

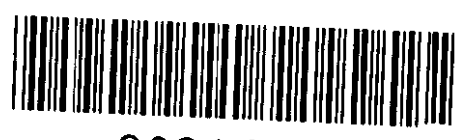
国家教委“八五”社会科学博士点项目

刑法基础论

杨春洗 主编

北京大学出版社

246720



202467204

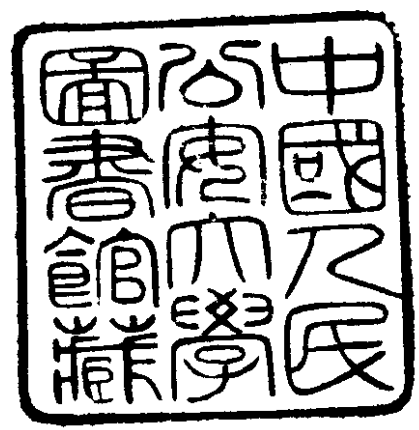
D914/31

国家教委“八五”社会科学博士点项目

QA04/25

刑法基础论

杨春洗 主编



北京大学出版社
北 京

图书在版编目(CIP)数据

刑法基础论/杨春洗主编. —北京:北京大学出版社,1998.12
ISBN 7-301-03991-3

I. 刑… II. 杨… III. 刑法-法的理论-研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 36172 号

书 名: 刑法基础论

著作责任者: 杨春洗

责任编辑: 张晓秦 刘延寿

标准书号: ISBN 7-301-03991-3/D·0403

出版者: 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

电话: 出版部 62752015 发行部 62754140 编辑部 62752032

排版者: 北京大学出版社照排室

印刷者: 北京大学印刷厂

发行者: 北京大学出版社

经销者: 新华书店

850×1168 毫米 32 开本 14.625 印张 360 千字

1999 年 2 月第一版 1999 年 2 月第一次印刷

定 价: 22.00 元

撰稿人简介

- 杨春洗 北京大学法律系教授、博士生导师
张 文 北京大学法律系教授、博士生导师
刘生荣 法学博士, 中国检察理论研究学术部主任、副研究员
孙茂利 法学博士, 公安部法制司综合处处长
罗树中 法学博士, 湖南省委干部
李汉军 法学博士, 海南大学法学院副教授
钟安惠 法学博士, 北京通正律师事务所律师
苗生明 法学博士, 讲师, 北京市海淀区人民检察院检察官
余 净 北京大学法律学系硕士研究生

目 录

序言

——加强刑法基础理论研究·····	(1)
-------------------	-----

刑法属性论·····	(25)
------------	------

一、刑法的阶级性·····	(25)
---------------	------

二、刑法的社会性·····	(32)
---------------	------

三、刑法的文化连续性·····	(38)
-----------------	------

四、刑法的保证性·····	(41)
---------------	------

五、刑法的本质属性·····	(45)
----------------	------

刑法制约论·····	(48)
------------	------

一、定罪与刑法制约·····	(48)
----------------	------

二、量刑与刑法制约·····	(87)
----------------	------

三、中国刑法制约的几个问题·····	(110)
--------------------	-------

犯罪观论·····	(124)
-----------	-------

引言：犯罪观的概念和内容·····	(124)
-------------------	-------

一、犯罪观的历史发展·····	(135)
-----------------	-------

二、对犯罪的社会认识和评价·····	(157)
--------------------	-------

三、犯罪观和刑事法律制度·····	(181)
-------------------	-------

犯罪构成论·····	(206)
------------	-------

一、西方国家的犯罪构成理论·····	(206)
--------------------	-------

二、犯罪构成的理论基础	(220)
三、犯罪构成与犯罪	(233)
四、犯罪构成与刑事责任	(245)
五、研究犯罪构成的理论指导原则	(253)
刑法法益论	(259)
一、法益概念的由来及沿革	(259)
二、刑法法益的涵义	(262)
三、从刑法法益看犯罪的本质	(268)
四、刑法法益的作用	(272)
五、结语	(281)
有组织犯罪论	(282)
一、有组织犯罪的概念	(282)
二、有组织犯罪的历史渊源	(291)
三、当今世界的有组织犯罪	(303)
四、有组织犯罪的原因思考	(325)
五、控制有组织犯罪的对策	(343)
刑罚功能论	(368)
一、导论	(368)
二、报应主义的刑罚功能论	(371)
三、功利主义的刑罚功能论	(376)
四、理性主义的刑罚功能论	(391)
五、结论	(400)
刑罚目的论	(409)
一、刑罚目的概念及相关范畴	(409)

