

总主编 杨解君

刑法学总论

X

XIUBIAN FAXUE HEXINKE XILUE JIAOCAI

新编法学核心课系列教材



刘艳红 主编

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



刑法学总论

主 编 刘艳红

副主编 黄明儒 孟 红

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

刘艳红 童德华 黄明儒 金泽刚

杨彩霞 李立众 夏朝晖 孟 红

于改之 张 蓉

北京大学出版社

北 京

图书在版编目(CIP)数据

刑法学总论/刘艳红主编. —北京:北京大学出版社, 2004. 2

(新编法学核心课系列教材)

ISBN 7-301-06929-4

I. 刑… II. 刘… III. 刑法-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 003366 号

书 名: 刑法学总论

著作责任者: 刘艳红 主编

责任编辑: 李志军 薛 颖

标准书号: ISBN 7-301-06929-4/D·0833

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

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

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 22.375 印张 452 千字

2004 年 2 月第 1 版 2004 年 2 月第 1 次印刷

定 价: 27.00 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,翻版必究

内 容 简 介

刑法是我国重要的部门法之一,刑法学则是以刑法为主要研究对象的法律科学。《刑法学总论》是一部新颖的刑法学教材,它沿着刑法学的逻辑体系,以我国传统犯罪论体系为基础,并吸收大陆法系犯罪论体系的合理成分,以刑法典、国家立法机关颁发的单行刑法和刑法修正案,以及最高人民法院颁发的刑法司法解释等为依据,系统地介绍了刑法的基本概念、基本原则、犯罪构成理论、刑事责任等基本理论与制度。全书内容丰富,观点新颖,使用资料较为全面,逻辑清晰,论述充分,既可以为高等院校法律以及非法律专业的本科生、研究生使用,也可以供刑法理论研究者及爱好者使用,也是各级司法机关等实务工作者的理想读本。

主 编 简 介

刘艳红,1970年出生,湖北武汉人。现为武汉大学法学院教授、博士生导师。2001年于北京大学获法学博士学位,后进入武汉大学法学院博士后流动站。2002年赴德国做访问研究。2002年荣获国家教育部第八届“霍英东教育基金会青年教师基金”资助奖励;2002年荣获中国博士后科学基金资助奖励;2001年、2003年连续两次荣获“湖北省社会科学优秀成果”三等奖,荣获其他省部级奖励多项。代表作有:《罪名研究》和《开放的犯罪构成要件理论研究》,合著作品多部。在德国 Zeitschrift Strafvollzug und Straffälligenhilfe 杂志、国内《法学研究》、《中国法学》等法学期刊上共发表学术论文六十余篇。

总 序

得天下之英才而教之，乃人师平生之快事；得天下之良师而从之，乃学人求道之捷径。为师者，授业解惑，虽呕心沥血、循循善诱，欲事半功倍，确需书籍之辅助；求学者，存疑问难，虽焚膏继晷、兀兀穷年，欲登堂而入室，尤需教材之引导。教材欲令读者有所获，得具备如下之要件：内容丰富且充实，见解独到且深入，思想深邃且启智，形式新颖且可近。遍览时下之法学教科书，形神兼备者，寥若晨星。故，虽著者少不尽力，然读者多不领情。每有新教材问世，学生辄戏言为“鸡肋”：食之无味，弃之可惜。所谓食之无味，盖言兴味索然；所谓弃之可惜，因其价格不菲。窃以为，传统教材之寡淡，应佐以“油盐酱醋”，方可得法学之真味。

是故，法之导引者，于内容，应涵盖宽广又适度深入，原理与应用相结合，义理与法条相融贯；于形式，须脉络分明而体系井然，生动活泼且言之有物。如是，则既可奠定法律专业者之基础，使其藉此精进，一窥法学之堂奥，体会法律之奥义；亦可健全民众之法律意识，营造法治国家之环境。

