

刑 事 法 文 丛



湘潭大学法学院

湘潭大学刑事法律科学研究中心主办

潇湘刑事法论丛

(第三卷)

黄明儒 主编

湘潭大学 出版社

湘潭大学法学院 湘潭大学刑事法律科学研究中心主办

潇湘刑事法论丛

(第三卷)

主 编：黄明儒

湘潭大学 出版社

图书在版编目(CIP)数据

潇湘刑事法论丛. 第3卷/ 黄明儒主编. —湘潭:湘潭
大学出版社, 2009. 3

ISBN 978-7-81128-082-1

I. 潇… II. 黄… III. 刑法—文集 IV. D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 025729 号

潇湘刑事法论丛(第三卷)

黄明儒 主编

责任编辑: 黎 毅

封面设计: 胡 瑶

出版发行: 湘潭大学出版社

社 址: 湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真): 0732-8298966 邮编: 411105

网 址: <http://xtup.xtu.edu.cn>

印 刷: 长沙瑞和印务有限公司

经 销: 湖南省新华书店

开 本: 787×1092 1/16

印 张: 21.5

字 数: 386 千字

版 次: 2009 年 4 月第 1 版 2009 年 4 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-81128-082-1

定 价: 45.00 元

(版权所有 严禁翻印)

《刑事法文丛》编委会

编委会主任：

谢 勇

编委会成员：(以姓氏笔画为序)

于志刚(中国政法大学刑事司法学院教授、博士生导师)

齐文远(中南财经政法大学教授、博士生导师)

刘明祥(中国人民大学法学院教授、博士生导师)

刘艳红(东南大学法学院教授、博士生导师)

李希慧(北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师)

李 蓉(湘潭大学法学院教授、博士生导师)

周光权(清华大学法学院教授、博士生导师)

张 文(北京大学法学院教授、博士生导师)

张 旭(吉林大学法学院教授、博士生导师)

张全民(湘潭大学法学院教授、博士生导师)

洪永红(湘潭大学法学院教授、博士生导师)

贾 宇(西北政法大学教授、博士生导师)

康均心(武汉大学法学院教授、博士生导师)

梁根林(北京大学法学院教授、博士生导师)

谢 勇(湖南省人大常委会副主任,湘潭大学法学院教授、博士生导师)

黄明儒(湘潭大学法学院教授、博士生导师)

总 主 编：黄明儒

总 序

中国法治建设三十年过去,法治春天温暖的阳光已经开始普照整个中华大地。在法治进程中,最需要更新的是实践法治的人心中的法律观念,而无论是涉及观念的转变或者信仰的树立,都需要我们法学工作者的用功用心。刑事法治作为现代法治的一个重要组成部分,其理念的树立与学术的成长成熟都会对我国法治建设产生重要影响。为了更好地促进刑事法学的发展与实践,以便更好地发挥刑事法治在法治进程中的作用,作为刑事法研究工作者的我们,理应时刻关注自己肩上的重任,应当将刑事法学研究的深入与完善、刑事法治的理念宣扬作为我们的理想。所谓“徒法不足以自行”,刑事法治的实践还需要我们不断的诠释与鼓吹。

湘潭大学刑法学科是法学院一个比较成熟的学科,教师队伍齐整,学术梯队年富力强,综合实力雄厚,学术队伍基本上实现了高职称化、高学位化。自1995年获得硕士学位授予权以来,共招收硕士研究生200多人,毕业并获得硕士学位的也将近150人。经过这些年的自我积累与成长,我们的刑法学科的团队合作精神与合作意识都开始慢慢走向成熟。为使更多的人关注并认可我们的发展,我想有必要系统展现我们的成果,展示我们日渐成熟的队伍,决定编辑出版一套刑事法文丛。法学院领导也非常重视,并愿意给以大力支持。我们马上与湘潭大学出版社洽商出版事宜,出版社也慨然允诺,给予支持。所以从设想的出台到出版的实现,过程非常令人幸福,希望我们的工作也非常有意义。