二、刑罚目的诸学说评介	(412)
三、刑罚的特殊预防目的	(428)
四、刑罚的一般预防目的	(438)
五、特殊预防与一般预防的关系	(449)
六、刑罚特殊预防和一般预防目的之局限及其补救	(452)
后记	(458)

序 言

——加强刑法基础理论研究

任何一门学科的基础理论,对该学科及其分支学科来说,都是安身立命的学问,并在教学科研和培养人才的实践中一再证明,基础理论使从业者受益终生。刑法基础理论,在整个刑法理论中处于中心的、指导的地位。它不仅对于刑法的应用理论予以指导和评价,同时也对刑事立法和刑事司法具有宏观的指导意义。以刑事立法和刑事司法实践为直接服务对象的刑法应用理论,以及刑事立法、司法中出现的大量新问题,也为刑法基础理论深化提供了研究的新课题和新动力。刑法基础理论来源于现实的立法、司法实践。脱离实践的理论或者显得苍白无力,或者流于“经院式”说教,使人们难以认识和理解,难以在实践中应用。理论研究只有与立法、司法实践紧密结合,才能永葆其青春活力。刑法理论研究的两个方面,即基础理论的研究和应用理论的研究,历来是相辅相成的。进行应用理论的研究时,不仅要注重理论联系实际,而且不可低估和偏废基础理论的重要指导作用;进行基础理论研究的时候,更要注重理论联系实际,及时吸收应用理论研究的成果。

从近现代世界各国刑法发展的历史看,刑法基础理论与刑事法律科学的发展完善有极为密切的联系。世界刑法进化和改革的每一次大的运动,都伴随着基础理论方面激烈的论战和深化。同时,每一新的刑法思想和刑法理论的形成,都与社会发展和重大变革息息相关,刑法基础理论一向在其中起着先导的作用。新的刑法理论一旦形成,则对刑事立法、司法以及应用理论都有重要的指导作用。刑法基础理论也是随着社会的发展不断调整和完善自身的结构和体系,以便更好地为社会的经济基础服务的。

1979年7月1日,我国第一部刑法典颁布,标志着我国刑事立法、司法工作进入了一个新阶段。此后,随着改革开放的不断深入,国内社会、经济情况变化迅速,犯罪出现了许多新趋势和新特点,刑法典的某些方面已经不能适应惩治犯罪的需要,为此,全国人大常委会从1982年开始,不断进行补充和修改,制定了若干单行刑法规定和补充规定,最高司法机关也进行了多次司法解释,以增强其适应性。经全面修订后的我国现行《刑法》已于1997年3月14日在第八届全国人民代表大会第五次会议上通过,并于1997年10月1日起施行。这是我国刑法史上的重要一步,对刑法基础理论研究提出更多、更高的要求。我国刑法基础理论研究,不仅要研究它的历史发展变化情况,还更要着眼于未来,面向世界。只有这样,才能不断地发展、完善刑法基础理论,使我国刑法基础理论研究,跻身于世界法学研究之林。

我国刑法基础理论研究,与我国刑法的立法、司法活动密切相关,特别是在近年的刑法修改工作讨论过程中,发挥了巨大的作用。一些重大问题的突破,如刑法基本原则问题、法人犯罪问题、死刑问题、正当防卫问题、罚金刑问题、新罪名的增加等问题,都进行了深入研究和论证。此外,刑法基础理论还结合我国的司法实践,对保安处分问题、刑罚体系问题、刑事责任问题、刑事政策问题以及犯罪构成问题等进行了广泛的研究,对于整个刑事立法、司法都有深刻的影响。