余自初涉法学领域，迄今已二十二载，对法之求学问道，尤其教材，感触良多。革故之意，酝酿已久。遂甘冒“鸡肋”之险，组织编写本套教材，确立其基调，力求不堕常道、不落俗套，以推动法学教材之进化，满足读者之要求。此套教材以《行政法学》、《行政诉讼法学》（杨解君主编，法律出版社2000年版、中国方正出版社2002年版）为蓝本，克隆其体例，但内容上各成一体、文责自负。

本套教材特点如下：

一、体例上，结构新颖独特。本套教材在体例上突破常规，各章由主文、问题探讨、案（事）例分析及阅读材料几部分组成。主文，简单明了，通俗易懂，深入浅出；问题探讨，提出疑难与前瞻，便于进一步研究；案（事）例分析，其素材或精选于司法判例，或取诸现实，供课堂讨论之用；阅读材料，则取自各类书刊，拓展视界并备查阅。

二、内容上，承继与超越并存。体例创新，固可称道；然言之无物，行而不远。著者在创作过程中，秉持“传承学术精华、开掘知识源泉”之理念，既吸收传统教材之精粹，又把握时脉，反映各科最新研究成果以及著者之学术主张。

三、思路上，注重理论与实践、原理与应用之契合。理论来源于实践，实践需要理论指导；以理论观照实践，以实践检验理论，此乃法学正当之源。法学，乃实践之人文科学；法学，乃应用之人文科学。理论法学，并非只关注纯理论性问题

题,它需要将理论与社会现实相结合;法律史学,不是简单的史实陈述,它更应注重历史经验的借鉴;应用法学,不可沉溺于细枝末节,就事论事,而应将其上升到一定的理论高度。坚持理论与实践相结合,努力寻求“学”与“术”的协调,是贯穿本套丛书之主线。

四、意图上,传道授业与启迪智慧并重。所谓“授人以鱼,不若授人以渔”。教材自然要授以“鱼”,更应授以“渔道”。问题之提出、事例之探讨、阅读材料之补充,均源自著者之博览群书与严格取舍,以激发兴趣、活跃思维、分析疑难。此既为主文之扩展,又为比较之线索,亦有学术争鸣之展示,以导引读者直击法学之前沿。

各科牵头者,皆年轻有为之教授,乃法学园地之新秀奇葩,才华横溢,思想激荡,依仗深厚之功底,更挟初生牛犊之气势,锋芒初露。端赖其过人才智、创新精神与勤奋品质,方成就区区微衷。“微斯人,吾谁与归?”

编排之构想,虽有微调之意,却无取宠之图。古谚云:“千里马常有,而伯乐不常有”。承东南大学法律系与北京大学出版社之鼎力襄助,出版此套教材,感谢之情,言语难表。虽勤勉躬行,费时颇多,然学力精力所限,纰漏难免。内容也罢,形式也罢,欠妥之处,敬请诸君赐正,吾等洗耳恭听。

杨解君

谨识于2004年1月8日

前 言

本书由武汉大学、东南大学、山东大学、上海交通大学、湘潭大学、中南财经政法大学、苏州大学的刑法学教学研究人员合作完成。本书以法学及非法学专业的本科生为读者对象,同时也适用于法学专业的研究生。对于司法工作者、法学理论工作者和其他法学爱好者也具有参考价值。

本书分为“刑法学总论”和“刑法学各论”两部分。本书的特点在于:

第一,在犯罪论体系上,以我国传统犯罪论体系为基础,而不是采取德国、日本等大陆法系的三段论式的犯罪论体系;同时,本书又对我国传统犯罪论体系作了一些修正。具体而言,本书不赞成将犯罪客体作为犯罪构成的要件,认为犯罪客体即法益,它是犯罪本质的研究内容,从而在犯罪论体系上,本书采取的是危害行为——行为主体——主观罪过的三要件说。

