



普通高等教育“十二五”规划教材

外国刑法学原理 (大陆法系)

贾济东 著



科学出版社

普通高等教育“十二五”规划教材

外国刑法学原理

(大陆法系)

贾济东 著

科学出版社

北京

内 容 简 介

本书全面、系统地阐述了大陆法系的刑法基本理论、立法及判例,洞察了理论与立法和司法的互动关系,把握了刑法理论的形成和发展规律,揭示了大陆法系刑法理论与实践的真实面貌;在介绍外国刑法学最新进展的同时,提出并论证了诸多新观点,从而使本书兼具社会价值和学术分量。本书结合实践阐释理论,深入浅出,论证严密,具有较强的说理性和可读性。

本书既可以作为教材供高等院校法学专业的学生全面了解大陆法系刑法学使用,又可以作为专著供学界同行参考借鉴。

图书在版编目(CIP)数据

外国刑法学原理:大陆法系/贾济东著. —北京:科学出版社, 2013

普通高等教育“十二五”规划教材

ISBN 978-7-03-037455-4

I. ①外… II. ①贾… III. ①刑法—法的理论—国外—高等学校—教材 IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 096622 号

责任编辑:籍达心 / 责任校对:徐榕榕
责任印制:阎磊 / 封面设计:蓝正设计

科学出版社出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

新科印刷有限公司印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2013 年 8 月第 一 版 开本:787×1092 16

2013 年 8 月第一次印刷 印张:33 1/4

字数:830 000

定价:78.00 元

(如有印装质量问题,我社负责调换)

外国刑法学研究的新进展（代序言）

高铭暄^①

近年来，中国某些刑法学者认为，中国刑法学中的四要件犯罪构成理论需要“全面清理”；中国刑法学体系需要按照德日刑法学递进式三阶层犯罪论体系“推倒重建”。在我看来，“推倒重建”的观点是不可取的。那么，是否需要研究、借鉴外国刑法学理论？答案无疑是肯定的，学习他人是必要的，但切不可在学习迷失了自我，迷失了方向。学习要科学合理，不可妄自菲薄。只有深入了解外国刑法理论的全貌和精髓，才能正确阐释和评判它的是非优劣；只有科学认识外国刑法学理论的原貌和生存土壤，并结合中国的文化传统和国情予以合理扬弃，才能与时俱进，在改革中坚持、发展和完善中国刑法学理论体系。当然，这一切都有赖于对外国刑法理论与实践进行全面、系统、深入的研究。

华中科技大学法学院贾济东教授在给博士和硕士研究生讲授《欧陆日本刑法学》的同时，密切关注外国刑法理论与实践的最新进展。最近，他将教学感悟与研究心得凝成《外国刑法学原理（大陆法系）》一书，即将由科学出版社出版。济东教授在武汉大学师从李希慧教授攻读刑法学博士学位时，深受我的故友马克昌先生的青睐，现在又到北京师范大学跟随赵秉志教授从事博士后合作研究，这种锲而不舍、不断进取的求学精神，令我深受感动。当他将新著交到我手上后，我一气读完。翻阅之余，认为该书具有以下特点：

第一，体系完整，内容全面。全书共分15章，依次为刑法与刑法学、刑法理论流派、刑法基本原则、刑法的效力范围、犯罪概说、犯罪论体系概说、行为、构成要件、违法性、责任、未遂、正犯与共犯、竞合、刑罚、保安处分和修复性司法。作者系统、全面地阐述了大陆法系的刑法基本理论、立法及判例，尤其是对犯罪论体系进行了充

^① 中国人民大学荣誉一级教授暨法学院教授、博士生导师，兼任北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、特聘教授、博士生导师，中国法学会学术委员会副主任，中国刑法学研究会名誉会长，国际刑法学协会名誉副主席暨中国分会名誉主席，北京市法学会名誉会长。

