

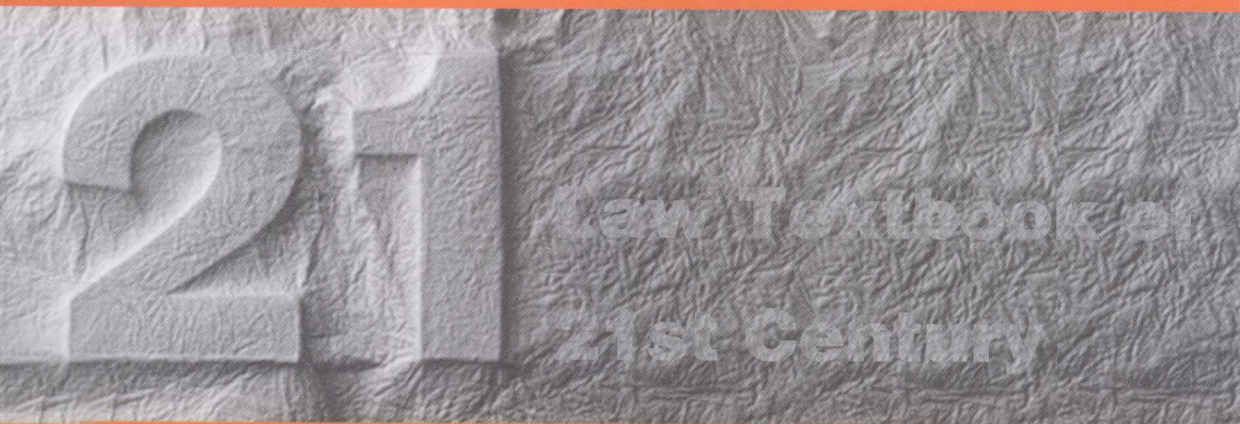
21

21世纪法学规划教材

刑法学

CRIMINAL LAW

黎宏著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

21 世纪法学规划教材

刑法学

Criminal Law

黎宏 著



法律出版社

始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

刑法学/黎宏著. —北京:法律出版社, 2012. 4

21 世纪法学规划教材

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3225 - 2

I. ①刑… II. ①黎… III. ①刑法—法的理论—中国
—高等学校—教材 IV. ①D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 035572 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787 毫米×960 毫米 1/16

印张/65.25 字数/1330 千

版本/2012 年 4 月第 1 版

印次/2012 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3225 - 2

定价:86.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

法律出版社作为中国历史最悠久、品牌积淀最深厚的法律专业出版社,素来重视法学教育图书之出版。

“21 世纪法学规划教材”系列作为本社法学教育出版的重心,延续至今已有十年。该系列一直以打造新世纪新经典教材为己任,遍揽名家新秀,因其卓越品质而颇受瞩目并广受肯定。

中国的法学教育正面临深刻变革。未来的法学教育势必以培养高素质法律人才为目标,以知识教育与应用教育相结合、职业教育与素质教育相结合、精英教育与大众教育相结合为导向。为顺应未来法学教育的改革方向和发展趋势,本社应时而动,推出全新“21 世纪法学规划教材”,为不同学科、不同层次、不同阶段、不同需求的法学师生量身打造法学教材及教参。在教材方面,将推出课堂教学系列、实训课程系列、通识课程系列、简明本系列、双语教学系列等;在教参方面,将推出案例教程系列、法规教程系列、练习与测验系列、法学讲座系列、专业培训系列等。或革新,或全新,以厚基础、宽口径、多元化、开放性为基调,力求从品种、内容和形式上呈现崭新风采,为法学师生提供更好教本与读本,同享规划教材之盛。

“好书,同好老师和好学生分享”。本社在法学教育图书出版上必将继往开来,以精益求精的专业态度,打造本套全新“21 世纪法学规划教材”。传播法学知识,传承法学理念,辅拂法律教育事业,积累法律教育财富,服务于万千法学师生和明日法治英才。

法律出版社

作者简介

黎宏男,1966年8月生,湖北省罗田县人。1984年考入武汉大学法学院,1988年获法学学士学位;同年考取本校刑法学专业硕士研究生,师从马克昌教授;1990年提前毕业,继续攻读本校刑法学专业博士学位;1992年10月,作为中国政府公派留学生赴日本关西私立名门同志社大学留学,师从大谷实教授;1995年获同志社大学法学硕士学位;1996年获武汉大学法学博士学位;1999年获同志社大学法学博士学位;同年9月回国,到清华大学法学院任教。现为清华大学法学院教授、博士生导师、党委书记,兼任中国刑法学研究会理事、北京市西城区人民检察院副检察长(2008年4月至2012年3月)。入选“教育部新世纪优秀人才”,曾获“首届首都十大杰出青年法学家”、“第六届全国十大杰出青年法学家提名奖”等荣誉。