第二,在具体犯罪的分类和排列顺序上,本书以法益为标准将刑法典分则的犯罪划分为侵犯个人法益的犯罪、侵犯社会法益的犯罪和侵犯国家法益的犯罪三大类;在每一大类中的具体分类,则既考虑刑法典分则的规定,又考虑各类具体犯罪所侵犯的法益之间的关联性。在三大类犯罪的排列上,为突出对个人权利的保护并且便于刑法学的讲授和学习,将侵犯个人法益的犯罪置于首位,然后是侵犯社会法益的犯罪和侵犯国家法益的犯罪。

第三,在具体个罪的撰写上,为了突出个罪的基本理论问题,如个罪的犯罪构成要件、罪与非罪的区分、一罪与数罪、此罪与彼罪的区分等,也为了节省篇幅,更为了方便读者对个罪的学习,对于个罪的刑事责任,除了一些重要罪名之外,一律略写,即写明“犯本罪的,根据《刑法》第××条的规定处罚”,而不写出《刑法》相关条文对刑事责任的具体规定。

本书“刑法学总论”部分的编写分工如下(以撰写章节先后为序):

刘艳红(法学博士,武汉大学法学院教授,博士生导师):导言、第一章、第二章、第四章、第五章、第八章第二节、第九章第二节。

童德华(法学博士,中南财经政法大学法学院副教授):第三章、第六章、第十二章。

黄明儒(法学博士,湘潭大学法学院教授):第七章、第八章第一、三、四、五、六节、第九章第一、三、四节。

金泽刚(法学博士,上海交通大学法学院副教授):第十章。

杨彩霞(法学博士,武汉大学法学院):第十一章。

李立众(法学博士,苏州大学法学院讲师):第十三章。

夏朝晖(中南财经政法大学法学院副教授):第十四章。

孟红(东南大学法律系讲师):第十五章、第十七章。

于改之(法学博士,山东大学法学院副教授):第十六章。

张蓉(东南大学法律系讲师):第十八章。

本教材由主编、副主编确定编写大纲,并负责对全书进行统稿。本书中引用的立法与司法解释截至2004年1月1日,所有司法解释的日期是指其颁发日期,而不是生效日期,特此说明。

由于编者水平有限,本书定会存在不足和缺陷,因此,本书编写者欢迎来自各方面的批评和意见。

编 者

2004年1月

导 言

一、刑法学的研究对象

刑法学的研究对象是刑法。由于刑法是规定犯罪与刑罚的法律,因此,如果将刑法学的研究对象具体化,则应包括犯罪与刑罚的一般规律及规范(即刑法理论)、犯罪与刑罚的立法(即刑事立法)、犯罪与刑罚规范在司法实践中的运用(即刑事司法)。

刑法学与刑法的区别在于:1. 刑法是法律规范,刑法学则是有关刑法法律规范理解和运用的理论。因此,刑法学不仅是关于刑法适用的知识,同时还包括刑法理论;刑法学不仅是关于法律实施的知识,还包括对由法律事实而产生的法律规范内容的意义进行系统理解或研究的知识。2. 刑法的重点是实践价值,而刑法学的重点是理论价值。刑法学是从司法实践中总结经验并提升到理论的高度,是科研的结晶。3. 刑法实践要求根据诸如罪刑法定原则、犯罪构成要件、量刑原则等进行侦查、监察、审判和行刑活动。刑法学则并非完全受这些原则或制度的限制,而可能会超越这些原则或制度进行研究。例如,为什么要减少或控制死刑的适用?偶然防卫是否属于正当防卫?片面共犯是否属于共犯?刑法的处罚应该控制在多大的范围内才是合理的?犯罪化与非犯罪化之间的界限应该如何把握?等等。这些问题往往从刑法中找不到答案,而需要从理论上进行系统的探讨和研究,这就是刑法学的任务。