分的阐述，重点较为突出。该书通过对相关刑法理论、刑事立法和司法实践进行阐述、分析和比较，梳理理论源流，评述利弊得失，吸取经验教训，洞察理论、立法与司法的互动关系，进而把握刑法理论的形成和发展规律，有利于读者全面、准确地了解大陆法系刑法理论与实践的真实面貌。

第二，资料新颖，引证翔实。科学的研究是建立在详尽收集资料的基础上的，正如恩格斯所说：“只有当自然和历史的材料搜集到一定程度以后，才能进行批判的整理和比较。”不搞调查研究，不详细占有资料，仅凭一鳞半爪、只语片言，是不可能进行比较研究、得出科学结论的。作者十分注重国外一手资料的收集和运用，大量引用德国、日本等大陆法系典型国家的原文资料，很多参考资料都是德日等国目前的最新版本，有利于国内学者全面准确地掌握国外理论研究的成果。例如，日文资料引注了前田雅英、山中敬一、山口厚等学者近年的新作；德文资料除了引用贝林（Beling）、李斯特（Liszt）、耶赛克（Jescheck）、魏根特（Weigend）、雅科布斯（Jakobs）等学者的经典著作以外，还有罗克辛（Roxin）、许迺曼（Schünemann）、韦塞尔斯（Wessels）、博伊尔克（Beulke）、施特拉腾韦特（Stratenwerth）、库伦（Kuhlen）等学者近年的新作，在一定程度上反映了外国刑法学者研究的最新进展。

第三，勇于创新，不落俗套。该书在参考相关论文、专著和教材的同时，提出了一系列具有创新性的观点。例如，关于犯罪论体系的流变，该书认为德日犯罪论经历了前古典犯罪论体系、古典犯罪论体系、新古典犯罪论体系、目的行为论犯罪论体系、现代新古典犯罪论体系、目的理性犯罪论体系六个阶段；关于犯罪论体系的类型，该书按照行为、构成要件符合性、违法性和有责性四阶层进行内容的编排和论述；关于违法性，该书主张行为无价值二元论，认为违法性的本质在于脱离社会相当性或违反社会伦理规范的手段惹起法益侵害或侵害危险的行为；关于责任，该书认为责任能力、期待可能性和违法性意识的可能性为责任要素，故意与过失为构成要件要素，在责任判断中仅作为责任评价的对象，并非责任本身的内容；关于正犯与共犯的区分标准，该书主张构成要件行为支配说，与国内其他学者所翻译的“犯行支配”、“犯罪支配”、“犯罪事实支配”、“行为支配”不同的是，该书将德国学者罗克辛的犯罪支配行为理解为符合构成要件的行为，将德文原文“Tatherrschaft”翻译为“构成要件行为支配”，等等。作者在对传统观点进行介绍、分析和评判的基础上，提出了诸多颇具新意的观点，并进行了阐释和论证，不乏真知灼见，令人耳目一新。

第四，立足实践，科学论证。贾济东教授曾在司法实务部门工作多年，十分注重理论与实践的有机结合，该书也体现了这一特色。大陆法系刑法学的理论色彩较为浓厚，该书在阐释理论的同时，十分注重紧密联系立法和司法实际。例如，该书援引了大陆法系典型国家的立法例和司法判例，在介绍立法例的同时，又注重说明相关立法的理论依据和社会背景；为了使理论分析更通俗易懂，作者引述了相当数量的典型案例，使该书具有较强的可读性。此外，该书结合立法实践和司法实践，科学阐释外国

刑法理论，对不同观点进行了深入分析和比较研究，论证严密，具有较强的说服力。

该书美中不足之处在于对刑罚论的研究相对较弱，这可能与大陆法系刑法理论研究本身重犯罪论轻刑罚论有关。在罪刑关系上，刑罚与犯罪同为不可或缺的重要一极，然而，该书在犯罪论与刑罚论写作分量的平衡与协调方面未给予同等考虑，似为缺憾。