独著有《不作为犯研究》、《单位刑事责任论》、《刑法总论问题思考》、《日本刑法精义》(第二版);独译有《刑事政策学》(新版)、《刑法讲义总论》(新版第二版)、《刑法讲义各论》(新版第二版)、《刑法学基础》;作为主编、副主编或者撰稿人,参与出版《侵财犯罪的理论与司法实践》、《刑种通论》、《西方近代刑法学说史略》等著作十部;在《中国法学》、《法学研究》、《同志社法学》(日本)等中外报刊上发表文章近百篇。

自序

本书是在给学生讲授中国刑法学的讲义基础上加笔而成的。之所以将其整理出版,原因有二:一是人行已经二十多年了,多少有些自己的感想和体会,希望能系统地整理出来与大家交流切磋;二是受不了热情的学生们的一再催促。每当听到“老师,教材什么时候出来啊?”就仿佛受到了莫大的刺激,有食不甘味、夜不能寐的感觉。

本书的指导思想,沿袭了我在2007年出版的《刑法总论问题思考》的基本立场。即现代社会的刑法既是法益保护法又是人权保障法,但二者经常处于紧张的对立之中。刑法学尤其是刑法解释学的任务,就是如何在此二者之间折冲樽俎、权衡利弊,以保持妥当的协调和衡平。而实现这一任务的最好方法,就是在罪刑法定原则的前提之下,进行犯罪认定上的合理分工,即在成立犯罪的客观要件即在有无疑社会危害性及其大小的判断上,以行为所造成的法益侵害结果和行为人的身份等客观外在因素作为唯一标准;而在成立犯罪的主观要件即在主观责任的有无以及轻重上,仅考虑行为人的内在主观的心理状态和精神状态。

基于以上考虑,本书在叙述上,便和通常的教科书有所不同。其中,最为主要的就是,在犯罪论体系上,对传统四要件的犯罪构成体系进行了改良,采用了将客观危害和主观责任截然分开的双层次的犯罪构成体系。

在我看来,和德日传统的三阶层犯罪构成体系相比,我国传统的四要件的犯罪构成体系的精髓或者说是最为显著的特点是,在犯罪构成的要件上将客观方面与主观方面分开、而在犯罪构成的判断上将形式判断与实质判断统一。首先,关于成立犯罪的要件,尽管德日刑法学中弄得非常复杂,要求在构成要件符合性、违法性和有责性的不同阶段考虑不同的内容,但通过现象看本质,也无非是说必须考虑行为、结果、保护法益、行为人、主观意思以及责任能力等要素,而这些要素和我国传统的犯罪构成论的理解并无二致。按照我国传统的犯罪构成理论,任何犯罪,都可以拆分为四个方面的内容,即客体、客观要件、主体、主观要件。这四个方面的内容,实际上可以概括为两大部分,即客观内容(客体和客观要件)和主观内容(主体和主观要件)。任何犯罪的认定,都要本着先客观后主观的顺序进行。这种将犯罪现象分解为主、客观两方面的做法,不仅和哲学上所说的人的任何行为都是基于意思的身体动静的理解一致,也与当今各国有关犯罪成立条件的惯常理解相同。只是我国的犯罪构成体系论说得

II 自序

更直白、具体一些而已。同时,在行为是否构成犯罪的判断上,也一反德日将构成要件符合性作为形式判断,违法性、有责性作为实质判断,二者分开论述的传统做法,将形式判断与实质判断统一起来,一并考虑,即犯罪构成就是“判断行为的社会危害性的有无及其大小而为该行为成立犯罪的主客观要件的统一”,因此,行为符合犯罪构成,就意味着该行为不仅在形式上符合该罪的形式构成,而且实质上也满足成立该罪所必要的实质条件。换言之,行为符合具体的犯罪构成(要件),不仅是行为成立具体犯罪的必要条件,也是充分条件,用不着再进行其他后续的补充判断。

