

刑法与刑法论丛
Xingfa Yu Xingsufa Luncong



Xingfa De Jiben Guannian

张小虎 著

刑法的基本观念



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D914.01
16

刑法与刑事诉讼论丛
Xingfa Yu Xingsufa Luncong



北方工业大学图书馆



00577581

Xingfa De Jiben Guannian

张小虎 著

刑法的基本观念



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法的基本观念/张小虎著. —北京:北京大学出版社, 2004. 7
(刑法与刑事诉讼论丛)

ISBN 7-301-07525-1

I. 刑… II. 张… III. 刑法—法的理论 IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 056486 号

书 名: 刑法的基本观念

著作责任者: 张小虎 著

责任编辑: 董晶晶 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-07525-1/D·0909

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: pl@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: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 20.75 印张 350 千字

2004 年 7 月第 1 版 2004 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 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

前 言

刑法是其他一切法律的制裁力量^①,历来就是法学的主干学科,在当代更是勃发着生机。刑法学以规范严谨、博大精深著称。特别是大陆法系的刑法理论对刑法学的精雕细刻,使刑法学充满着神秘的奥秘。而刑法学的背景知识涉及到哲学、社会学、伦理学、经济学、政治学等等,是蕴藏着万物之灵的知识海洋。

就刑法学研究的理论深度而言,刑法学包括注释刑法学、理论刑法学、哲学刑法学。注释刑法学,是关于犯罪与刑罚规范、总则与分则规范的较为直观、具体的认识体系,可称为刑法具体技术学。^②理论刑法学,是对犯罪与刑罚规范、总则与分则规范,进行较深入、抽象的分析或综合探讨,揭示出其原理、原则的知识体系,可称为刑法抽象技术学。哲学刑法学,是对犯罪与刑罚予以哲学考察,揭示出刑法应有的思想、精神、灵魂的知识体系,是超越于刑法条文的刑法学。而从(狭义)刑法学^③的内部体系来考察,刑法学由刑法论、犯罪论、刑罚论、罪刑各论四个部分组成。刑法论:研究整体刑法问题,包括刑法学概述,刑法概念,刑法学派,刑法理论,刑法机能,刑法价值,刑事法律关系,刑法规范,刑法解释,刑法效力范围等;犯罪论:研究犯罪、社会危险行为的法律边界,包括犯罪概念,犯罪构成要件,犯罪形态,正当行为等;刑罚论:研究犯罪、社会危险行为的刑事处置^④,包括刑事责任、刑罚权,刑罚功能、目的,刑罚种类,量刑制度,刑罚执行制度,刑罚消灭制度,保安处分种类、宣告、执行、消灭等;罪刑各论:研

① 参见[法]卢梭著:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1982年版,第73页。

② 严格来讲,刑法注释不同于刑法解释。

③ 广义的刑法学相当于刑事法学,其与犯罪学等共同构成刑事科学。狭义的刑法学,是指研究刑法及其所规定的犯罪、社会危险行为与刑罚、保安处分的科学,是法律规范学中一门重要的学科。刑法学包括:注释刑法学、理论刑法学、哲学刑法学,中国刑法学、外国刑法学、比较刑法学,国际刑法学,沿革刑法学等。犯罪学(包括犯罪社会学、犯罪心理学、犯罪生物学、被害人学等)、监狱学、刑事诉讼法学、刑事侦查学等,是刑法学的相关学科,它们共同构成刑事科学。详见本著第一章刑法学概述。