概而言之，该书既可以作为教材供法学专业学生全面了解大陆法系刑法学使用，又可以作为专著供同行参考借鉴。全书结构合理，立场鲜明，观点新颖，论证严谨，是一部不可多得的学术新著，是对外国刑法理论研究的可贵贡献。这对于我们全面审视外国刑法理论与实践，正确评价中国刑法理论体系，在推进中国刑事法治建设的进程中做到“洋为中用”，扬弃糟粕，借鉴精华，具有积极的意义。

济东教授来北京师范大学做博士后合作研究，与我亦有师生之谊，我为他在刑法学研究上取得的新成绩感到欣喜，希望他能以此为新的起点，俾装前途，永不懈怠，力争取得新的更大成就，是为序。

高铭暄

2013年6月5日

目 录

外国刑法学研究的新进展 (代序言)

第一章 刑法与刑法学	1
第一节 刑法的概念和种类	1
第二节 刑法规范	6
第三节 刑法的任务和机能	8
第四节 刑法学概说	12
第二章 刑法理论流派	17
第一节 启蒙主义的刑法思想	17
第二节 前期古典学派的刑法思想	22
第三节 近代学派的刑法思想	34
第四节 后期古典学派的刑法思想	44
第五节 刑法学派之争	49
第六节 第二次世界大战后的刑法思想	52
第三章 刑法基本原则	61
第一节 刑法基本原则概说	61
第二节 罪刑法定原则	63
第三节 法益保护原则	78
第四节 责任主义原则	81
第五节 谦抑主义	85
第四章 刑法的效力范围	89
第一节 刑法的时间效力	89
第二节 刑法的空间效力	93
第五章 犯罪概说	103
第一节 犯罪的概念	103
第二节 犯罪的本质	106
第三节 犯罪的分类	109
第六章 犯罪论体系概说	113
第一节 犯罪论体系的概念及意义	113
第二节 犯罪论体系的流变	115
第三节 犯罪论体系演进之方法论	124
第四节 犯罪论体系的类型	126

第五节 本书的立场	129
第七章 行为	133
第一节 行为的概念与机能	133
第二节 关于行为的学说	135
第八章 构成要件	139
第一节 构成要件概说	139
第二节 行为主体与客体	157
第三节 实行行为	160
第四节 结果	170
第五节 因果关系	173
第六节 故意、过失与事实错误	185
第九章 违法性	212
第一节 违法性概说	212
第二节 违法性阻却事由概说	227
第三节 正当防卫	231
第四节 紧急避险	253
第五节 其他违法性阻却事由	261
第十章 责任	282
第一节 责任概说	282
第二节 责任能力	289
第三节 违法性的意识及其可能性	298
第四节 期待可能性	307
第五节 免除、减轻责任事由	311
第十一章 未遂	317
第一节 行为的发展阶段	317
第二节 狭义的未遂犯	319
第三节 不能犯	329
第四节 中止犯	336
第五节 预备犯	344
第十二章 正犯与共犯	349
第一节 正犯与共犯概说	349
第二节 间接正犯	365
第三节 共同正犯	374
第四节 狭义的共犯	390
第五节 共犯论的其他问题	410
第十三章 竞合	420
第一节 竞合概说	420
第二节 行为单数与行为复数	429

第三节 行为单数的犯罪竞合	436
第四节 行为复数的犯罪竞合	457
第十四章 刑罚	467
第一节 刑罚概说	467
第二节 刑罚的体系	473
第三节 刑罚的裁量	481
第四节 刑罚的执行	484
第五节 刑罚的消灭	495
第十五章 保安处分和修复性司法	498
第一节 保安处分	498
第二节 修复性司法	501
参考文献	504
附录一 德国刑法学者师承关系图	512
附录二 第二次世界大战后日本刑法学者师承关系图	518
后记	519