总之,刑法学是对实在法的事实说明或解释,称为法律学或事实学。刑法学是刑法理论学兼备法律学和事实学,也可以说,刑法学是关于刑事法规范总和的系统认识的整体。刑法学属于社会科学,是一个独立的学科。刑法学是科学,是理论学,也是应用学、技术学。既称为“学”就必然蕴含着理论上的或价值论上的研究,这样的研究,从刑法学上来讲,就必须通过对刑法规范的解释来实现。^①从这个意义上而言,刑法学可以说就是刑法解释学,或者说刑法规范解释学。

刑法学也不同于刑事法学。刑事法包括刑法,还包括:规定追溯方法及处罚程度的刑事诉讼法;关心刑罚权配置的科学性而介乎于政治学和法学之间的决策科学即刑事政策学;保障受刑者权益及关注如何对犯罪人进行社会改造的行刑学;比较刑法学、刑事应用学、刑事侦查学、犯罪学、监狱学等。刑事法学即是关于这些学科的笼统称谓。刑法学和刑事法学的区别在于,前者的范围小,后者的范围广:刑法学

^① 参见甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上册),北京大学出版社1984年版,第8页。

是对刑法实体规范的研究,刑事法学中除刑法学之外的学科则是刑法学的辅助学科,其关注的重点则因各具体学科的不同而有所不同,如犯罪学关注的是寻找犯罪原因、提供犯罪对策,刑事侦查学关注的则是对犯罪的侦查手段、方法、技术等。

二、刑法学的研究方法

刑法学是以研究现行刑事法律规范体系为重心的学科,然而,从刑事立法体例以及刑法概念的形成来讲,刑法学也具有文化性、国际性、历史性与社会性,相应地,也发展出了各种探讨刑法相关问题的方法及理论。

1. 抽象思辨方法

该方法是以刑法概念为核心进行逻辑的分析归纳,通过对某一问题提出理论的设定或约定而为刑事司法实践提供形式规则的抽象思辨、定性研究方法。这种方法关心的是刑法体系内部规范、概念之间的关系,而不关心推理过程中各法律命题的实质内容。抽象思辨方法主要就是以传统的逻辑形式提供的两种基本法律推理模式,即演绎推理和归纳推理。

刑法学具有深厚的理论根基和理论内涵,并有其独特的理论体系,因此它首先是一门形式科学,该方法正是适应刑法学的形式科学特性的研究方法。

2. 实证研究方法

该方法是以事实为核心进行经验归纳,通过对某一问题的相关事实材料进行分析而提供定量化的数据,从而印证或推导出刑法上的结论。

刑法学是应用科学而非纯理论科学,仅凭纯粹的逻辑演绎和理论认识,不足以解决实际问题;刑法学除了具备形式科学的属性之外,还具备实证科学特点。因此,在形式的、逻辑的研究方法之外,也需要经验的、实证的研究。作为实证科学的刑法学强调的是研究过程和方法的实证性、定量性。

使用实证的方法研究刑法,有两个问题需要特别说明。一是实证方法中的定量分析,针对的是研究过程中的材料,而不是理论或刑法的运用本身。比如,我们可以通过统计数据显示实践中故意犯罪人不具有违法性认识的数量,并以此作为分析故意犯罪违法性认识的论据。也许统计数字会使人认为故意犯罪中的认识因素不需要特别强调违法性认识,只需要事实的认识,但这绝不是说,我们将故意犯罪本身量化,比如将“明知自己的行为会发生危害社会的结果”中的“会”,量化为70%的可能性。果真如此,那是不合理地将社会科学领域里的刑法学等同于自然科学;这不仅不是实证分析方法中的定量分析,也是与刑法学的学科属性相违背的。再者,强调使用实证的方法研究刑法学,并不是说要将价值问题作为非理性的刑法问题排除在作为科学的刑法学之外。每一项刑法规范都是一项价值判断,刑法的价值问题是一个不可回避的问题,也是刑法思想史上富有魅力、令人神往的永恒主题。所以,笔者力倡刑法学研究中抽象思辨与实证分析两种方法的并行,反对任何形式的厚此薄彼。只有将理性分析与非理性体验结合起来,才能相对完整地把握刑法作为形式科