另外还有更令我倍感幸福与感动的事情,就是在成立文丛编委会的过程中,邀请全国各高校的一些著名刑法学者作为编委给我们的文丛予以支持,但我又担心因为人微言轻我的请求遭到拒绝,就采取了我自己也知道的最不礼貌的短信方式给拟请的每位老师发出请求,没有想到的是没有一位老师拒绝我的请求,而且非常支持,甚至有老师还问需要他们做什么工作,尽管开口。所以我非常感动这些老师的无私以及对我的信任。当然还有一些我自认为还算比较熟悉的大家我没有敢去惊动,毕竟我们的刑事法文丛还刚刚起步,不敢过于造次。但我心里依然感谢那些没有进编委会的刑法学大家们,希望他们也同样关注我们的刑事法文丛。正因为编委会成员的高规格,我只好再次冒昧请我们刑法学科点的创始人,湘潭大学法学

院原院长,现任湖南省人大常委会副主任谢勇教授作为编委会主任,他同样很慷慨地允诺下来,并且承诺将他最新研究成果放在这套文丛中出版。同样感谢他对我们刑法学科发展一如既往的支持与鼓励,并且亲躬其力。

《刑事法文丛》的选题原则是刑事法学研究的最新成果,以专著形式为主,因为编委会的开放性,我也希望我们的作者队伍具有一定的开放性,不仅仅限于湘潭大学法学院的刑法学科队伍,其他从事刑事法学研究的学者我们也热忱欢迎加盟;同时选题也具有相对的开放性,不仅仅限于狭义的刑法学论著,作为一体化的刑事法学的其他论著同样可以纳入其中。如果合适,专著性的研究生教材、甚至本科生教材,我们也可以考虑同样列入。但我们有一个原则,那就是所有的著作都必须能够表达作者的刑法元思想,或者体现作者刑法思想的元表达,而反对那种简单将他人的文字改头换面变成所谓自己的东西。正所谓“博学而笃志,切问而近思,仁在其中矣。”(《论语·子张第十九》)

希望我在编辑《潇湘刑事法论丛》时所期望的那种“没有任何压力的表达自己的学术观点,充分显现自己的刑事法学才华与思想闪光点”能够继续。我们的工作就是尽可能选择一些令人温馨的并可能对刑事法学的思想注入活力的论著作为《刑事法文丛》的书稿。我心依然充满期待。

黄明儒

2009年6月于湘潭大学

卷首语

基于前两卷的编撰经验,为了保障稿件质量以及出版物的顺利出版,《潇湘刑事法论丛》(第二卷)编完后,我就开始组稿、编稿,但本卷的完成还是花了整整一年时间。尽管时间朴素得就像一个简单的轮回,但2008年尤其让我记忆深刻、思维沉重,想到2008这年,我保持微笑的脸还是不禁热泪盈眶。对于我国来说,2008年的确是非常不平凡的一年,百姓怀有太多的期待与梦想,同时也予心有戚戚:从百年奥运梦想在北京的成功实现到“神七”顺利升空,让世界加深了对中国的了解;然而这年更多的是让我们感受到了从古未有的阴影笼罩,从年初的南方冰雪灾害冻住太多回家的赶路人,到汶川地震给多少家庭带来的灾难性毁灭,尽管让我们溢满泪水,但我们却同时感受到了人性最真的表达,在极度深寒中我们互相温暖、在极度悲悯中我们互相依靠,在这些自然灾害面前,中国重拾了许久未见的凝聚力与向心力。面对全球经济寒冬,我们凭此依然可以自信地宣誓我们的经济保持8%的增长速度,而让中国成为被春天首先点亮的幸运者。而从安徽阜阳手足口病到三聚氰胺奶粉危机事件,从山东胶州火车相撞事件到深圳龙岗舞王俱乐部发生火灾,从北京青年杨佳上海袭警案到哈尔滨六警察打死人事件,从瓮安、陇南群体性事件到波及全国的出租车罢运风潮,从山西襄汾溃坝事件到河北李家洼煤矿事故,这些接踵而至的黑色悲情事件却又都是我们无法从记忆中抹去的。我们铭记在心,并非为了仇恨或者别的什么。我们唯有在这种记忆中努力铸造我们的精神与气质,才能够在大喜大悲中沉淀文明与财富,更加开明、理性、平和与积极。这些感悟对我个人来说,就意味着我在2008年开始了自己学术自觉的苏醒。在此之前已经很久没有静静地坐在温暖的阳光下,没有任何功利地看自己喜欢的书了,思考也许更少,这些年个人的学问心思似乎因为环境因为际遇都已消失殆尽,但经过多事之秋的2008年后,我的人生洗礼注定有了新的收获:明亮、温暖、积极将成为我将来人生的主色调。并告诫自己,走进2009,就如走进春天醇厚的阳光。我想该到了回归原本勤奋并用心思索的心境了。在这种心境中,《潇湘刑事法论丛》的编辑工作进行得也很顺利。