我国目前的刑法理论,在注重发掘我国传统法律文化遗产,结合我国社会主义革命和建设的实践经验,特别是改革、开放以来的法制建设实践,借鉴和吸收了其他国家刑法理论中的有益的成果,逐步发展成为有中国社会主义特色的理论体系。然而,刑法理论特别是刑法基础理论,在充分发挥其指导、服务作用的同时,本身也存在着不断自我完善、深化的问题。历史和现实的经验都告诉我们,刑法理论的自身发展、完善,对于保持其旺盛的生命力,充分

发挥其应有的功效至关重要。目前,我国的刑事立法、司法实践,在一些方面已经突破了传统的理论模式,而在更多的方面则需不断深化理论研究,发挥其导向作用。纵观近年来的刑法基础理论研究,以及刑事立法、司法的实践需求,我国刑法基础理论在以下几个方面进一步展开或深化已成定势。

一、关于刑法理论体系

我国目前的刑法理论体系,与前苏联的刑法理论体系有着密切的联系。50年代初,在刑法理论界基本上是全面照搬前苏联刑法理论,以后在此基础上,逐步结合我国的实践,有不同程度的发展。后来由于种种原因,刑法理论与其他许多部门法理论一样,一度处于停滞状态。及至70年代后期,伴随着我国法学理论的复苏和第一部刑法典的制定和颁布,我国刑法理论出现了新的、前所未有的繁荣。我国现行的刑法理论体系,也是在这一时期建立了其基本的框架模式。我国刑法理论的基本框架模式,形式上与前苏联刑法理论大同小异,但在具体内容方面,吸收了不少英美法系和大陆法系刑法理论中的优秀成果,并积极总结吸收了我国改革开放以来的立法司法实践经验,形成了目前这种多数人认为是具有中国社会主义特色的刑法理论体系。

我国刑法理论体系的基本框架为总论、各论两大部分,总论一般为绪论、犯罪论和刑罚论三大部分组成,其中每一部分又分为若干专题;各论一般按刑法典中分则的结构组成。这一基本框架结构已经成为我国刑法理论的定式,近年的研究虽然没有突破这一框架,但在具体内容方面也有不少新的发展和变化。总的趋势是:在总论中,绪论部分中的刑法基本原则、刑法适用范围的研究讨论加深,篇幅加大,但关于刑法的性质、任务、指导思想以及历史沿革方面的篇幅缩小,有一些转入了法理、法史的研究之中。犯罪概念与特征方面,由过去的单一的对犯罪的阶级性研究,趋向于对于犯

罪的社会性以及形式特征的研究,同时也展开了对于罪与非罪的界限方面的一般规律的研究。犯罪构成理论方面,开始了系统的反思,并对大陆法系和英美法系的犯罪构成理论进行了系统的、历史的考察。在此基础上,加强了对刑事责任、法人犯罪、未完成形态犯罪、共同犯罪以及一些特殊类型犯罪的犯罪构成的研究。在刑罚方面,加强了刑罚功能、非刑罚处理方法以及法人刑罚问题的研究。不少学者还对刑罚体系和种类提出了新的设想和论证。在各论中,过去研究具体犯罪时常用的用犯罪构成四个要件逐个套用罪名的研究方法已越来越少被采用,取而代之的是更侧重于对各罪具体犯罪构成要件的研究,对于此罪与彼罪的界限、不同量刑档次界限以及具体犯罪情节的研究。这些研究的深化,对于我国刑法学体系的完善,起了巨大的推动作用。

二、关于刑法基本原则

刑法的基本原则是在一国或一定的法制区域内,刑事法律制度所遵循的,对于刑事立法、司法起着规范和指导作用的最基本的准则。

刑法基本原则对于刑事立法的作用表现在:作为刑事立法的指导原则之一,影响着刑事立法的内容和形式。哪些严重危害社会的行为应规定为犯罪,罪与刑的比例关系应怎样设定,刑法条文的建立应遵从怎样的模式,都应在刑法基本原则的指导下进行。

刑法基本原则不同于刑事政策。刑事政策是国家或执政党惩罚和预防犯罪的基本方略,刑事政策由执政党确定,通过国家政策的方式体现出来^①。不同国家、不同时期,或者同一国家的不同执政党执政时期,刑事政策的具体内涵会有不同的侧重或倾斜。刑法基本原则与刑事政策的共同之处是:都是刑事立法、司法应当遵