第一章

刑法与刑法学

第一节 刑法的概念和种类

一、刑法的概念

(一) 刑法的称谓

世界各国都有刑法，但是不同国家对刑法的称谓并不一致。有称“刑法”为“刑罚法”（penal law）的，如日本、德国、意大利、俄罗斯（日文称为“刑法”，德文称为“Strafrecht”，意大利文称为“il diritto penale”，俄文称为“уголовное право”）等；也有使用“犯罪法”（criminal law）的，例如，在英国、美国多用犯罪法（criminal law）一词，虽然有时也用刑法（penal law）一词，但通常只用于规定刑罚的法律的场合。在法国，刑法（droit penal）与犯罪法（droit criminel）几乎被对半使用^①。此外，还有使用“罪刑法”（law of crime and punishment）的。

如何看待刑法的不同称谓？有人认为，称谓不同是因各国文化传统不同所致，只是形式上的差别，并无实质差异。例如，日本学者团藤重光认为，是使用“刑法”概念，还是使用“犯罪法”概念，主要是一种习惯，难以认为二者之间具有实质区别。使用“刑法”一词时所重视的是规范的一面，使用“犯罪法”一词时所重视的是事实的一面^②。也就是说，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、以规范为重点的“刑法”；law of crime and punishment 则是犯罪和刑罚并重的“刑法”。也有学者认为，不同称谓是因为视角不同。从施加刑罚的主体即国家方面来看，应称之为

① 马克昌：《外国刑法学总论（大陆法系）》，中国人民大学出版社，2009年，第4页。

② 〔日〕团藤重光：《刑法纲要总论》，创文社，1990年，第3页。

“刑法”;从加害者、被害者即普通国民的角度来看,则应称之为“犯罪法”^①。事实上,不管是“刑法”、“犯罪法”,还是“罪刑法”,其所指的法律完全相同,因而它们并无实质上的区别。正如中国台湾学者郑健才所言:“刑随罪至,罪因刑显;单称犯罪法或单称刑法,亦均足以赅括罪刑兼有之义。”^②因此,我们认为,刑和罪之间有着密切的关系,没有必要将“刑法”改称“罪刑法”。

保安处分的出现,对“刑法”一词的妥当性提出了挑战。有学者提出否定的观点,例如,罗克辛认为:“笼统地使用‘刑法’这个名称实际上是不正确的,准确地说,人们本来应当称之为‘刑法和保安处分法’。”^③也有学者提出折中的意见,例如,耶赛克、魏根特认为:“在除刑罚外还有保安处分时期,虽然‘刑法’的表述,严格地讲不再代表上文所说的整个法领域,但对普通刑法的传统的表述还是无可非议的,因为,处于首要位置的是作为社会控制手段的刑罚,而保安处分更多的是具有补充性的功能。”^④

我们认为,保安处分不是刑罚却被规定在刑法中,而刑法中的“刑”只能被解释为“刑罚”,因而采用“刑法”一词确有不妥之处。但由于保安处分形成的时间较晚,为了简便起见,德国、日本等依然称之为“刑法”。中国刑法虽然也规定了非刑罚性的处罚措施,但由于约定俗成的缘故,仍使用“刑法”一词。可见,“刑法”的称谓未变,但内含的观念实已发生变化。

(二) 刑法的界定

何谓刑法?德国学者李斯特曾指出:“刑法规范将特定的犯罪构成(实施一个经详细规定的行为)与特定的法律后果(刑罚)紧密地联系在一起。”^⑤可见,犯罪与刑罚是传统刑法中的两个基本范畴,也就是说,传统意义上的刑法是规定犯罪和刑罚的法律。

上文已指出,保安处分的出现对刑法的称谓产生了冲击,同样地,其对刑法的界定也产生了重大影响,并导致学者在界定刑法的概念时,往往将保安处分作为重要内容纳入。例如,德国学者韦塞尔斯(Wessels)、博伊尔克(Beulke)认为:“刑法(Strafrecht),是法制秩序对构成行为之可罚性的前提条件、可科处刑罚之举止的各个特征、特定的刑罚上威吓和在已有的法律后果之外对特别的矫正和保安处分予以规定的那个部分。”^⑥德国学者罗克辛也指出:“刑法是由一些条文的总和组成的,这些条文规范着作为刑罚或者保安处分所威胁的行为的条件或者后果。”^⑦

意大利学者帕多瓦尼则认为:“任何法律规范,只要规定了刑事制裁,都可以变为刑法规范。正是由于这个原因,所有与适用刑罚有关的法律规定,即使它们只是允许在特定

① [日] 浅田和茂:《刑法总论》(补正版),成文堂,2007年,第4页。

② 郑健才:《刑法总则》,台北三民书局,1982年,第3页。

③ Roxin C. Strafrecht Allgemeiner Teil Band I. Verlag C. H. Beck, 2006, 4. Aufl., S. 2.