本卷所刊用的文章大体分为刑法基础理论、外国刑法与国际刑法、刑罚学、刑

事政策与犯罪学、司法实务与评论几类。

在刑法基础理论类,首先采用的是我自己的一篇《论刑法规范的制定技术》,有关刑法规范的论述不多,但至于刑法规范与刑法本身是否存在差别以及存在怎样的差别都很难从现有文献中找到答案。本文主要刑法规范制定技术的概念着眼,探讨了刑法规范体系的构造技术、语言表达技术与整理编撰技术,着重阐述了我国刑法规范制定技术上的不足以及制定刑法规范应有的具体技术要求。应该说本文对刑法规范与刑法本身关系的一个有益的细节性讨论。原因自由行为原本属于大陆刑法学中用来解决行为时如何与责任同在的一个理论问题,在我国讨论并不多见。但近年来,多数学者主张引进这一理论,而如何引进与中国刑法理论契合就成为一个问题,黄旭巍博士的《故意犯形态的原因自由行为若干问题探究》一文可谓一个很好的范例。该文以相关判例为基点,对原因自由行为故意犯领域中的“双重故意”、打击错误与客体错误、中止形态、存在范围等问题进行了深入探讨。作者的原因自由行为中“行为时所发生的客体错误实质是一种打击错误”等观点给人耳目一新的感觉。尽管从1997年修订刑法颁行后,有关罪名的讨论由于相关司法解释的介入似乎偃旗息鼓了,但这并不说明司法解释所确定的罪名就不存在问题,或者理论上就没有异议,张波博士的《论罪名的辨定》一文就是一种有益的讨论。该文认为,罪名辨定,要坚持形式上和实质上的判断原则,并以此为基准对司法解释确定的罪名个数进行了深入分析和评论,同时对一些新的犯罪罪名确定提出了自己的理论见解。

在外国刑法与国际刑法类,我首先选用的是两篇由我指导的硕士翻译并由我审校的译文。孙珺涛翻译的 Audrey Rogers 所撰《非故意犯罪的共犯责任:仍然在故意的限定范围之内》一文在对共犯责任及其犯意条件、非故意犯罪的共犯理论适用的历史沿革进行论述的基础上,评析了各种关于共犯的制定法是否充分描述了非故意犯罪共犯责任的犯意方面的必要条件,非故意犯罪的共犯责任是否适当,认为共犯的归责应当与共同犯罪学说中的归责必要条件相一致,本文还建议法院为了避免误解共犯责任中的意图要件,一般情况下应当无区别地评估非故意犯罪的责任。刘安琳翻译的 Jennifer Walwyn 所撰《针对团伙犯罪:对加利福尼亚州刑法典中 12022.53 条款及团伙犯罪成员的代理责任分析》一文主要审查了加州刑法典中的 12022.53 条款,对某些犯罪过程中使用了枪支的案件可以提高刑度的规定,以及加州各上诉法院间对于团伙犯罪案中的帮助犯和教唆犯,若使用了枪支是否应该提高刑期的争论。应该说这两篇美国刑法的论文对于我国刑法学相应主题的深入研究大有裨益的,这也是我坚持在本出版物中刊载翻译文献的最本质意图。

当然,基于整体规范的考虑,我们在编辑过程中把这两篇译文的大部分注释都删除了。洪永红教授的《论卢旺达国际刑事法庭管辖的国际犯罪》一文则属于国际刑法的范畴。该文对卢旺达国际刑事法庭所要求的关于惩治灭绝种族罪、反人道罪和战争罪这三种国际犯罪的构成要件等方面进行深入剖析,区分了卢旺达国际刑事法庭的规定与前南斯拉夫国际刑事法庭的规定二者之间的异同,明确了前者对于惩治国际犯罪所起到的独特的重大贡献。