^① 参见杨春洗主编:《刑事政策论》,北京大学出版社1994年版,第6—7页。

从的方略和准则,对于刑事法律活动起着规范和指导作用。二者之间的差别表现在:(1)刑事政策更具有灵活性,一国的刑事政策虽然也在一定的时期内具有稳定性、持续性,但总的来说是随着形势的不断变化而不断更新和变化的。刑法的基本原则比较稳定,几乎与社会的性质同步发展,在某一社会状态下,虽然也可能有些小的调整,但基本内容和形式变化几乎可以忽略。(2)不同历史时期、不同社会形态下的刑事政策的差别很大,有些方面甚至截然不同;但刑法的基本原则却可以跨越某些历史阶段的鸿沟,不同历史时期、不同政治体制下的刑法制度可能遵循的是同样或者是相近的基本原则。

在我国刑法修改讨论过程中,对刑法基本原则进行了深入的讨论,这是我国刑法发展史上的一件大事,具有深远的意义。

我国刑法的基本原则包括:

1. 罪刑法定原则

罪刑法定在大陆法系国家的刑法理论中,被赋予了更高的地位,称之为罪刑法定主义,其意义已经超过了刑法基本原则,兼有实体和程序两方面的意义;同时,具有更广泛的社会、阶级背景,其规范作用也超出了刑事法律本身,影响到了整个社会的政治、法律体制。罪刑法定主义所具有的理论地位和内涵,是与其产生的政治、历史背景分不开的。

我国刑法中罪刑法定原则并不完全等同于西方国家的罪刑法定主义。罪刑法定主义作为一种刑法思想,包含了更为广泛的内容。我国刑法中确立的罪刑法定原则,是在此基础上根据我国刑事立法、司法的实践经验和惩治犯罪,保护人民的需要确立的。西方国家罪刑法定主义的合理内涵,被移植和借鉴,同时也结合我国的实际情况进行必要的调整。因此,在理解我国刑法的罪刑法定原则的时候,既不能否认其与西方国家罪刑法定主义的历史渊源关系,也不能将二者等同。我国刑法中的罪刑法定原则,应作狭义

的理解,即“法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”。

刑法中的罪刑法定原则包括如下内涵:

(1)排斥类推制度。类推作为我国第一部刑法典的一项制度,有一定的积极意义,为有效地惩罚和遏制犯罪,将一些新出现的,刑法典中尚未规定的严重的社会危害行为通过类推制度以犯罪惩处,可望使刑法的效力扩展到适用中的某些死角。我国第一部刑法的类推制度,是严格限制下的类推。但从我国近年来的适用类推情况看,由于实践中的种种原因,类推适用很少。加之理论上与罪刑法定原则的冲突,在刑事立法确立罪刑法定原则之际,同时取消我国刑法中的这一类推制度,使罪刑法定原则更为完善,合理。

(2)禁止溯及既往。定罪量刑要严格以犯罪时的法律为依据,这是罪刑法定原则的另一内涵。法律的溯及既往,一般是在诉讼时效内,对于已经构成犯罪,但尚未审判的行为适用审判时的法律,而不是犯罪时的法律。这不仅背离了罪刑法定原则的基本精神,同时用事后法律惩治事前行为,也会带来其他不良的社会效果。我国过去的一些特别刑法法规曾有以审判时法律定罪量刑的规定,虽然在当时看来有一定的必要性,但不应成为普遍的制度。刑法修改后应严格禁止溯及既往。

(3)禁止不定期刑。不定期刑是罪刑擅断的产物,法官可以随意对其认为犯罪的人处刑,显然与罪刑法定原则相悖。我国刑法中没有不定期刑,是符合罪刑法定原则的。但某些罪的法定刑刑期的自由裁量幅度过大,是值得注意的,例如,有的犯罪刑期的裁量度从6个月有期徒刑到死刑。裁量余地越大,就有可能造成各地之间量刑的不平衡,同样的罪与刑罚不相称。

(4)取消在法定刑以上的加重和限制在法定刑以下酌情裁量的规定。我国刑事立法个别单行法规中曾有过有关在法定刑以上加重处罚的规定,这是与罪刑法定原则相冲突的,实践中也不好掌握。我国新刑法典第63条第2款关于在法定刑以下酌情裁量的