④ 本著所称刑事处置,是指刑法所规定的,针对犯罪、社会危险行为的一切制裁措施。包括:针对犯罪的刑罚或保安处分,以及针对社会危险行为的保安处分。

究各具体的罪与刑,包括刑法分则体系的建构,罪名、罪状、法定刑。

《刑法的基本观念》是有关刑法论基本问题的阐述。分为十二章:刑法学概述,刑法概念,刑法沿革,刑法理论,刑法学派,刑法机能,刑法基本原则,刑法价值,刑事法律关系,刑法规范,刑法解释,刑法效力范围。刑法学概述,分析了刑法学的概念、学科性质、研究方法、理论体系;刑法概念,分析了刑法的概念、分类、体系、性质、任务;刑法沿革,揭示了刑法的时代划分、各时代刑法的特征与刑法的未来趋势;刑法理论,分析了客观主义与主观主义相互分野及趋同的犯罪理论,报应主义与目的主义的相互对峙及调和的刑罚理论;刑法学派,揭示了刑事古典学派、刑事近代学派的形成背景与基本思想,介绍了贝卡利亚、边沁、康德、费尔巴哈、黑格尔等刑事古典学派代表人以及龙勃罗梭、菲利、加罗法洛、李斯特等刑事近代学派代表人的刑法思想;刑法机能,分析了刑法的规律机能、保障机能和保护机能各自的具体构造;刑法基本原则,揭示了罪刑法定原则、罪刑相适应原则的基本内容、形成与发展以及在我国刑法中的体现;刑法价值,分析了价值、刑法价值的蕴意,刑法的价值标准以及刑法的公正价值观;刑事法律关系,揭示了刑事法律关系的概念,刑事法律关系主体、内容、客体的本体结构以及刑事法律关系产生、变更、消灭的动态运行;刑法规范,分析了法律规范、刑法规范的概念、特征、逻辑结构;刑法解释,分析了刑法解释的主体、对象、视角、分类,揭示了刑法解释的蕴意;刑法效力范围,阐述了刑法效力的概念,刑法的时间效力、地域效力和人的效力。

本著在具体内容上,希望能够将刑法论的核心课题融合成一个有机的体系,形成对刑法论的系统梳理之结构与实体;在具体表述上,试图以简洁、明了、清晰但又不失深入的形式,分析、揭示精深而复杂的刑法论原理。寄期望于达到这一效果,本著每一章都采用表格对本章各论题的中心思想、观点作了突出的显示。在正文的表述中,对于每一论题,都尽量挖掘、交待背景知识,努力展示该论题的最基本的知识结构与核心内容,并在此基础上力求进行具体而充分的知识的分析,竭力挖掘其思想前沿。对于各种相关的论题以及相互对应的观点的阐述,体例一致,以求提供相当的可比性。本著文中的基本概念、专业术语、基本观点等均以黑体字标明,并在本著末页附有索引,以便于查找。基本概念、专业术语的表述,力争简明而规范。

然而,不论怎样,作为一门历史久远的传统学科,刑法理论尤为博大精深,作者才疏学浅,心智愚钝,深感对刑法学把握不济,诚惶诚恐,期待着同仁们的不吝赐教。

刑法是一种技术,更是一种精神;刑法学是法学理论,更是社会实践。对刑法学的热爱,对真理的热望,驱使着我们去探索刑法的真谛。法律是社会公正的最终寄托与希望,让我们所有的法学人、全体公民,在理想世界尤其是在现实世界中竭诚竭力去构建法律公正,未来的世界一定会更美好。

谨向一切关心、帮助、教诲我的人们,致以深深的谢意!假如我在学术上有点滴进步的话,那都是因为有了他(她)们无私的赋予。我将关爱社会,尽心尽力。

张小虎 谨识
2003年12月3日

CONTENTS 目 录

第一章 刑法学概述	1
第一节 刑法学的概念	1
一、刑法学的诞生	1
二、刑法学概念考察	2
三、刑法学概念辨析	3
第二节 刑法学的学科性质	6
一、刑事事实科学	7
二、刑事规范科学	11
第三节 刑法学的理论体系	13
一、刑法学体系考察	13
二、刑法学体系辨析	18
第二章 刑法概念	21
第一节 刑法的概念	21
一、刑法概念考察	21
二、刑法概念辨析	23
第二节 刑法的分类	27
一、广义刑法与狭义刑法	27
二、实质刑法与形式刑法	28
三、普通刑法与特别刑法	29
四、单一刑法与附属刑法	29
五、行为刑法与行为人刑法	30
六、完备刑法与空白刑法	30
七、行政刑法与刑事刑法	31
八、国内刑法与国际刑法	32

CONTENTS 目 录

第三节 刑法的体系	33
一、刑法体系概念	33
二、我国刑法体系	35
三、我国刑法分则的结构	38
第四节 刑法的性质	51
一、刑法的公法性质	51
二、刑法的强行法性质	52
三、刑法的实体法性质	52
四、刑法的实证法性质	53
五、刑法的司法法性质	53
六、刑法的广泛性	54
七、刑法的严厉性	54
八、刑法的保障性质	54
九、刑法的谦抑性	55
第五节 刑法的任务	55
一、刑法任务的蕴意	55
二、我国刑法的任务	57
第三章 刑法沿革	64
第一节 刑法时代的划分	64
第二节 各时代的刑法	65
一、古代刑法	65
二、中世纪刑法	67
三、近代刑法	68
四、当代刑法	70
第三节 刑法的未来趋势	71