在刑罚学类,集中选用了几篇有关刑罚变革的力作。王飞跃副教授的《刑罚改革三论》阐述的是刑罚改革的宏观问题。该文认为刑罚变更是社会治理者的改革,而非刑罚本身的进化。社会治理者治理社会的具体方略、社会发展水平决定的不同利益和权利的变化、不同历史时期指导性刑法思想的更替、刑罚技术的发达程度等等都能够影响到刑罚的改革。该文主要从刑罚性质、刑罚体系、刑罚裁量三个方面阐述了刑罚改革的主要内容,对我国未来的刑罚改革具有相当的借鉴意义。张森博士的《对减轻处罚的多维解读》与张万顺硕士的《论酌量减轻的实体条件》属于有关减轻处罚的专论。前文是从解读的方式与视角来讨论,认为从宏观层面上,减轻处罚表现为法官在法律规制下行使自由裁量权,变更刑法上的罪刑对应关系;中观层面上,减轻处罚具有独立的限定刑罚幅度的功能;微观技术层面上,减轻处罚的司法适用出现的诸如刑罚底线以下是否还应该有新的刑罚限度条件、拘役之下能否认为还有管制刑属于其以下的刑罚幅度、拘役和管制刑以下的减轻是否意味着可以直接免除处罚等问题都有待进一步探讨。而后文则主要结合相关案例与理论观点,从“不具有本法规定的减轻处罚情节”是否属于前提条件、如何理解“案件的特殊情况”两方面对酌减适用的实体条件问题。尹强的《附加剥夺政治权利刑期执行的立法完善》则是从剥夺政治权利在刑期执行过程中存在的诸多问题入手,深入分析了其中最突出的数个自由刑部分剥夺政治权利数罪并罚问题产生的根本原因,认为最好的解决方案是:将附加剥夺政治权利刑期的执行从判决确定之日起计算,并将适用于主刑执行期间的附加剥夺政治权利期限明确为附加剥夺政治权利的刑期。陈至求的《论民事赔偿对刑罚适用的不当影响及其对策》则是通过实证调查的方法,考察了民事赔偿对刑罚适用造成的不当影响与主要原因,并提出了相应的改进对策。该文的最大意义在于通过实证的数据说明问题解决

问题。

在刑事政策与犯罪学类,蔡文的《刑事和解制度利弊分析》一文认为我国引进刑事和解制度是完善我国刑法结构、顺应国际刑事法律改革潮流、避免“私了”现象泛滥的需要,它既有利于保护被害人、犯罪人和社会的利益,但也可能触犯刑法

的基本原则、误读犯罪的本质并在实践中容易被不正当地利用。鲁忠、魏利军的《刑讯逼供原因论》在实证调查研究的基础上,否定了刑讯逼供与警察素质相关的观点,并从道德、文化、管理机制、法律思维观念、法律制度等方面多角度地深入论述了刑讯逼供的原因。

在司法实务类,赵辉、褚程程的《金融诈骗犯罪若干问题之探讨》对金融诈骗犯罪中的“非法占有目的”是为否金融诈骗罪的必备要件、如何理解和认定“非法占有目的”进行了论述,对ATM上使用伪造的、作废的信用卡,冒用他人信用卡和恶意透支行为的性质进行认定,界定了“使用”这一概念,明确了“金融凭证”的范围。该文为司法实践能够提供重要的参考。金泽刚、李金华的《盗窃网络虚拟财产案件定性问题研究》通过分析有关国家和地区在司法实践中对盗窃或类似的侵犯网络虚拟财产行为的定性的不同做法,而认为能否对盗窃虚拟财产行为定盗窃罪,关键在于被窃取的“虚拟财产”是否属于刑法意义上的“财产”以及如何衡量虚拟财产的价值,并得出网络虚拟财产属于财物,其价值评估可以参照审理盗窃案件的相关司法解释的结论。而张鑫磊的《论平和手段公然取财行为的定性》认为,在行为人以平和手段公然取财的情形中,其取财行为是平和的,即不存在对人暴力,也不存在对物暴力,这符合盗窃行为之平和性的特征,其取财行为又是公然的,这符合盗窃行为之不限于秘密窃取的特征。无论该文的观点是否被大多数学者所赞同,该文的探讨非常有意义。王琴的《论介绍贿赂罪的保留》针对理论上有关介绍贿赂罪废除的观点论证了应当予以保留的理由。