学和实证科学的特征。^①

3. 比较研究方法

比较研究的方法是在 19 世纪法国刑法典问世以后, 欧洲各国开始相互模仿立法, 追求统一的刑法启蒙思想, 并对法国法及英国法从事比较观察的情况下产生的。

刑法研究中的比较方法发展到今天, 是以探讨各国刑法及当代文明国家刑事立法的共同原理为主旨的。由于该种方法的运用对于刑法改革有重要作用, 遂逐渐成为各国共同承认的具有普遍性、国际性与多目标性的方法。

比较研究方法的出发点在于探讨外国法律对特定社会问题的处理经验, 并以之作为寻找本国法律相关规则的参考依据。它首先着眼于对外国法制立场的说明及问题的澄清, 然后分析其异同, 比较该法律与本国法律结构的相同或相异之处, 探讨其理由或就比较研究的结果进行适当的评论。比较研究的方法既体现在对刑法法理与法律知识的探讨上, 也表现在刑事立法方面, 即对各国刑事立法的探讨, 还表现在着眼于外国刑法与本国刑法法律概念等的比较研究上。可以说, 在国际刑事合作及统一刑法的运动之下, 比较研究方法正方兴未艾。^②

三、刑法学的理论体系

刑法的体系是刑法学的理论体系的基础, 但刑法学的理论体系并不因此完全等同于刑法的体系。

刑法的体系是指刑法规范的体系。在我国, 刑法的体系是以刑法典为主体, 以单行刑法和附属刑法为补充的法律规范体系。自 1997 年我国刑法典修订以后, 国家立法机关颁发的单行刑法数量较少, 以往的附属刑法规范又基本上都被纳入到现行刑法典之中, 因此, 我国目前的刑法体系基本上就是我国刑法典的体系。

根据刑法典的规定, 我国刑法分两编和一个附则。第一编是总则, 分五章, 即第一章刑法的任务、基本原则和适用范围, 第二章犯罪, 第三章刑罚, 第四章刑罚的具体运用, 第五章其他规定。第二编是分则, 分十章, 即第一章危害国家安全罪, 第二章危害公共安全罪, 第三章破坏社会主义市场经济秩序罪, 第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪, 第五章侵犯财产罪, 第六章妨害社会管理秩序罪, 第七章危害国防利益罪, 第八章贪污贿赂罪, 第九章渎职罪, 第十章军人违反职责罪。最后是附则。

刑法学的理论体系是建立在刑法体系的基础之上的, 根据有关刑法规范理解和运用的理论的内在逻辑关系所形成或构建的系统的刑法知识结构。因此, 刑法学的理论体系不能离开刑法的体系, 后者是前者的蓝本, 也是有关刑法理论产生的前提; 但刑法学的理论体系又不会完全等同于刑法的体系, 前者是对后者的超越和突破。因为刑法规范的理解与运用是一个动态的过程, 经过动态的刑法规范的适用并由此

^① 参见刘艳红:《构建刑法学研究的“方法群”》,载《法商研究》2003年第3期。

^② 参见苏俊雄:《刑法总论 I》,台湾大地印刷厂有限公司1998年版,第115页。

从司法实践中提炼出刑法理论知识,具有不同于刑法规范的特点。这样的理论知识虽然是以刑法规范为前提,但又不完全囿于或服从于规范本身,而是会有超越,有突破,从而具有其内在的逻辑关系,由此而形成的刑法学的理论体系正是这种逻辑关系的体现。