CONTENTS 目 录

第四章 刑法理论	74
第一节 犯罪理论	74
一、主观主义与客观主义分野的哲学基础	74
二、客观主义	75
三、主观主义	77
四、折衷主义	79
五、犯罪理论考究	81
第二节 刑罚理论	84
一、报应主义	84
二、目的主义	88
三、折衷主义	91
四、刑罚理论考究	93
第五章 刑法学派	97
第一节 刑法学派的形成	97
一、神意的刑法思想	97
二、刑事古典学派的形成	97
三、刑事近代学派的形成	98
第二节 刑法学派的基本思想	99
一、刑事古典学派的基本思想	99
二、刑事近代学派的基本思想	100
第三节 刑事古典学派的刑法思想	102
一、贝卡利亚的刑法思想	102
二、边沁的刑法思想	107

CONTENTS 目 录

三、康德的刑法思想	111
四、费尔巴哈的刑法思想	112
五、黑格尔的刑法思想	113
第四节 刑事近代学派的刑法思想	115
一、龙勃罗梭的刑法思想	115
二、菲利的刑法思想	118
三、加罗法洛的刑法思想	123
四、李斯特的刑法思想	127
第六章 刑法机能	130
第一节 规律机能	131
一、犯罪评价机能	131
二、刑罚基准机能	133
三、行为引导机能	133
第二节 保障机能	134
一、保障机能的根基	134
二、对国家刑罚权的制约	135
三、对公民自由的保障	136
第三节 保护机能	138
一、社会秩序的维护	138
二、各种法益的保护	139
第七章 刑法基本原则	142
第一节 罪刑法定原则	143
一、罪刑法定原则的基本内容	143

CONTENTS 目 录

二、罪刑法定原则的形成与发展	146
三、罪刑法定原则在我国刑法中的体现	153
第二节 罪刑相适应原则	157
一、罪刑相适应原则的基本内容	157
二、罪刑相适应原则的形成与发展	162
三、罪刑相适应原则在我国刑法中的体现	167
第八章 刑法价值	173
第一节 价值的蕴意	173
一、价值的源流	173
二、价值的概念	174
三、价值标准之应然的探索	176
第二节 刑法价值的蕴意	178
一、法律价值的蕴意	178
二、刑法价值的蕴意	180
第三节 刑法的价值标准	181
一、法律的价值标准	181
二、刑法的价值根基	184
三、刑法的价值标准	186
第四节 刑法的公正价值观	188
一、公正的一般含义	188
二、人类早期的公正思想	191
三、刑事古典学派的公正观	194
四、刑事近代学派的公正观	197
五、刑法公正价值观的应然	200

CONTENTS 目 录

第九章 刑事法律关系	209
第一节 刑事法律关系的概念	209
一、刑事法律关系的概念	209
二、刑事法律关系的特征	210
第二节 刑事法律关系的主体	212
一、刑事法律关系主体考察	212
二、刑事法律关系主体的一方:犯罪人	213
三、刑事法律关系主体的另一方:国家	215
第三节 刑事法律关系的内容	218
一、刑事法律关系内容考察	218
二、刑罚权的制约与刑事责任的限度	222
三、受制约的刑罚权与有限度的 的刑事责任的内部组合	223
四、受制约的刑罚权、有限度的刑事责任 和自由、人权	225
第四节 刑事法律关系的客体	229
一、犯罪人的利益与犯罪人利益的载体	229
二、刑事法律关系的客体与犯罪人的利益	230
三、刑事法律关系的客体与犯罪人	231
四、刑事法律关系客体与民事法律关系客体	232
五、刑事法律关系的客体与犯罪客体	234
第五节 刑事法律关系的产生	235
一、刑事法律关系产生的法律前提	235
二、刑事法律关系产生的事实前提	236
三、刑事法律关系产生的特点	236
四、刑事法律关系的客观存在与主观认识	237