本卷在最后还专门刊登了一篇很有意思的评论性文章。我指导的硕士生聂玉磊所撰《法规范之前思:理性人格的推导》一文是就德国著名刑法学家雅科布斯的著作《规范·人格体·社会——法哲学前思》前三章所做的评价性文章,雅科布斯是一个刑法大家,其著作因为其哲学意味即使想要读懂也非常之难,因而本文论者所做的有益尝试值得鼓励,也值得学习。该文认为雅科布斯在该著作的前三章主要是立足于康德的先验哲学,吸收霍布斯、斯宾诺莎的事实论述方法,从其预设的理性人格逐步进行推导,得出了事实上的暴力建立规范的结论,雅科布斯的论述实质上隐含了其功能主义的思想。

本卷的编辑工作同样集中了我指导的众多研究生的无私劳动,最初的文献核对与编辑工作由张轶强、邱帅萍、余运红协助,后来由于张轶强眼睛生病,又加入了博士生欧阳爱辉、硕士生刘红艳、张斌、王朋、王成杰、谢丹、李文明、林源、高麟、胡东焱、涂梦酩、潘鹏、齐艳明和叶剑诸同学的校对协助。湘潭大学出版社的黎毅先生为本卷的出版做了认真的编辑工作。

前两卷的出版资助主要源于湘潭大学法学院,但学院的支持方向与自身的经费来源不可能再给本论丛提供全额资助,本卷的主要出版资助只能改为我主持的湖南省重点本科建设课程“刑法学”提供,非常感谢湖南省重点本科建设课程的雪中送炭。同时也非常感谢湘潭大学兴湘学院的黄德华书记,他作为我的老领导,一直对我以及刑法学科非常关注关照,是他给我无私的鼓励才使我得以坚持自己的梦想。当然我更希望能够找到新的资助办法,从而使我的这种编辑梦想能够继续,继续为刑法学的发展贡献自己的能力。

需要说明的是,本卷开始列入我们刑事法律科学研究中心组织编写的《刑事法文丛》,希望更多的刑法学者关注我们的这一论丛,关注我们的刑事法学研究。

黄明儒

2009年3月

谨识于湘潭大学刑事法律科学研究中心

目 录

论刑法规范的制定技术	黄明儒 (1)
故意犯形态的原因自由行为若干问题探究	黄旭巍 (20)
论罪名的辨定	张 波 (39)
非故意犯罪的共犯责任: 仍然在故意的限定范围之内 Audrey Rogers 著, 孙珺涛译, 黄明儒审校 (57)	
针对团伙犯罪: 对加利福尼亚州刑法典中 12022.53 条款及团伙犯罪成员的 代理责任分析	Jennifer Walwyn 著, 刘安琳译, 黄明儒审校 (73)
论卢旺达国际刑事法庭管辖的国际犯罪	洪永红 (95)
刑罚改革三论	王飞跃 (126)
对减轻处罚的多维解读	张 森 (151)
论酌量减轻的实体条件	张万顺 (159)
附加剥夺政治权利刑期执行的立法完善	尹 强 (171)
论民事赔偿对刑罚适用的不当影响及其对策 ——以湘潭市区基层法院 2002—2006 年判案为例	陈至求 (181)
刑事和解制度利弊分析	蔡 文 (197)
刑讯逼供原因论 ——兼论提高办案人员的素质能否防治刑讯逼供	鲁忠、魏利军 (227)
金融诈骗犯罪若干问题之探讨	赵辉、褚程程 (245)
盗窃网络虚拟财产案件定性问题研究	金泽刚、李金华 (260)
论平和手段公然取财行为的定性	张鑫磊 (278)
论介绍贿赂罪的保留	王 琴 (290)
法规范之前思: 理性人格的推导 ——读雅科布斯《规范·人格体·社会——法哲学前思》前三章有感	聂玉磊 (301)

论刑法规范的制定技术*

黄明儒**

“立法,即以审慎刻意的方式制定法律,以被论者确当地描述为人类所有发明中充满了最严重后果的发明之一,其影响甚至比火的发现和火药的发明还要深远。”^①刑法规范的质量在很大程度上依赖于其制定技术。良好的刑法规范制定技术,可以使刑法规范的表达形式臻于完善,从而细化罪刑关系并保持罪刑均衡;可以构造出科学的刑事法律体系,使之结构完整,条理清楚,协调统一,从而准确反映立法者意图,避免对刑法规范的内容产生不正确甚至错误的理解。