但遗憾的是,我国当今通行的刑法学说虽然坚持了上述四要件论的精髓和本质,但在具体展开和应用的过程中,却有意无意地偏离或者忽视了上述特色。如将刑法第13条规定的前段和后段对立起来,认为即便是“依照法律应当受到刑罚处罚的”“危害社会的行为”,但“情节显著轻微危害不大的”,仍然可以出罪;在犯罪构成体系的判断上,将犯罪构成判断和排除社会危害性事由判断分割开来,认为行为符合具体犯罪构成之后,还不能马上断定成立犯罪,还必须考虑该行为是否正当防卫、紧急避险等排除社会危害性事由;在行为是否具有社会危害性的判断上,必须看行为人行为时的主观要素;在行为与结果有无因果关系的判断上,除了客观存在的引起与被引起的关系之外,还要看行为人对结果有无预见;关于故意、过失的认定内容,只要求有危害性的认识,而不要有违法性的认识;在共同犯罪的处罚根据上,必须考虑各个共犯人之间是否具有主观意思的重合,等等,就是如此。这些现象,在本书看来,都是偏离传统四要件论的本来意思,而陷入了将客观与主观混杂、形式与实质脱节的泥沼的表现。

因此,本书在刑法解释特别是犯罪构成体系的论述上,坚持传统四要件说“客观与主观分开、形式与实质结合”的基本意旨,并将其进一步推向极致。认为犯罪构成是认定行为构成犯罪的最初的,也是最终的唯一标准,是终局性判断,而不是预备性判断;在犯罪构成的理解上,不仅将客观方面与主观方面完全分开,而且从形式判断与实质判断统一的立场出发,将社会危害性的判断与正当防卫、紧急避险等排除社会危害性事由结合起来,将故意、过失的认识要素和具体犯罪构成的客观要素以及期待可能性等结合起来,进行实质分析;将传统学说中的犯罪主体论的内容进行拆分,分解为身份犯和责任能力两方面的内容,并分别放在相应的位置进行论述。在社会危害性的判断上,将行为造成的侵害结果(包括现实危险)和行为主体的身份作为判断依据,绝对排除行为人的主观要素;在主观责任的判断上,从规范责任论的立场出发,把对具体犯罪事实的明知以及应当知道作为中心内容,从是否值得刑罚处罚的立场出发,考察故意和过失的内容,实质地判断行为人对于危害结果是否具有主观责任,并力求将上述观念在刑法总论的各项制度以及各论的每个罪名的论述中贯彻到底。与此相应,在维持传统刑罚观的同时,根据在惩罚限度之内考虑预防需要的折中说,使各项刑罚制度的特点和界限更加明晰,更具可操作性。

另外,在上述思想的表达上也注意到了以下几点:

一是在传统上创新。在“开拓创新”成为我们这个时代最具标志性口号的大形

势下,刑法学也未能幸免。其从内容到体例,正经历着前所未有的变革。但是,“开拓创新”的前提是“严谨求实”,这一点往往被人们所忽略。就人文科学的理论而言,往往是“破旧易、立新难”。我国刑法学经历了几十年的曲折发展,已经形成了一套为我国绝大多数学者所接受、为司法实践所普遍采用的刑法话语。在尚没有找到可以替代上述话语的理论之前,完全斥之为“苏俄时代的落后产物”,弃若敝屣,恐怕也不是科学的态度和做法。基于这一考虑,本书基本上继承了传统理论的体例。即便对于一些很有必要引入的新兴理论,也是采用了“旧瓶装新酒”、“西装外面套长袍”的做法,在传统理论的架构下,使用国人耳熟能详的传统话语来叙说。

二是本土为主、域外为辅。就我于1988年踏入刑法研究之门的经历来看,在本领域,改革开放三十多年来,一个最为显著的进步是,国内刑法学对国外刑法学潮流的介绍和把握,几乎达到了同步的程度。大陆法系主要国家特别是日本的最新刑法学教科书,头一年出来,第二年就有中文版本上市;主要学术观点刚提出不久,在国内马上就有介绍、引用或者跟进,刑法学界“唯德日马首是瞻”之势已经初见端倪。想起我二十多年前上研究生时所接触到的外国学说几乎都是日本战前学说的情景,不胜唏嘘,恍若隔世。但法律毕竟是地方性知识。改革开放之后的三十多年甚至更远地追溯到新中国成立以后的六十多年来所构建起来的中国刑法学,尽管骨子里也可以说是外来的,但至少在形式上已经成为具有中国特色的地方性知识。国外同行所考虑的问题和表达的思想,大都有了我国学者的中国式表达,这是难以否认的。正因为如此,本书在解释中国刑法条文的过程中,均以我国学者的观点为主,对外国刑法学的相关知识,较少涉猎。