CONTENTS 目 录

第六节 刑事法律关系的变更	239
一、刑事法律关系变更的具体情形	239
二、刑事法律关系变更的特点	241
三、刑事法律关系变更的法律前提	242
四、刑事法律关系变更的事实前提	242
第七节 刑事法律关系的消灭	243
一、刑事法律关系消灭的具体情形	243
二、刑事法律关系消灭的特点	245
三、刑事法律关系消灭的法律前提	248
四、刑事法律关系消灭的事实前提	248
第十章 刑法规范	251
第一节 法律规范的概述	251
一、法律规范的概念和特征	251
二、法律规范的逻辑结构	253
三、法律规范逻辑结构的纵向要素	253
四、法律规范逻辑结构的横向要素	259
五、法律规范的分类	260
第二节 刑法规范	263
一、刑法规范的概念	263
二、刑法规范的逻辑结构	264
第十一章 刑法解释	274
第一节 刑法解释的理论蕴涵	274
一、刑法解释的主体	274

CONTENTS 目 录

二、刑法解释的对象	276
三、刑法解释的视角	277
四、刑法解释蕴意的应然	280
第二节 刑法解释的分类	280
一、立法解释、司法解释、行政解释、 学理解释	280
二、文理解释、论理解释	288
第十二章 刑法效力范围	296
第一节 刑法空间效力	296
一、刑法空间效力的概念	296
二、刑事管辖原则	296
三、我国刑法的刑事管辖原则	299
第二节 刑法时间效力	302
一、刑法生效时间	302
二、刑法失效时间	303
三、刑法的溯及力	304
术语索引	309
主要参考书目	314

第一章 刑法学概述

第一节 刑法学的概念

一、刑法学的诞生

人类有关犯罪与刑罚的思想、规范源远流长。“根据中国古籍记载和考古发掘的实物证明,在中国历史上,早在原始社会末期就有了‘犯罪’,同时也就产生了与‘犯罪’作斗争的‘刑罚’。”^①《通鉴前编》称:“帝尧七十有六载,制五刑”。《祥刑典》称:“帝尧命舜居摄,制五刑及流宥鞭扑赎赦之法”。^②古希腊是西方法理学和哲学思想的发源地,古希腊一些著名的思想家苏格拉底、柏拉图、亚里士多德等等,都对犯罪现象发表了一些至今引人关注的思想。柏拉图、亚里士多德曾经指出:“犯罪不外是一种疾病,故刑罚不应是对既往的,而应是对将来的。”从而与现代刑法的目的刑思想不谋而合。^③古罗马为现代世界的法律制度构造了近于完美的框架。^④古罗马的许多思想家对犯罪与刑罚作了极为精辟的阐述。西塞罗指出:“对于违犯任何法律的惩罚应与犯法行为相符合。”^⑤构建了罪刑相适用的思想。古罗马法将违法行为分为“私犯”和犯罪两种。所谓犯罪,是指违反整个国家利益,或目的虽为侵犯个人利益但违反了统治阶级共同利益的行为。^⑥在一定程度上可以说,按照现代法律体系的划分,越是溯及远古,则刑法所占比重大。“法典愈古老,它的刑事立法就愈详细、愈完备。”^⑦然而,这些有关罪与刑的学说、规范尚未形成独立、系统的

① 周密著:《中国刑法史纲》,北京大学出版社1998年版,第4页。

② 转引自高绍先著:《中国刑法史精要》,法律出版社2001年版,第25页。

③ 张甘妹著:《刑事政策》,台湾三民书局股份有限公司1979年版,第15页。

④ 参见〔美〕约翰·麦·赞恩著:《法律的故事》,刘昕、胡凝译,江苏人民出版社1998年版,第142页。

⑤ 《法律篇》,转引自《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第83页。

⑥ 参见陈盛清主编:《外国法制史》,北京大学出版社1982年版,第66页。

⑦ 〔英〕梅因著:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第207页。

体系。1764年7月16日,意大利学者刑事古典学派的创始人贝卡利亚(Cesare Beccaria,1738—1794)发表了《论犯罪与刑罚》一书,在人类历史上首次对犯罪与刑罚的一系列问题进行了深入系统地论述,确立了罪刑法定、罪刑均衡、刑罚人道等作为刑法学支柱的基本原则,奠定了刑法理论的根基,标志着现代意义上刑法学的形成。这部书先后被翻译成20多种文字,成为流传极为广泛的西方经典名著。贝卡利亚被人们誉为刑法学之父。