规定,也与严格意义上的罪刑法定原则不甚协调。但考虑到特殊情况的需要和我国的实际情况,允许在严格限制的条件下,适用在法定刑以下处刑。

2. 罪刑相适应原则

罪刑相适应原则的基本意义是指罪行的严重程度与应处刑罚的轻重相对称的原则。即重罪重罚,轻罪轻罚。

对于罪刑相适应原则不应作刑事古典学派式的理解,康德主张绝对的报应主义,倡导罪与刑的绝对的量的均等;黑格尔主张相对的报应主义,即罪与刑在质的方面相等;而贝卡利亚则创造了犯罪与刑罚阶梯理论。历史上旧派均以犯罪行为作为处刑的依据。近现代出现的社会防卫说,不以犯罪行为为惩罚依据,而是以行为人的主观恶性为依据,当前两者有趋同的倾向,即既考虑犯罪行为,也注意犯罪人的主观恶性。理解我国刑法的罪刑相适应原则,也应是犯罪人所犯罪行和承担的刑事责任相适应。司法实践中永远不会有罪与刑的绝对相等(事实上也缺乏衡量的尺度)。而我国刑法应该把握和追求的是相对的相等和横向、纵向的平衡,即在全国范围内,在相对长的时期内,罪与刑的平衡与稳定。在处刑时,既依据其犯罪行为,也要考虑犯罪人的主观恶性。

罪刑相适应的内涵包括:

(1)刑罚是犯罪的必然后果。影响罪与刑的必然性联系的因素包括:①犯罪黑数;②刑事司法效力。虽然从理论上讲,刑事司法的效力不可能达到百分之百,但效力越高,罪与刑的相适应度就越接近。从另一角度看,确立罪刑相适应的原则,也可以促使司法机关提高工作效率,将犯罪黑数控制在最小的限度内。

(2)必须严格依法定罪量刑。刑法是定罪、处刑的唯一标准和尺度。定罪、处刑中必须严格遵守,不得超越法定的范围。即使是在法定的范围内定罪处刑,也要注意避免两种倾向:其一是在法定刑的范围内偏重,其二是在法定刑的范围内偏轻。由于我国幅员

辽阔,人口众多,经济文化发展不平衡,人们(包括司法人员)对于法律的理解差距很大,难免引起定罪与量刑的地区性差异和不平衡。为此,有必要规范全国范围的刑事司法工作,使刑法的适用做到在全国范围内大体上的平衡。

(3)规范法律解释,建立健全法律解释体系。刑事法律体系的建立,为实现罪刑相适应原则创造了良好的条件,罪刑相适应原则的具体贯彻,还需要借助法律解释。通过法律解释,使司法人员尽快了解立法原意,在将普遍性的刑法条文适用于具体的犯罪时,尽可能统一认识,在全国范围内使罪与刑大体平衡,相互一致,重罪重罚,轻罪轻罚。法律解释的三个方面:立法解释、司法解释和学理解释应互为补充。司法解释具有相应的约束力,但它只是对立法本意的解释,不能超越法律原意,成为新的立法。学理解释只供立法、司法参考,对司法部门没有约束力。但也要给予特别的重视,立法、司法解释应尽可能从中吸取优秀的学术研究成果,使理论与实践紧密联系。

(4)刑法执行规范化。刑法经过定罪量刑,正确地宣判对于犯罪分子的刑事处罚,从罪刑相适应原则得到落实的角度看,只是完成了其中的一部分工作,因为所宣判的刑罚是否能被实际执行,还要通过执法过程来实现,罪与刑相适应,不仅仅在于对犯罪分子所宣判的刑罚与其犯罪的程度相适应,最终还要通过刑罚的实际执行与犯罪的相适应,也只有后者达到大体的相适应,才可能达到刑罚的效应。

3. 平等原则

平等原则即在法律面前人人平等,反对特权的原则。“法律面前人人平等”,这是资产阶级革命时期反封建的一面旗帜,也是现代社会的一个普遍性的法制原则。现代各国,无论其社会制度如何,也不论其历史文化传统如何,大多将这一原则写入自己的宪法之中。“法律面前人人平等”具有广泛的内涵,它是自由、平等思想