三是理论结合实践。理论是灰色的,而生命之树常青(歌德语)。刑法作为调节现实社会生活诸种手段中之最冰冷、最无情的手段,其之所以能让青年时代的我和很多现在如我当年一般的年轻学生为之痴狂,最根本的一点,恐怕在于其强有力的执行和应用所变幻出来的让人浮想联翩而充满智慧的图景。因此,以刑法为研究对象的刑法学,如果不以解决实际应用中所出现的问题为主要内容的话,其魅力和价值就要大打折扣。正因为如此,本书在叙述过程中,穿插有大量的司法解释和案例分析,希望读者通过这些解释和案例,能够深入浅出地理解不同学说间的细微差别,也不至于在夏夜欲睡的朦胧中,因手里滑落的本书重重地砸在脚背上的疼痛而猛然恍悟:“这不是犯罪是什么!”

本书的形成,得益于很多人的帮助。其中,最为重要的有两位:一位是指引我踏上刑法学研究之路的恩师、去年六月驾鹤西去的武汉大学终身教授马克昌先生;另一位是为我在茫茫的問道之路上洞开了另一个世界、现虽年近八旬仍担任日本学校法人同志社总长的大谷实教授。和这两位刑法学巨人之间结下的师生名分是推着我向前走的动力。

最后,需要说明的是,由于刑法学思想博大精深,而本人水平着实有限,书中所论也不过为沧海一粟,而且还不一定拿捏得准。因此,敬请各位方家哈哈之后,不吝赐教。

作者

2012年2月8日于北京清华园明理楼

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 刑法的概念、渊源与分类	(1)
第二节 刑法的性质、目的和机能	(4)
第三节 刑法的规范、体系与解释	(8)
第二章 刑法的基本原则	(17)
第一节 罪刑法定原则	(17)
第二节 刑法适用平等原则	(26)
第三节 罪责刑相适应原则	(27)
第三章 刑法的效力范围	(29)
第一节 刑法的空间效力	(29)
第二节 刑法的时间效力	(37)
第四章 犯罪概念和犯罪构成	(41)
第一节 犯罪概说	(41)
第二节 犯罪构成	(53)
第五章 犯罪构成客观要件	(68)
第一节 概述	(68)
第二节 犯罪构成客观要件的内容	(70)
第三节 排除社会危害性事由	(125)
第六章 犯罪构成主观要件	(170)
第一节 责任原则	(170)
第二节 责任能力	(176)
第三节 犯罪故意	(186)
第四节 犯罪过失	(198)
第五节 认识错误	(211)
第六节 犯罪目的与犯罪动机	(219)
第七节 期待可能性	(222)
第七章 故意犯罪的未完成形态	(226)
第一节 概述	(226)

2 目 录

第二节 犯罪预备	(229)
第三节 犯罪未遂	(232)
第四节 犯罪中止	(252)
第八章 共同犯罪	(259)
第一节 共同犯罪的概念和本质	(259)
第二节 共同犯罪的成立条件	(269)
第三节 共同犯罪的形式	(280)
第四节 共犯人的分类及其刑事责任	(288)
第五节 共同犯罪的特殊问题	(301)
第九章 一罪和数罪	(308)
第一节 罪数的区分	(308)
第二节 一罪的类型	(311)
第十章 刑罚理论和刑罚制度	(326)
第一节 刑罚理论	(326)
第二节 刑罚的种类	(332)
第十一章 刑罚的裁量	(350)
第一节 量刑的概念和一般原则	(350)
第二节 量刑情节及其适用	(356)
第三节 量刑方法	(364)
第四节 累犯、自首、坦白和立功	(367)
第五节 数罪并罚	(385)
第十二章 刑罚执行制度	(392)
第一节 刑罚执行概述	(392)
第二节 缓刑	(394)
第三节 减刑与假释	(398)
第十三章 刑罚的消灭	(406)
第一节 概述	(406)
第二节 时效	(407)
第三节 赦免	(410)
第十四章 刑法各论概述	(412)
第一节 刑法各论的意义和体系	(412)
第二节 具体犯罪条文的构成	(414)
第十五章 危害国家安全罪	(417)
第一节 危害国家、颠覆政权的犯罪	(417)
第二节 叛变、叛逃的犯罪	(422)
第三节 间谍、资敌的犯罪	(424)