二、刑法学概念考察

自刑法学诞生以来,古今中外的刑法学家们,在刑法学领域孜孜以求,精心构筑着刑法学这座科学大厦,竭力推进着刑法学的科学进程。如今刑法学已成为一门拥有精湛、丰富理论的传统学科。刑法学的概念是刑法学的最基本问题。学者们从不同的角度对之作了解定:

1. 注重从刑法规范形式解释的角度界定刑法学:例如,认为刑法学,特别是刑法解释学,是以对刑罚法规(特别是刑法典的规定)体系进行认识为目的的。通常,将刑法学分为刑法总论和刑法各论。前者是对刑法法规的一般分析,以及对犯罪的一般成立要件和刑罚及两者的关系进行分析,后者是对犯罪的个别成立要件和法定刑进行分析。作为刑法学的邻接领域的学科,有刑事学、犯罪社会学、犯罪心理学、犯罪精神病学等等。刑法学的领域,除了刑法学解释以外,还有刑法历史学、比较刑法学、刑法哲学等。^①

2. 注重从刑法规范实质解释的角度界定刑法学:例如,认为刑法学是以科学的方法,研究现在或过去之刑法,从诸复杂的现象中,阐明理想刑法应具有的原理原则,从而获得有组织有系统的知识的社会科学。刑法学是一严密运用逻辑的科学,在研究中应当注意在保障个人自由之余,同时顾及国家社会利益之发展。根据研究方法的不同,刑法学可以分为理论刑法学、沿革刑法学、比较刑法学。^②

3. 注重从刑法规范内容的角度界定刑法学:例如,认为刑法学是

^① 参见〔日〕野村稔著:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版,第7页;甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上册),北京大学出版社1984年版,第4页。

^② 参见高仰止著:《刑法总则之理论与实用》,台湾五南图书出版公司1986年版,第29页。

研究刑法及其所规定的犯罪、刑事责任和刑罚的科学。它属于部门法学的范畴,是部门法学中最重要的学科之一。对于刑法学用不同的标准可以作不同的分类,具体有:资产阶级刑法学、无产阶级刑法学,广义刑法学、狭义刑法学,国内刑法学、外国刑法学、国际刑法学,理论刑法学、解释刑法学、沿革刑法学、比较刑法学。^①

以上界定,尽管各自有所侧重,但是对刑法学研究所涉范畴的认识则基本一致。

三、刑法学概念辨析

刑法学是研究刑法及其所规定的犯罪、社会危险行为与刑罚、保安处分的科学,是法律规范学中一门重要的学科。刑法学包括:注释刑法学、理论刑法学、哲学刑法学,中国刑法学、外国刑法学、比较刑法学,国际刑法学,沿革刑法学等。犯罪学(包括犯罪社会学、犯罪心理学、犯罪生物学、被害人学等)、监狱学、刑事诉讼法学、刑事侦查学等,是刑法学的相关学科,它们共同构成刑事科学。

1. 刑法学研究刑法及其所规定的犯罪、社会危险行为与刑罚、保安处分

我国刑法并未规定保安处分^②,从这个意义上说,我国刑法学是研究刑法及其所规定的犯罪与刑事责任的科学。不过,从刑法学发展的趋势来看,或者基于刑法理论的视角,刑法学是研究刑法及其所规定的犯罪、社会危险行为与刑罚、保安处分的科学。这里涉及到刑法的概念,对此将在第二章中阐述。

2. 刑法学是法律规范学中一门重要的学科

刑法学以刑法规范为其研究的基本内容,属于规范学。规范学与事实学(例如犯罪学)相对。刑法规范学,在解释社会现实的基础上,演绎出法律的应然规则,其理论是规则的框架(如犯罪构成模式)和应然的法则(如罪刑法定原则)。犯罪事实学观察犯罪现象,追寻

^① 参见樊风林著:《刑事科学论》,中国人民公安大学出版社1999年版,第38—39页;高铭喧主编:《刑法学原理》(第1卷),中国人民大学出版社1993年版,第5页。

^② 保安处分,是指为了社会保安,对于具有社会危险性的无责任能力人、限制责任能力人、有责任能力人而采取的矫治、感化、医疗等国家处分。