④ Jescheck H H, Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Drucker & Humblot, 1996, 5. Aufl., S. 10.

⑤ [德] 李斯特:《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译,法律出版社,2006年,第125页。

⑥ Wessels, Beulke. Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau. C. F. Müller, 2010, 40. Aufl., S. 3.

⑦ Roxin C. Strafrecht Allgemeiner Teil Band I. Verlag C. H. Beck, 2006, 4. Aufl., S. 1.

条件下实施一般应受刑罚处罚的行为的规范(即允许性规范,如各种正当化理由),或者只能免除、消除特定行为可罚性的规范,或者仅仅只是规定减轻或加重刑事处罚的规范,统统都具有刑法的性质。”^①有学者认为,由于《意大利刑法典》既规定了刑罚,也规定了保安处分,因此,这里的“刑事制裁”同时包括了刑罚和保安处分^②。

日本学界对于刑法概念中是否包含保安处分的观点也不一致。例如,日本学者西田典之认为:“刑法就是规定对违反禁止、命令(规范)的行为给予刑罚制裁的法律。”^③板仓宏认为:“所谓刑法,可以说是规定在什么场合犯罪成立这一处罚的前提条件与对犯罪科处什么刑罚这一处罚的内容的法。”^④这些刑法概念中并未包含保安处分。但也有学者(如香川达夫、福田平等)在给刑法下定义时明确指出:“刑法是规定有关犯罪、刑罚及保安处分的法律。”^⑤山中敬一也认为:“刑法是规定犯罪的成立要件和作为对犯罪的法律效果的刑罚(或者处分)的法律。”^⑥尽管日本学者对于刑法概念是否包含保安处分存有争论,但总体而言,持肯定论者不在少数。

在立法上,《德国刑法典》第三章将“刑罚”和“矫正与保安处分”作为“行为的法律后果”予以规定;《意大利刑法典》在第二章专门规定了“刑罚”之后,又于第七章和第八章分别规定了“民事制裁”和“行政保安处分”;日本现行刑法没有保安处分的相关规定,但是在日本《改正刑法草案》中,在规定刑罚之后,第十五章有保安处分的相关规定。

综上所述,尽管大陆法系典型国家在刑法中规定了矫正和保安处分,但并未将之纳入“刑事制裁”。而传统意义上的刑法概念仅仅局限于犯罪和刑罚,并没有包含矫正和保安处分的内容。显然,传统的刑法概念已经不能与社会形势的发展相适应。因而,我们认为,现代刑法是规定犯罪、刑罚以及矫正和保安处分的法律。

二、刑法的性质

(一) 刑法是公法

法律有公法与私法之分,这是罗马法以来法的传统分类。公法是涉及公共利益,规定国家或公共团体与国民之间法律关系的法律。在公法关系中,个人之于国家处于法律上的从属地位。私法是涉及私人利益,规定私人间对等关系的法律,如民法、商法等。在私法关系中,各主体之间处于法律上的平等地位。刑法主要是规定国家如何行使刑罚权这种公权力的法律,调整的是国家和公民之间的公权力性质关系,因此,刑法是公法。它体现的是国家与犯罪人之间的权力强制与服从关系,个人处于受国家权力支配的地位。

① [意] 杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译评,中国人民大学出版社,2004年,第2页。

② 马克昌:《外国刑法学总论(大陆法系)》,中国人民大学出版社,2009年,第4页;陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社,2009年,第1页。