一 刑法规范制定技术的含义

按照汉语词义,所谓技术,是指人类在认识自然和利用自然的过程中积累起来并在生产劳动中体现出来的经验和知识,也泛指其他操作方面的技巧。^②立法技术从本源上讲就是一种方法和技巧,因而一般认为,“立法技术乃依照一定之体例,遵循一定之格式,运用妥帖之词语(法律语言),以显现立法原则,并使立法原则或国家政策转换为具体法律条文之过程”^③。当然,立法技术并非仅仅工匠意义上的技术,法律规范是立法者社会价值取向、立法政策和立法意图的产物。任何一个法律规范都是特定的法律思想和立法政策所体现的实质内容与一定的法律语言

* 基金项目:本文为湖南省社科基金项目(编号 05YB59)“行政犯的构成与典型个罪研究”暨山东省人民检察院 2008 年重点调研课题“刑法、刑事诉讼法和律师法修改若干问题研究”之阶段性成果。

** 黄明儒,男,湖北监利人,湘潭大学法学院教授,博士生导师,山东省临沂市罗庄区人民检察院专家委员会委员。

① [英]弗里德利希·冯·哈耶克著:《法律、立法与自由》(第 1 卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社 2000 年版,第 113 页。

② 参见《现代汉语词典》,商务印书馆 2007 年版,第 646 页。

③ 罗成典:《立法技术论》,台湾文笙书局 1983 年修订 4 版,第 1 页。

和文字结构所组成的外在形式的高度统一。

刑事立法技术作为立法技术在刑法规范制定中的具体应用,有着自己特定的内涵。刑法是规定刑罚等刑事责任的法律,因此,刑法首先应该考虑实现刑罚的报复、赎罪、感情绥靖以及预防等机能。刑罚的各种机能有可能通过刑罚以外的其他法的效果而运行,但刑罚与其他法律措施在本质上存在差异:刑罚的本质是从国家立场出发对犯罪进行谴责的体现,即是一种报应。正因为如此,立法者的任务就是同包括其他法的效果在内的各种社会统治手段相比较,选择可处以刑罚的行为类型,而制定刑法规范。刑事立法所制定的刑法规范不应仅仅是条文的堆砌,而应是具有自己独特逻辑结构的整体。刑法规范制定技术主要包括刑法规范体系构造技术、刑法规范语言表达技术与刑法规范整理编撰技术等内容。

二 刑法规范的体系构造技术

刑法规范的体系构造技术主要是指科学合理规划刑法的逻辑结构,即通过某种从外部到内部的形式将刑法条文按照一定内在逻辑关系排列形成一个有机整体的立法技术。刑法规范体系构造技术主要体现在体例结构和条文结构上。

刑法规范的体例既包括刑事立法的外部表现形式,也包括刑法规范的内部结构形式。从刑事立法的外部表现形式来看,包括刑法典、单行刑法和附属刑法三种形式。其中刑法典是采用成文法体例国家所采用的最基本的体例,是刑法体系中的“纲”。而将不宜全部纳入或者难以全部纳入刑法典的某些犯罪,通过如单行刑法或附属刑法等体例来规范,作为对刑法典的修改和补充,是刑罚体系中的“目”。从刑法规范的内部结构形式来看,刑法规范的体例主要指法律卷、编、章、节、条、款、项、目的划分、段落的划分及划分的原则和技术。^①《立法法》第54条规定,法律根据内容需要,可以分编、章、节、条、款、项、目。在所有的刑法规范形式中,除附属刑法因其内容较少和相对简单而无法进行层次划分外,刑法典和单行刑法均自成系统。因其规定的事项不同,其内容也有多少之别,而刑事法律体例的划分形式主要取决于法律内容的多少及其复杂程度。

刑事立法首先要考虑的是如何根据其内容和立法体例的不同进行布局谋篇,合理构筑其结构和框架。从刑法规范的整体来看,其体例主要包括名称、通过机关和通过时间、目录、正文、附录等内容。所谓名称,是指刑事立法所创制的刑法规范