刑法学的理论体系分为刑法学总论体系和刑法学各论体系。

关于刑法学总论体系,我国刑法教科书主要有以下几种观点:一是犯罪——刑罚的体系;二是犯罪——刑事责任——刑罚的体系;三是刑事责任——犯罪——刑罚的体系;四是犯罪——刑事责任的体系。笔者赞同第四种体系。理由是:“刑事责任不只是犯罪与刑罚的一个中介,而是具有实质内容的概念;刑罚只是刑事责任的一种实现方式,刑事责任还有非刑罚处罚、单纯宣告有罪的实现方式,因此,刑事责任与刑罚不是等同概念。”^① 基于这样的认识,本书总论采取刑法论——犯罪论——刑事责任论的体系,将刑罚的内容归入刑事责任论的范围之内。刑法论研究刑法的概念、分类、性质、机能、根据、任务、体系、解释等问题;犯罪论研究犯罪概念、犯罪构成、正当化事由、故意犯罪形态、共同犯罪、一罪与数罪等;刑事责任论研究刑事责任的概念、功能、根据及实现方式,其中主要是研究刑罚的概念、目的、体系、种类以及刑罚的裁量和执行。

至于刑法学各论体系,笔者以为,应以犯罪所侵犯的法益是个人法益还是社会法益或是国家法益为标准进行分类,并且考虑到侵犯个人法益的犯罪是现代社会犯罪的最基本类型,因此主张按照侵犯个人法益的犯罪、侵犯社会法益的犯罪和侵犯国家法益的犯罪顺次进行排列。当然,在构建这样一种刑法学各论体系的过程中,也会兼顾考虑刑法典分则中的犯罪分类和排列顺序。具体的各论体系,将在《刑法学各论》一书中详细阐释。

^① 张明楷:《刑法学》,法律出版社2003年版,第17页。

第一编

刑法论

第一章 刑法概说

第一节 刑法的概念与分类

一、刑法的概念

刑法是规定犯罪与刑罚的法律。即规定什么行为是犯罪,对于犯罪行为给予何种刑罚处罚的法律。“刑法”一词,英文中称为 Criminal Law 或 Penal Law 或 Law of Crime and Punishment;德文中称为 Strafrecht;法文中称为 Droit Pénal;意大利文中称为 La Legge Penale。这些不同的用语是由于观察角度不同使然。Criminal Law 是以犯罪为中心、以事实为重点的“刑法”;Penal Law 是以刑罚为中心的“刑法”;Law of Crime and Punishment 则是犯罪和刑罚并重的“刑法”;Strafrecht、La Legge Penale 是以规范为重点、作为法律规范的“刑法”。事实上,无论是以犯罪为中心或是以事实为中心或是以规范为重点的“刑法”,它们在实质上并无不同。因为“无犯罪则无刑罚”、“除却刑罚亦无所谓犯罪”,犯罪行为事实是刑罚的前提,而刑罚则是犯罪事实的法律效果,二者密不可分;因为“法无明文规定不为罪”、“法无明文规定不为刑”,什么样的行为事实是犯罪事实,作为犯罪事实的行为应该遭受什么样的刑罚处罚,都是而且只能是由刑法规范明文规定的。因此,现代意义的刑法虽然在表述上有异,但是含义却是相同的。

二、刑法的分类

1. 狭义刑法与广义刑法。狭义刑法是指系统规定犯罪与刑罚的刑法典。刑法

典具有基本法的性质,因而在其他的刑罚法规没有特别规定的情况下,均适用刑法典的规定。在我国,刑法典即是指1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过、1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订的《中华人民共和国刑法》,该部刑法典即为我国现行刑法典,本书自此以下的章节一律以《刑法》指称之。

广义刑法是指一切规定犯罪和刑罚处罚的法律规范的总和。它既包括刑法典,也包括单行刑法和附属刑法规范。单行刑法是指为补充、修改刑法而由最高立法机关颁布的单行刑法规范。例如,1998年12月29日第九届全国人大常委会第六次会议通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》,就是针对骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇的犯罪行为而作出的。