③ [日] 西田典之:《日本刑法总论》(第二版),王昭武、刘明祥译,法律出版社,2013年,第4页。

④ [日] 板仓宏:《新订刑法总论》,劲草书房,1994年,第1页。

⑤ [日] 香川达夫:《刑法讲义总论》(第三版),成文堂,1995年,第1页;[日] 福田平:《全订刑法总论》(第四版),有斐阁,2004年,第1页。

⑥ [日] 山中敬一:《刑法总论》(第二版),成文堂,2008年,第3页。

（二）刑法是实体法

在法的体系中，还有实体法与程序法之分。简单说来，实体法是指规定具体权利义务内容的法律，程序法是指规定权利义务得以实现的具体程序的法律。刑法是规定何种行为是犯罪以及如何处罚的法律，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。

（三）刑法是强行法

强行法是与任意法相对应的概念。任意法具有意思自治的性质，法律允许法律关系参加者自己确定相互之间的权利义务的具体内容，如合同法。而强行法则是必须强制执行的法律。在刑法中，某一行为一旦构成犯罪（除少数告诉才处理的犯罪之外），一律应当追究刑事责任，因而刑法具有强行法的特征。当然，刑法中也有任意性规范，极少量犯罪采取告诉才处理的原则，例如，侮辱诽谤罪，刑法规定告诉才处理。在这种情况下，刑法就有一定的任意法的特征；但总体上还是强行法。当然，现代刑法也出现了所谓“公法私法化”的趋势，如在刑事领域重视刑事和解，赋予被害人对犯罪人一定的处置权，等等。但其强行法的特征并未从根本上动摇。

（四）刑法是司法法

西方国家往往将法律分为立法法、司法法和行政法。刑法作为国家的裁判规范，应当以法的安定性作为指导原理，因而原则上刑法是司法法。

三、刑法的分类

根据不同的标准，可以从不同的角度对刑法进行不同的分类。具体如何区分，大陆法系刑法学者之间意见多有分歧。概而言之，主要有以下几种分类。

（一）形式刑法与实质刑法

从表现形式的角度，刑法可以分为形式刑法和实质刑法。其中，形式刑法，是指从法律的名称或者外观便可知悉其为刑法的法律，即现行的刑法典；实质刑法，是指规定犯罪与刑罚的一切法律法规，即实质刑法不仅包括刑法典，还包括特别刑法。

实质刑法包含形式刑法，所以形式刑法也称狭义的刑法，实质刑法也称广义的刑法。

（二）普通刑法与特别刑法

普通刑法又称一般刑法，指现行刑法典，它规定的内容是侵害社会生活中最重要法益（Rechtsgut）的行为及其法律后果，可以指导其他刑法法规。

特别刑法又可以分为广义的特别刑法和狭义的特别刑法。广义的特别刑法是指普通刑法以外的所有关于犯罪及其处理的法律法规。狭义的特别刑法是指包含于广义的特别刑法中而与行政刑法、其他刑法（如商法的“罚则”等）相对应的部分，如日本的《轻犯罪法》、《关于处罚暴力行为等的法律》、《关于防止及处分盗犯等的法律》，等等。它与刑法典一样，以具有自然犯、刑事犯性质的行为作为规制的对象，即规定的是在道德上被非难的反社会的行为。

（三）刑事刑法与行政刑法

刑事刑法也称司法刑法，包括上文的普通刑法和狭义的特别刑法，即规定违反社会伦理道德的犯罪及其法律后果的法律。刑事刑法中的犯罪，称为刑事犯或自然犯，其特点在于行为本身的反社会性、反伦理性。

行政刑法，是指对行政违法行为规定刑罚的法律，如日本的《国家公务员法》中的“罚则”（第109～111条）。行政刑法中的犯罪，称为行政犯或法定犯，其特点在于，认定行为构成犯罪的依据不是行为本身的反社会性、反伦理性，而是法律的禁止性或命令性规定。