第十六章 危害公共安全罪	(428)
第一节 概说	(428)
第二节 以危险方法危害公共安全的犯罪	(430)
第三节 破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪	(443)
第四节 恐怖性质的犯罪	(451)
第五节 违反枪支、弹药、爆炸物、危险物质管理规定的犯罪	(459)
第六节 过失重大责任事故的犯罪	(470)
第十七章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(487)
第一节 生产、销售伪劣商品的犯罪	(488)
第二节 走私犯罪	(501)
第三节 妨害对公司、企业管理秩序的犯罪	(517)
第四节 破坏金融管理秩序的犯罪	(535)
第五节 金融诈骗的犯罪	(570)
第六节 危害税收征管的犯罪	(586)
第七节 侵犯知识产权的犯罪	(601)
第八节 扰乱市场秩序的犯罪	(613)
第十八章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(633)
第一节 侵犯生命、健康的犯罪	(634)
第二节 侵犯妇女、儿童性自由和身心健康的犯罪	(651)
第三节 侵犯他人人身自由的犯罪	(662)
第四节 侵犯他人人格、名誉的犯罪	(688)
第十九章 侵犯财产罪	(711)
第一节 概说	(711)
第二节 暴力、胁迫型财产犯罪	(720)
第三节 窃取、骗取型财产犯罪	(737)
第四节 侵占、挪用型财产犯罪	(760)
第二十章 妨害社会管理秩序罪	(773)
第一节 扰乱公共秩序的犯罪	(774)
第二节 妨害司法的犯罪	(820)
第三节 妨害国(边)境管理的犯罪	(841)
第四节 妨害文物管理的犯罪	(846)
第五节 危害公共卫生的犯罪	(853)
第六节 破坏环境资源保护的犯罪	(864)
第七节 走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪	(881)
第八节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫的犯罪	(900)
第九节 制作、贩卖、传播淫秽物品的犯罪	(907)

第二十一章 危害国防利益罪	(914)
第一节 平时危害国防利益的犯罪	(914)
第二节 战时危害国防利益的犯罪	(923)
第二十二章 贪污贿赂罪	(926)
第一节 概说	(926)
第二节 贪污挪用犯罪	(926)
第三节 贿赂犯罪	(949)
第二十三章 渎职罪	(971)
第一节 渎职罪概述	(971)
第二节 渎职罪分述	(972)
第二十四章 军人违反职责罪	(1007)
第一节 危害作战利益的犯罪	(1008)
第二节 违反部队管理秩序的犯罪	(1012)
第三节 危害军事秘密安全的犯罪	(1015)
第四节 危害部队物质保障的犯罪	(1018)
第五节 侵犯部属、伤病军人、平民、俘虏利益的犯罪	(1022)

第一章 绪 论

第一节 刑法的概念、渊源与分类

一、刑法的概念

刑法,就是规定什么样的行为是犯罪、对该行为应当予以什么样的处罚的法律。由于对刑法规定内容的理解不同,因而有关刑法的称谓也不一致。有的国家看重刑法规定犯罪的一面,因此,将刑法称为“犯罪法”(Criminal Law);相反地,有的国家强调刑法规定对犯罪行为处罚的一面,因此,将刑法称为“刑罚法”(Penalty Law; Strafrecht; droit pénal)。^{〔1〕}

在我国,何谓刑法,理解也不一致。有的认为,刑法就是规定犯罪与刑罚的法律,犯罪与刑罚构成刑法的基本内容;^{〔2〕}有的认为,刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律;^{〔3〕}还有人认为,刑法是规定犯罪及其法律后果(主要是刑罚)的法律规范的总和。^{〔4〕}这三种理解,都是根据刑法内容总结出来的,在表述上大同小异,差别仅仅在于,对犯罪的法律后果该如何看待。

上述第一种观点是我国的传统理解,也是目前的通说,第二种观点和第三种观点是目前学界的有力学说。其中,第二种观点的独特之处在于,将刑事责任作为与犯罪和刑罚并列的、连接犯罪与刑罚的中介。但是,在刑法理论上,刑事责任作为一种主观谴责,是行为人对所造成的客观侵害,主观上必须受到谴责的依据,属于犯罪的成立要件。无论从理论还是法律规定的角度来看,刑事责任都不是与犯罪和刑罚并列的内容,因此,将刑法看作为规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律,显然是不妥的。