附属刑法规范,也就是非刑事法律中的刑法规范,即由立法机关颁布的经济法、民法、行政法中等附加规定的有关刑事责任条款。

2. 形式刑法与实质刑法。形式刑法是指从名称等形式上即可判断为刑法的法律。例如刑法典或单行刑法。实质刑法是指从名称等形式上判断并不是刑法,但是其内容规定了犯罪与刑罚的法律,这主要是指附属刑法。例如中华人民共和国水利部2003年7月15日实施的《长江河道采砂管理条例实施办法》第73条规定,“侵占、盗窃或者抢夺防汛物资,防洪排涝、农田水利、水文监测和测量以及其他水利工程设备和器材,贪污或者挪用国家救灾、抢险、防汛、移民安置和补偿及其他水利建设款物,构成犯罪的,依照刑法的有关规定追究刑事责任。”《长江河道采砂管理条例实施办法》从名称上看并不是刑法而是行政法规,但是其中第73条规定的内容则是犯罪与刑罚,所以,该条的规定即为实质刑法。

3. 刑事刑法与行政刑法。以规定自然犯为处罚对象的刑法规范为刑事刑法;以规定行政犯为处罚对象的刑法规范则被称为行政刑法。

4. 普通刑法与特别刑法。普通刑法是指具有普遍适用效力的刑法,实际上就是指刑法典。特别刑法是指在适用效力上有所限制的刑法,易言之,是指只适用于特定的人、特定的时间、特定的地域或特定的犯罪的刑法。一般来说,单行刑法与附属刑法均属于特别刑法。

第二节 刑法的性质与机能

一、刑法的性质

刑法作为国家的基本法律,是通过国家强制力即刑罚处罚犯罪人以保障国家、社会及个人合法权益的法律,它在整个法律体系中具有如下性质:

1. 刑法是公法。公法和私法的划分是现代法律理论和实践中最重要的划分之一。公私法的划分是罗马法以来法的传统分类。根据现代法学对于公私法划分标

准的通说,凡是规定有关国家组成人员——公民的国家生活关系的法为公法,而规定公民个人生活关系的法为私法。^① 易言之,凡是涉及公共权力、公共关系、公共利益和上下服从关系、管理关系、强制关系的法,即为公法;凡是属于个人利益、个人权利、自由选择、平权关系的法即为私法。^② 刑法是规定国家对犯罪予以刑罚制裁的法律,体现的是国家与犯罪人之间权力服从的强制关系,因此,刑法是公法。

2. 刑法是实体法。实体法是确定人们权利和义务的实际关系的法律,即确定权利和义务的产生、变更、消灭的法。程序法是规定权利和义务得以实施的程序的法律。刑法是规定何种行为是犯罪以及对犯罪处以什么刑罚的法律,而不是规定对犯罪行为的追诉方法与程序的法律,因此,刑法是实体法。

3. 刑法是强行法。依据法的效力,可以将法区分为强行法与任意法。凡法律规定的事项,不问个人意思如何均须适用的法为强行法;反之,可以根据当事人的意思变更其适用的法律为任意法,例如民法。刑法是规定国家对公民的刑罚权的法律,只要行为人的行为构成犯罪——除了少数“告诉才处理”的犯罪之外,即应科处刑罚,而不能依据当事人的意思选择适用与否,所以刑法是强行法。^③

4. 刑法是国内法。根据法的创制主体和适用主体进行分类,凡是在一国之内,由特定国家法律创制机关制定的规定一国内部关系且在一国主权所及的范围之内适用的法律,是国内法;由参与国际关系的国家通过协议制定或认可并适用于国家之间的法律,是国际法,如国际条约或国际协议。刑法的效力一般仅及于一国领域之内,因此是国内法。