日本学者山中敬一对两者的区别作了专门说明：所谓自然犯、刑事犯，是指超越时代、空间，被任何时代、任何社会普遍认为是犯罪的行为（它本身的恶）。与此相对应，所谓法定犯、行政犯，是由于行政取缔的原因，在技术上被禁止，因而被认为是犯罪的行为（被禁止之故的恶）。这样的见解，即自然犯、刑事犯违反伦理、道义，法定犯、行政犯在伦理上、道义上是“无色”的违法行为，是两类犯罪的区别标准的通说。除此之外，还有学者（M. E. 迈尔）根据侵害的规范的性质进行区别，认为行政犯只是违反法律规范，而刑事犯违反法律规范的同时还违反文化规范。另有学者（福田平）认为，违反基本的生活秩序的行为是刑事犯，违反派生的生活秩序的行为是行政犯^①。

综观现代各国刑法，由于司法刑法（刑事刑法）具有较强的伦理性，所以其数量相对稳定；而行政刑法则具有较强的目的性和明显的变动性，其内容随着社会生活的变迁而不断变化，在一定时期内作为行政犯处理的行为很可能在之后就不按犯罪处理了，但从总体来看，行政刑法的数量呈现递增的趋势。需要强调的是，刑事刑法与行政刑法的区别是相对的、不断变化的，要结合当时的实际情况予以考察。

（四）权威刑法与自由刑法

权威刑法反对个人主义、自由主义，提倡全体主义、国家主义，认为刑法的根本任务是保护国家权力，极端限制个人自由，使刑罚严酷化，特别强调死刑的重要性。与此相反，自由刑法提倡个人主义、自由主义，强调罪刑法定，主张以法律限制国家的刑罚权，认为刑罚的目的在于对犯人进行改造和教育，从而使犯人重新步入社会。因此，自由刑法又称“社会的自由刑法”或“社会刑法”。权威刑法与自由刑法的区别，在德国法西斯政权下被强调，纳粹刑法学者以强调权威刑法而著名^②。自由刑法则为现代西方学者所强调。

（五）侵害刑法与危险刑法

侵害刑法与危险刑法，是以刑法或刑罚对象的侧重点是客观实害还是危险意志为标准划分的。侵害刑法中的刑法或刑罚的对象更偏重于法益侵害结果；危险刑法与侵害刑法相对，其刑法或刑罚的对象侧重于行为人危险的恶意。如果是彻底的侵害刑法，那么该刑法只处罚既遂犯，不处罚未遂犯与预备犯；如果是彻底的危险刑法，那么该刑法处罚所有的

^① [日] 山中敬一：《刑法总论》（第二版），成文堂，2008年，第12页。

^② [日] 木村龟二：《刑法总论》（增补版），有斐阁，1978年，第73～74页。

预备犯和未遂犯,甚至连没有行为的恶意也会成为刑法的处罚对象,但是,危险刑法不处罚中止犯。

(六) 行为刑法与行为人刑法

犯罪是行为人的行为。根据立法者在立法的时候的选择,可以将刑法分为行为刑法和行为人刑法。行为刑法是指应该受谴责的是犯罪行为;而行为人刑法是指应该受谴责的是犯罪行为人而不是犯罪行为。

例如,德国学者耶赛克、魏根特认为:“在行为刑法体系中,刑罚是与违法行为联系在一起的,对可罚性起决定作用的是对行为人因实施表明其特性的犯罪行为的指责(行为责任);在行为人刑法体系中,刑罚则是直接与行为人的危险性联系在一起的,这种危险性源自于行为人的生活方式责任。这里,起决定作用的是对行为人具有犯罪人个性的指责。”^①

现行各国刑法绝大多数是行为刑法,但也存在着行为人刑法,“例如意大利刑法典第108条规定的‘倾向犯’就属于行为人刑法。德国学者认为德国刑法典第56条关于缓刑的规定是行为人刑法的最好的例子,保安处分则是行为人刑法思想产生的结果”^②。但从历史上看,“无论是在学术上还是立法上,从来都没有尝试过建立一贯的行为人刑法”,“纯行为人刑法在实践中必然要失败”^③。