〔1〕 关于这一点,日本学者团藤重光有如下解释,即“看重规范的一点时,就是‘刑法’,而看重事实的一点时,就是‘犯罪法’。”参见[日]团藤重光:《刑法纲要总论》(第三版),创文社1990年版,第3页。但是,对此也可以从另一个角度加以理解,即从刑罚权的主体即国家的立场来看,“刑法”就是规定对犯罪的处罚的法律,而从被害人、加害人即国民的立场来看,“刑法”就是告诉大家什么是犯罪的法律。

〔2〕 黄京平主编:《刑法》(第三版),中国人民大学出版社2008版,第1页。

〔3〕 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,中国法制出版社2007年版,第3页。

〔4〕 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第19页;阮齐林:《刑法学》(第三版),中国政法大学出版社2011年版,第1页。

上述第三种观点认为,我国的传统观点,没有反映出我国刑法关于犯罪处罚的特色。其他国家的刑法中,犯罪的唯一后果就是刑罚,但在我国,刑罚处罚只是承担犯罪的法律后果的最主要方式,刑法以及其他法规还规定有另外两种犯罪法律后果:一是“训诫”或者“具结悔过”、“赔礼道歉”、“赔偿损失”等,二是宣告有罪但免于刑罚处罚。这两种情形也是以行为人的行为构成犯罪为前提,属于犯罪的法律后果,而上述有关刑法的理解则没有注意到这一点。因此,认为刑法是规定犯罪及其法律后果的法律。^{〔5〕}

本书同意传统观点,认为刑法就是规定犯罪和刑罚的法律。所谓刑罚就是犯罪的法律后果,具体而言,是刑法所规定的一切以对犯罪的谴责为根据而对行为人科处的痛苦和损害,这一点已经为各种刑法理论所约定俗成,只是在现代社会中,其内容可能各不相同而已。有的表现为传统的死刑、徒刑等,有的则表现为社区矫正、承担行政或者民事责任等形式。我国刑法中,对于犯罪,虽说在死刑、徒刑等传统的处罚方式之外,还有“训诫”或者“具结悔过”、“赔礼道歉”、“赔偿损失”、“行政处罚”或者“行政处分”等处罚措施,但其也是以行为人的行为构成犯罪,应当受到谴责为前提的,本质上看,仍然属于犯罪的法律后果即刑罚,因此,传统观点即“刑法就是规定犯罪和刑罚的法律”的说法没有任何问题。同时,以“法律后果”来替换“刑罚”,也与我国刑法第13条即“一切(中略)危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪”的规定不符。因此,本书在刑法的概念上仍然沿用传统观点。

二、刑法的渊源

所谓刑法渊源,是指刑法的存在形式。在我国,刑法渊源有以下几种:

1. 刑法典。刑法典是以国家名义颁布的、系统规定犯罪及刑罚的法律,是刑法的最主要存在形式。我国现行的刑法典即1997年颁布实施的《刑法》,是在1979年制定颁布的新中国第一部刑法的基础上修订而成的。在此之后,又以刑法“修正案”的形式对其中的内容进行了若干的修订补充。对刑法典内容进行部分修改的“修正案”也是刑法典的组成部分。

2. 单行刑法。单行刑法是国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的,规定某一类犯罪及刑罚或者刑法的某一事项的法律。如全国人大常委会1998年12月29日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》就属于此。^{〔6〕}

〔5〕 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第446页。

〔6〕 全国人大常委会1999年10月30日还颁布了《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教组织活动的决定》,这个法律是否是刑法规,尚有争议。该“决定”第2条由于规定有“对受蒙骗的群众不予追究。对构成犯罪的组织者、策划者、指挥者和骨干分子,坚决依法追究刑事责任;对于自首或者有立功表现的,可以依法从轻、减轻或者免除处罚”等有关处理邪教犯罪的内容,因此,有学者将其看做对现行刑法相关规定的一种补充和修改,认为是单行刑法规。参见阮齐林:《刑法学》(第三版),中国政法大学出版社2011年版,第3~4页。但如果把刑法严格限定为有关犯罪及其法律效果的法律,那么,这个“决定”可能因为没有新确立具体的罪、罚内容而不能看做刑法规。

单行刑法一般是针对现行刑法的漏洞所作的补充规定,或是对现行刑法的修改等。

3. 附属刑法。附属刑法是附带规定于经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范。如2000年7月8日通过的《产品质量法》第50条规定:“在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好,或者以不合格产品冒充合格产品的,责令停止生产、销售,没收违法生产、销售的产品,并处违法生产、销售产品货值金额百分之五十以上三倍以下的罚款;有违法所得的,并处没收违法所得;情节严重的,吊销营业执照;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”其中,“构成犯罪的,依法追究刑事责任”的规定就是附属刑法。附属刑法不规定独立的犯罪和法定刑,没有对刑法的相关内容作出解释、补充或者修改,因此,并非真正意义上的刑法法规。附属刑法的适用,最终要归结到其他刑法法规。如果其他刑法中没有相应的规定,即便存在附属刑法规定,也不能定罪量刑。