5. 刑法是司法法。国家的法律可分为立法法、司法法与行政法。宪法的主要部分为立法法,因为宪法是所有法律的立法准据。刑法是裁判上所适用的法律,故属于司法法。^④

二、刑法的机能

刑法的机能是指刑法作为一个系统所具有的作用与功效,它是从刑法的基本理念与目的出发而呈现的法律机能,因此,刑法的机能在理论上与刑法的原理、准则具有不可分割的结构关系。刑法是以国家强制力为后盾,针对犯罪行为进行制裁的有力手段。但是,刑法不是制止犯罪的决定性手段。要从根本上减少犯罪,必须考虑根治犯罪的原因。为此,有必要以人道主义为基础,慎重且谦抑地适用刑罚。换言之,刑法不应该以所有的违法行为、所有的有责行为为当然的处罚对象,而应该将自己的处罚范围限制在迫不得已的必要限度以内,即刑法是为了维护社会秩序而不得

① 参见潘念之主编:《法学总论》,知识出版社1981年版,第24页。

② 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第57页。

③ 参见陈弘毅:《刑法总论》,台湾汉林出版社1983年版,第3页;高仰止:《刑法总则之理论与实用》,台湾五南图书出版公司1986年版,第4页。

④ 参见高仰止:《刑法总则之理论与实用》,台湾五南图书出版公司1986年版,第5页。

不采取的必要手段。这就是刑法的谦抑思想。刑法的谦抑思想是贯穿现代刑事法领域的基本理念。现代刑法的思想体系,由刑法谦抑的基本理念出发,而发展出三项具体的刑法准则,即罪刑法定主义、法益保护主义与责任主义,配合这三项刑法准则产生了刑法的三个基本机能,即保障机能、保护机能、规制机能。

1. 人权保障机能

它是指刑法通过限制国家刑罚权的发动以保障公民活动自由不受国家侵犯。刑法是采用最为严厉的制裁措施即刑罚来处罚违法犯罪行为的,刑罚权的运用不当对公民个人权利造成的侵害当然也是最严重的。为此,如果犯罪与刑罚不是由刑法明文规定,任何人无权发动刑罚处罚他人,从而保障公民个人的权利不受法律的非法干涉,它体现了刑法对(公民)自由价值的保障。刑法的保障机能通过限制国家刑罚权的发动而实现,体现的是国家权力的自我约束和对法益的保护;在内容上它既体现为对犯罪人权利的保障——因为“破坏人权的人(也)拥有人权”,更主要的则体现为对全体公民人权的保障,即保障所有公民的活动自由免受国家刑罚权的非法侵害。由于刑法具有二次性或者补充性,即只有在其他法律不能进行充分保护时才能动用刑法,因此,在法律保障体系中,刑法是法律保障人权的最后防线。

2. 法益保护机能

它是指刑法具有保护法益不受犯罪行为侵害的机能。刑法作为规制人类社会生活的法律规范,其目的在于保护法益,因此,发生对法益有侵害或危险的行为时,对之加以制裁,即为刑法的保护机能。例如,刑法处罚绑架犯罪,是为了保护人身自由法益;处罚抢夺犯罪,是为了保护财产法益;等等。一般而言,刑法只保护国家所关切的重大法益。何谓重大法益,在不同的时代、不同的社会、不同社会结构的国家中的表现形式均有所不同。综合近代以来各国刑法所保护的法益,一般可以分为三大类:一是生命、身体、自由、财产、名誉、安宁等个人法益;二是公共安全、市场公共信用与交易安全、社会管理秩序与善良风俗等社会法益;三是国家安全、政体维护等国家法益。

3. 行为规制机能

它是指刑法具有规制公民行动自由的机能。国家从大量的反社会行为中抽出一部分危害性严重的,作为法律上的犯罪类型,规定成为应受刑罚处罚的行为,这体现了国家对此种行为的否定评价,这是刑法的评价机能;同时,由于刑法明确地规定了什么行为是犯罪,使国民能够通过刑法明白实施何种行为会受到制裁,何种行为是犯罪,从而能更好地预测自己的行为。这为公民决定自己的行为提供了前提,这是刑法的意思决定机能。刑法的评价机能和意思决定机能,使刑法对一般公民产生规制作用,使他们在刑法规定的处罚行为的范围之外自由地活动。