对付犯罪其实并不必须有刑法,没有刑法并不会妨害国家有效惩治和控制犯罪。而且没有刑法的约束,国家司法机关反而可以更加有效、灵活地打击各种危害社会的行为。<sup>③</sup>

① 李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第4—5页。

② [日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,上海三联书店1991年版,第33页。

③ 李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,自序“我们这个时代的人与刑法理论”。

我们完全可以设想,如果抛弃刑法对某种行为构成犯罪的要件的限制以及如何裁量适用刑罚的具体规定的约束,允许警察对正在实施犯罪的犯罪分子就地正法,授权法官对被认为实施了危害社会的行为的人,纯粹出于惩罚和预防犯罪的需要而任意判处各种苛厉和残酷的刑罚(如对盗窃犯一律剃除手指,对强奸犯和其他性犯罪者一律处以宫刑,对所有的暴力攻击性罪犯一律处以死刑),也许会对犯罪分子产生更为强大的震慑力,并且往往会产生立竿见影的威慑效果。这一情况恰恰反证,在现代法治社会,刑法的存在除了实现国家惩罚犯罪、保护社会、维护秩序的政治目的这一保护功能外,必还有与此对立统一的限制国家刑罚权行使、保障公民人权的功

能。经过罪刑法定原则的几百年熏陶和洗礼,现代法治社会的刑法赋予了人权保障机能以丰富的内涵。它首先要求司法者只能对符合法定犯罪构成要件的违法的有责的危害行为进行法律评价,并据以定罪量刑。对没有实施符合刑法规定的犯罪构成要件的行为、不具有追究刑事责任要素的公民,不得进行法律评价、定罪量刑;对法无明文规定的行为,即使认为具有严重的社会危害性,也不得基于所谓的热忱或者公共福利的理由而在法外定罪量刑。对国家刑罚权的这一限制可以确保遵纪守法的公民生命、自由、财产不受司法者的刑罚擅断的侵害。其次,现代刑法的人权保障机能要求,即便是对确认有罪的人也只能根据犯罪的事实和情节判处刑法规定的符合实体正义原则的刑罚,严禁对犯罪人适用法外刑,从而保障犯罪人的生命、自由和财产不受司法者的刑罚擅断的侵害。正是在此意义上,李斯特说:“刑法典是犯罪人的大宪章。它既不是在保护法律制度,也不是在保护集体,而是在保护它所抵御的人。它同犯罪人达成一项文字保证,对他们的惩罚只有当具备法律条件时才在法律规定的限度内实施。法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚,这两句话是一道屏障,保护公民免受国家权威、多数人的权利、利维坦的侵害。我早就指出过,刑罚是受法律制约的国家的惩罚权。现在,我可以说,刑法是刑事政策不可逾越的樊篱。”<sup>①</sup>李斯特的高足、德国著名法理学家和刑法学家拉德布鲁赫则指出:“自从有刑法存在,国家代替受害人施行报复时开始,国家就承担着双重责任:国家在采取任何行为时,不仅要为社会利益反对犯

<sup>①</sup> 转引自〔日〕庄子邦雄:《刑罚制度的基础理论》,载《国外法学》1979年第4期。



罪者,也要保护犯罪人不受受害人的报复。现在刑法同样不只反对犯罪人,也保护犯罪人,它的目的不仅在于设立国家刑罚权力,同时也要限制这一权力,它不只是可罚性的缘由,也是它的界限,因此表现出悖论性:刑法不仅要面对犯罪人保护国家,也要面对国家保护犯罪人,不单面对犯罪人,也要面对检察官保护市民,成为公民反对司法专横和错误的大宪章。”<sup>①</sup>日本刑法学家庄子邦雄则更为明确地提出了刑法不仅是犯罪人的大宪章而且是善良公民自由的大宪章的刑法机能观:“刑法的人权保障机能由于保障的个人不同而使实际机能有异,即具有作为善良公民的大宪章和犯罪人的大宪章两种机能。只要公民没有实施刑法所规定的犯罪行为,就不能对该公民处以刑罚。在此意义上,刑法是善良公民的大宪章。刑法作为犯罪人的大宪章,是指在行为人实施犯罪的情况下,保障罪犯免受刑法规定以外的不正当刑罚。”<sup>②</sup>

由此可见,在罪刑法定原则支配下,现代法治社会的刑法典应当是一套体现国家刑罚权制约和自我制约双重机制的封闭性的规则体系。它所确立的刑法规范不仅是作为规制对象的全体公民的行为规范,而且也是掌握国家刑罚权的司法者的裁判规范。刑法在为司法者提供认定犯罪和惩罚罪犯的法律依据的同时,也限定司法者只能在刑法允许的规格和标准范围内定罪量刑。因而其价值就在于在规制黎民百姓、防范并惩罚其作奸犯科以维护社会秩序的同时,限制国家滥用刑罚权以保障公民自由权利。现代刑法典的这种维护秩序和保障自由的价值平衡,恰恰体现了现代刑法的最高价值——实现社会正义。

因此,我们认为,如果对现代刑法的价值和机能进行形象地表述的话,我们认为,现代刑法不仅是“刀把子”,而且是“大宪章”,更是体现社会正义的“天平”。刑法不仅是实现国家政治统治、维护社会秩序的工具,而且也是公民防范司法擅断、保障个人自由的利器,更是社会正义这一法规范终极价值和目的的载体。刑法的工具性应当受到刑法的目的性的制约,刑法的合法性应当受到刑法的合理性(合乎社会正义)的拷问。这就是我们对刑法存在的根基和哲学的基本结论。

<sup>①</sup> [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第96页。

<sup>②</sup> 转引自[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译,上海翻译出版公司1993年版,第10页。