三、刑法的分类

刑法的分类,是指刑法在理论上的类别,主要有以下几种:

1. 广义刑法与狭义刑法。这是依照刑法法规的表现形式的不同所做的分类。其中,广义刑法是泛指一切规定犯罪及其法律后果即刑罚的法律规范的总和,它不仅指刑法典,还包括单行刑法以及非刑事法律中的刑事责任条款(附属刑法),狭义刑法则是指国家立法机关以刑法典形式公布的刑法本身。

2. 普通刑法与特别刑法。这是根据刑法适用对象、范围以及适用顺序的不同所做的分类。其中,普通刑法是指具有普遍适用的性质与效力的刑法,实际上是指刑法典。特别刑法是指仅适用于特定对象、时间、地域或特定事项的法律。在我国,过去,如修订前的《惩治军人违反职责罪暂行条例》,由于仅对现役军人的犯罪适用,相对于普通刑法而言,其是特别刑法;现在,如香港、澳门以及台湾地区的刑法由于其仅适用于该特定区域,可以说是特别刑法。

区分普通刑法和特别刑法的意义,主要在于确定其适用规则。当某行为同时符合普通刑法与特别刑法的规定时,应根据特别法优于普通法的原则,仅适用特别刑法;如果某一个行为同时符合两个特别刑法的规定,则应根据新法优于旧法的原则,仅适用新的特别刑法。

3. 行政刑法与刑事刑法。这是根据刑法规定的犯罪是否违反道德规范所做的分类。一般来说,刑事刑法所规定的犯罪多以违反伦理道德为前提,如杀人、放火、抢劫、盗窃等行为,因为违反人类社会的基本价值准则,古往今来、不分东西均被认定为犯罪。相反地,行政刑法所规定的犯罪多以违反行政取缔法规为前提,违反伦理道德的色彩并不明显。如污染环境、走私、逃避税收、违反商标法的规定等行为,仅仅是因为违反了当时当地的行政管理法规而被规定为犯罪。但是,现在这种刑法分类已经没有什么意义。因为,违反伦理道德的行为和违反行政规范的行为,在性质上已经难以区分,二者之间并不存在截然分明的界限。如污染环境的行为,传统上虽被看作为违反行政刑法的行为,但在人类生存环境遭到严重破坏的当今,其在道义上也已经为

人所不齿,特别是在我国,传统上属于行政刑法的内容已经被纳入刑法典的规定中,因此,单纯的行政刑法并不存在。

第二节 刑法的性质、目的和机能

一、刑法的性质

刑法的性质,是指刑法区别于其他法律的特别属性,可以从内容和形式两个方面加以概括。

首先,就内容而言,和其他部门法相比,刑法在调整范围、调整对象以及调整手段上具有以下特点:(1)调整范围的广泛性。一般部门法如民法、经济法、行政法都只是调整和保护某一方面的社会关系,刑法所调整的社会关系则相当广泛,从国家安全、公共安全、经济秩序到公民个人的人身权利、财产权利都有所涉及。可以说,一般部门法所调整的社会关系,都在刑法调整的范围之内。(2)调整对象的特定性。尽管刑法调整范围广泛,但其并非对社会生活中的所有违法行为都适用,而仅仅是针对最为严重的违法行为即对法律所保护的利益造成重大损害的行为才适用,对于通奸或者借钱不还之类的行为,就不能加以干涉,换言之,刑法的调整对象具有特定性。(3)调整手段的严厉性。一般部门法中,违法行为的法律后果是赔偿损失、警告、行政拘留等相对缓和的强制措施,而且在许多情况下,当事人之间可以自行和解,但刑法规定的法律后果则是刑罚,刑罚是国家最严厉的强制方法。不仅如此,在绝大多数情况下,犯罪人与被害人之间不得私下和解。