^① 吴大英、任允正、李林:《比较立法制度》,群众出版社1992年版,第690页。

采用的称谓。刑法典和单行刑法效力等级不同,在名称上应当有所区别。我国刑法全称为“中华人民共和国刑法”,“中华人民共和国”表明刑法的适用范围;“刑”说明法的内容,这与我国古代“以刑统罪”一脉相承;“法”说明法的效力等级。就单行刑法而言,我国共采用过“决定”、“补充规定”和“条例”三种名称,表明其效力等级;其立法机关均为全国人民代表大会常务委员会,并通过在“决定”、“条例”之前加以“关于惩治……犯罪的”之类的限定词以限定其适用事项。应当说我国刑法规范的名称基本上符合法的名称规范化的要求。所谓通过机关与通过时间,是指批准通过该部刑事法规的立法机关与具体日期。是否注明这一内容,是判断一部刑事法律完善与否的标志。以往我国刑法和单行刑法对此都做了明确的规定。而且几乎全部单行刑法不仅在名称中标明其立法机关,同时也在名称下方的括号里又一次作了规定,导致内容上的重复。如果只在名称后标明其通过机关和通过时间,就可避免重复表述之嫌,而且可使刑法法规的名称简化。所谓目录,是指在正文之前,将其各部分内容的标题按照一定的次序排列而成的一种揭示刑法规范结构的工具。对刑法典而言,因其内容庞杂、层次较多且各部分之前没有各自的标题,所以在正文之前设置目录,便于人们从宏观上把握刑法规范的基本内容,了解和查阅有关刑法内容。而单行刑法因其条文相对较少,因此无需设置目录。所谓正文,就是刑法法规的主体内容,一部刑事法律的基本性规定与实质内容都需要通过正文来表达,一般都分为总则、分则两个部分。单行刑法因其条文较少,通常只分为条、款、项三个层次,条是其最高单位,通常用中文数字“一、二、三……”表述。款基本上与刑法典条文一样,没有称序号,而是以分段的形式表示。因而需要讨论的是刑法典的体例结构。所谓附录,是指刑事法律中附在正文之后作为正文的辅助性、补充性的资料。如我国现行刑法之后所列两个附件,列举了宣布废止和予以保留的部分单行刑法的名称,从而使人们清楚地知晓哪些单行刑法被废止,哪些予以保留,以利于刑法规范的正确适用。

我国修订后的刑法典分总则、分则和附则三个部分。其中总则、分则各为一编,在编之下,再根据法律规范的性质和内容有次序地划分为章、节、条、款、项等层次。简单地说,刑法总则是关于犯罪、刑事责任和刑罚的一般原理原则的规范体系,这些规范是认定犯罪、确定责任和适用刑罚所必须遵守的共同规则。刑法分则是关于具体犯罪和具体法定刑的规范体系,这些规范是解决具体定罪量刑问题的标准。二者是一般与特殊、抽象与具体的关系。总则指导分则,分则是总则所确定的原理原则的具体体现,二者相辅相成。只有把总则和分则紧密地结合起来研究,才能正确地认定犯罪、确定责任和适用刑罚。

“总则”一词,从立法技术上看,可以多角度进行审视。从实质内容上看,它是一些基本性规定;从形式上看,它一般以名实相符的方式表现于名称,也可能无总则的名称而行总则之实。从集中规定总则性内容的编、章、节具体名称来看,“总则”是最为普遍的,如法国、俄罗斯、日本等国《刑法典》;也有采用别的名称的,如《加拿大刑事法典》采用的是“通则”这一名称,另外,其“简称和解释”(共3条,规定在第一章前)也是行总则之实的规定;再如《印度刑法典》,有关总则性的规定也并没有集中在某一个标题之下予以提示或者明确,而是分导言、一般解释、刑罚、一般例外与防卫权、帮助犯罪、刑事共谋等六章规定了相关内容。归纳起来,总则性内容的编、章、节、条共有“总纲”、“总则”、“通则”、“法例”、“基本原则”、“一般规定”、“一般原则”等名称。因此,“总则”一词作为立法技术研究的概念,应当注重的是典型法律模式,或者说绝大多数法律文件共同的模式。当然,在不同的刑事法律中,总则涵盖的具体内容的类别并非一致。实际上,“总则”有时在立法上也将不便于在其他篇、章、节安排的条文集中于此,并非真的是“总的规则”。这时“总则”亦可曰“杂则”。所谓“总的规则”、“基本原则”与其他内容也并非可以截然分开。当然,任何现行刑事立法中“总则”都应当包括有关犯罪、刑事责任和刑罚的一般原理原则等最基本的内容。刑法典总则在设置时一般包括以下内容:

1. 宗旨(目的、任务、依据)

所谓宗旨就是“主要的目的和意图”,如我国《刑法》第1条的规定;而任务则是“指定担任的工作”、“指定担负的责任”,如《俄罗斯联邦刑法典》第2条的规定。其表述方法主要遵循以下几点原则:(1)目的条文应置于第一条,这是通例;(2)目的如果是唯一的,直接表述为“为了……制定本法”;(3)目的多元化的情形下,应当根据不同情况和不同标准确立一种顺序,不能杂乱无章地排列。一般应采取从具体到抽象、从直接到间接、从微观到宏观的表述顺序,另外,还可以根据立法目的的重要性或者根据达到这些目的的先后顺序排列。

2. 基本原则条款

刑法的基本原则是刑事立法和刑事司法中一个带有全局性、根本性的问题,它在刑事法律中占有非常重要的位置,很多国家在刑法典的开篇就明确规定了其基本原则,如《意大利刑法典》和《瑞士联邦刑法典》的第1条规定的均是罪刑法定原

则。^①当然各国刑法规定基本原则有所不同,如我国《刑法》在第3、4、5条规定了罪刑法定、适用刑法人人平等、罪责刑相适应三项基本原则;《俄罗斯联邦刑法典》则在第3、4、5、6、7条规定了法制原则、公民在法律面前一律平等的原则、罪过原则、公正原则、人道原则等五项基本原则。

3. 适用条款

所谓适用条款,大体包括那些关于刑法的调整对象、空间效力、时间效力、对人的效力、法律适用等条款。需要指出的是,这里的“适用”一词与法理当中经常论及的一个重要概念“法律适用”既有联系,又有区别。其联系显而易见,其区别在于法律适用是实施法律、法律规范、法律条文的一种方式,属于法制系统的后续环节,而前者则是立法本身的内在组成部分,是“法律适用”的前提。

4. 犯罪与刑罚条款

犯罪与刑罚以及刑事责任的承担、减轻、免除是刑法典总则的核心内容。如果说基本原则条款规定得比较抽象,在遇到具体问题时难以予以实际运用,那么,犯罪与刑罚条款就是解决对某种行为是否构成犯罪、对构成犯罪的行为是否予以处罚以及给予何种处罚、或者是否具有减轻或免除情形等问题的一种基本性规定。

5. 其他条款

所谓其他条款,一般是指刑法典中属于总则性内容但又很难归入其他总则条款中的一些规定。主要包括相关法律名词的解释性条款以及刑法典总则的适用范围条款等内容。有些国家刑法典并没有其他条款一项,而是将相关解释独立规定,如《加拿大刑事法典》在第一章前专门规定了“简称和解释”,再如《印度刑法典》第二章规定即是“一般解释”;或者在总则之“通则”章节中规定相关内容,如《日本刑法典》即是在总则第一章“通则”第7条规定了公务员、电磁记录的定义,第8条规定了该法总则的适用范围。

刑法分则是规定具体犯罪及其刑事责任的,而具体犯罪的种类相当多,这就需要以一定标准将具体犯罪分为若干类(类罪),再以一定标准对类罪进行合理排列,同时对各类罪中的具体犯罪进行排列,从而形成分则体系。我国刑法分则即《中华人民共和国刑法》的第二编,它较为系统地规定了各类、各种具体犯罪及其刑事责任。刑法分则的体系实质上是解决对犯罪如何分类排列的问题。犯罪分类

^① 《意大利刑法典》第1条具体规定如下:“(犯罪与刑罚:法律明文规定)任何人不得因未被法律明文规定为犯罪的行为而受到处罚,也不得被处以法律未规定的刑罚。”《瑞士联邦刑法典》第1条具体规定如下:“(1.法无规定者不处罚)本法只处罚行为前已为法律明文规定的行为。”