在法律领域的体现。其法理学上的意义包括了立法方面的人人平等、司法方面的人人平等和守法方面的人人平等,也包括了各个领域法律面前人人平等,刑事法律面前人人平等只是其中的一个方面。从我国当前刑事司法工作的实际情况出发,将法律面前人人平等原则规定为我国刑法的一个基本原则,有重要的现实意义。我国有近三千年漫长的封建社会历史,封建特权思想根深蒂固。当前少数干部特权思想严重。有的领导干部把自己凌驾于法律之上,不仅自己的行为不受法律约束,而且利用手中的权利对刑事司法活动横加干涉,甚至包庇其亲友、子女胡作非为。少数司法机关存在的司法腐败现象也严重干扰着法律面前人人平等原则的贯彻落实。法律面前人人平等原则作为刑事司法中反对特权的有力武器,对于保障我国刑事司法工作的顺利、有效的开展,会起到良好的作用。刑法所调整社会关系的范围非常广泛,几乎各个领域严重的违法行为都可以构成我国刑法规定的犯罪,从这种意义上看,刑事处罚是各个部门法律中最后的、最严厉的处罚手段,是法制的窗口,刑事司法活动对于人们的社会生活有着重要的影响。刑事司法中能否贯彻落实法律面前人人平等原则,对整个法制影响重大,也意味着把好了各个部门法律的最后一道关。

平等原则的基本内涵包括:

(1)在适用刑法条文定罪中,要一律平等,不得因为被告人的社会地位和社会关系而厚此薄彼,也不得因为来自某些领导人个人的干涉而改变公正的定罪。定罪是刑事司法的一个重要环节,定罪的质量如何,直接关系到以后的各项诉讼活动的正确性和有效性。

(2)在对犯罪人量刑时,也要一律平等,不论其地位多高,后台多硬,财力多强,历史功劳多大,都不允许有任何特权,要坚持以事实为依据,以法律为准绳,全面衡量犯罪的性质、情节和社会危害程度,依法判处。

三、关于刑事法律关系

刑事法律关系也称刑法关系,即犯罪与刑罚方面的权利义务关系。这一法律关系的主体是国家和犯罪人,犯罪行为是这类权利义务关系产生的条件和所指的对象,权利义务的具体体现是国家的刑罚权和犯罪人的刑事责任,刑事处罚是这些权利和义务的实现方式。我国刑法理论关于刑事法律关系的研究落后于其他部门法,如民法学、民事诉讼法学、刑事诉讼法学等。目前的一些研究成果,在刑事法律关系的主体、客体、内容及其产生、消灭等主要问题上分歧较多。刑事法律关系问题的研究,还没有引起刑法理论界的普遍重视,许多人直观地认为,刑事法律关系与定罪量刑并无直接联系,因而认为这是一种“纯理论”的研究,没有实际意义。然而,随着近年来刑法理论与实践的发展,越来越多的问题需要基础理论方面的解释与指导,涉及到刑事法律关系方面的有:国家刑罚权的由来;刑事责任的根据;犯罪行为法律特征;国家、被害人、犯罪人的法律地位,各自的权利义务关系以及这些权利义务的起源等。这些问题的解决,有助于刑法意识的确立和加强。刑法意识的加强,对于指导刑法理论研究,对于确立正确的立法意识和设计刑罚体系,对于理解立法原意和正确地定罪量刑,都有重要的作用。由此可见,刑事法律关系理论虽然不直接影响定罪量刑问题,但从宏观上对刑事立法、司法活动提供指导和规范。

刑事法律关系的基本要素包括:

1. 刑事法律关系的主体。即依法享有刑事法律权利和承担刑事法律义务者,包括刑事权利主体和刑事义务主体。刑事权利的主体主要是指行使刑事处置权利的一方,但承担刑事处置义务的一方(犯罪人)也依法享有一些权利。刑事义务的主体,主要是指承担刑事处置义务的犯罪人,但行使刑事处置权利的国家,同时也承担着相应的义务。我国刑法学界普遍认为国家是唯一的刑事