其次,就形式而言,和其他法律相比,刑法具有以下特点:(1)在根本法与基本法的关系中,刑法属于基本法。宪法是根本法,刑法、民法、诉讼法等是基本法。根本法是一切法律的基础,其他的法律,包括基本法在内,都必须服从根本法,不得违背根本法的规定和宗旨。(2)在实体法与程序法的关系中,刑法属于实体法。刑法规定什么是犯罪,对于各种犯罪行为应当如何处罚,而刑事诉讼法则属于程序法的范畴,它规定的是当犯罪行为发生之后,公安司法机关如何依照法定程序揭露犯罪、证实犯罪和打击犯罪。所以,作为实体法的刑法和作为程序法的刑事诉讼法的关系,是内容与形式、任务和方法、目的和手段的统一。(3)在公法与私法的关系中,刑法属于公法。法律大体上可以划分为公法与私法。其二者的区分标准尚有争议,一般来说,从主体上看,公法主体中至少有一方是国家,而私法中双方均为社会普通成员;从法律关系的内容上看,公法涉及国家及公共利益,而私法则为确定个人利益;从调整方法上看,公法以权力服从为本,而私法则以权利平等为本。刑法以国家权力为后盾、以对违法行为进行处罚为内容,调整的是国家和个人(如被告人、被害人等)之间的关系,因此,它属于公法范畴。

二、刑法的目的

刑法的目的,就是国家制定和适用刑法时所要实现的目标。它是刑事立法的动力,是刑事司法的灵魂,是刑法解释的指针。^{〔7〕}研究刑法目的,有助于司法人员准确地解释和适用刑法,从而对一些模棱两可的行为做出准确的定性。

关于刑法的目的,众说纷纭。由于我国刑法第1条中有“为了惩罚犯罪,保护人民而制定本法”的规定,因此,传统学说认为,“惩罚犯罪,保护人民”都是我国刑法的目的。^{〔8〕}但是,将“惩罚犯罪”作为刑法的目的,显然是将“刑法目的”作为了以报应为主要内容的“刑罚目的”,有混淆概念之嫌。而且,如果说“惩罚犯罪”是制定和适用刑法的目的的话,则刑法当中完全没有必要规定过了一定期限,就不能追诉犯罪的诉讼时效制度;也没有必要规定对于“惩罚犯罪”来说无异于自缚手脚的“罪刑法定原则”;甚至可以说,制定刑法本身就是多余的。因为,一个国家对付犯罪并不需要刑事法律,没有刑法也不妨碍国家对犯罪的有效镇压和惩罚,而且,没有刑法限制的惩罚犯罪可能会更加及时、有效、方便。

也有学者认为,刑法的目的是“维护规范”,即维护“隐藏于生活利益背后的法规范、社会同一性以及公众规范认同感”。^{〔9〕}从一般意义上讲,不仅仅是刑法,所有的规则(包括法律、伦理道义以及宗教教义)都包含有维护和确认人们生活当中“应当如此”或者“不得如此”的规范目的,如果说刑法的目的仅仅是“维护规范”的话,则刑法的目的和其他规则的目的无从区分。同时,将维护“公众”即一般人的“规范感觉”当作刑法的目的,难免有以刑法干涉人的内心想法的嫌疑,完全偏离近代社会中的法律只是规制人的行为的手段的基本思想。

还有学者认为,刑法的目的,应当根据法律自身的性质及其应当追求的正义目标来确定,而不是仅仅根据立法者所宣称的“目的”来确定。^{〔10〕}但是,刑法学主要是一门解释法学,其探讨的对象,应当是本国实定法的规定,脱离刑法规定本身而从普遍意义上的法所应当具有的一般目的来探讨我国刑法的目的,无异于搭建空中楼阁,会导致无的放矢的结果;况且,“法律本身的性质及其应当追求的正义目标”自身就是一个非常含混而抽象的概念,古今东西,都没有一个统一的说法,从这种意义上来说明我国刑法的目的,实际上就是研究者本人自说自话,等于什么也没有说。

本书认为,刑法的目的在于保护法益。所谓法益,是刑法所保护的人的生活利益,既包括个人利益,也包括建立在保护个人利益基础之上因而可以还原为个人法益的国家利益与社会利益。^{〔11〕}首先,这是从我国刑法第1条的规定所推论出的当然结

〔7〕 冯军、肖中华主编:《刑法总论》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第21页。

〔8〕 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,中国法制出版社2007年版,第9页;李晓明主编:《中国刑法基本原理》(第二版),法律出版社2007年版,第45页。

〔9〕 周光权:“论刑法目的的相对性”,载《环球法律评论》2008年第1期。

〔10〕 周少华:“刑法的目的及其观念分析”,载《华东政法大学学报》2008年第2期。

〔11〕 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第27、90页。