(七) 国内刑法与国际刑法

这是根据刑法适用的范围而作的分类。国内刑法,是指仅适用于国内的关于犯罪、刑罚和保安处分的法律规定。国际刑法,是指国际公约中旨在制裁国际犯罪、维护各国共同利益的各种刑事性法律文件。

近年来,国际社会通过了一系列旨在惩治国际犯罪的国际刑法公约。这些国际刑法公约对于维护世界各国人民的共同利益,保障国际公共秩序的安宁,具有重要的意义。但是,在目前的国际环境下,这些国际刑法公约的适用,主要还是通过各国国内刑事司法系统在本国主权所及范围内追诉国际犯罪的活动即国内刑事司法活动来实现的。所以,国际刑法公约中有关国际犯罪的实体法规定、程序和证据规则的规定、刑事司法合作的规定、预防性措施的规定等,应当成为国内立法体现国际刑法规范的主要内容。

第二节 刑法规范

一、刑法规范的概念

规范是指人类共同生活应遵循的一定的行动准则。日本学者西田典之认为:“所谓规

^① Jescheck H H, Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Drucker & Humblot, 1996, 5. Aufl., S. 54.

^② 马克昌:《外国刑法学总论(大陆法系)》,中国人民大学出版社,2009年,第8页。

^③ Jescheck H H, Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Drucker & Humblot, 1996, 5. Aufl., S. 55.

范,是一种当为命题,内容包含‘不得为……’这类禁止规范与‘应为……’这种命令规范。”^① 刑法规范是法律规范中的一种。有学者认为,刑法规范是指由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的,禁止人们实施犯罪行为、命令人们履行义务以免犯罪,指示司法人员如何认定犯罪和科处刑罚(包括免除刑罚处罚)的法律规范^②。也有学者认为,刑法规范是指由国家制定或认可的并以国家强制力保证实施的,以一定的作为或不作为为条件,并赋予一定的法律效果的具有普遍约束力的行为规则^③。在一般意义上讲,上述两种观点都是有道理的。不过后一种观点中的“法律效果”在此处只应包括科处刑罚和免除刑罚两种情况,而不包括矫正和保安处分等非刑罚处罚措施。虽然德国、意大利、日本等国在刑法典中规定了矫正和保安处分(如《德国刑法典》规定的“矫正与保安处分”、《意大利刑法典》规定的“民事制裁”和“行政保安处分”、日本《改正刑法草案》规定的“保安处分”等),但这些规定仅仅是刑法条文,而非刑法规范。

刑法规范以法律要件和法律效果作为内容,这些内容以文字的形式表现出来形成了刑法条文。刑法条文是刑法规范的载体,刑法规范寓于刑法条文之中。一个刑法规范可以体现在一个刑法条文中,如《德国刑法典》第223条;一个刑法规范也可体现在几个刑法条文中,即将法律要件和法律效果分别规定在不同的条文之中,将这几个不同的条文同时结合起来,才可以构成一个完整的刑法规范。这些刑法条文大多散布于特别刑法之中,例如,日本《国家公务员法》第7条第3项规定:“曾是人事官的人,在退職后一年间,不能被任命人事院的官职以外的官职。”该法第109条又规定:“符合下述各号之一的人,处一年以下的惩役或者三万日元以下的罚款。一、违反第7条第3项的规定受诺了任命的人……”像这样在不同的条文中规定犯罪内容及其刑罚的例子在国外刑法中不在少数,但从刑法规范整体性的角度来看,由几个条文加以规定与由一个条文加以规定的刑法规范并无实质的不同^④。然而并不是所有的刑法条文都表现为刑法规范,刑法中那些不以法律要件和法律效果为内容的条文就不属于刑法规范的范畴。

二、刑法规范的分类

根据不同的分类标准,可以对刑法规范作出不同的分类。传统上一般将刑法规范分为行为规范与裁判规范、评价规范与决定规范。

(一) 行为规范与裁判规范

行为规范,是指以禁止或命令行为人实施一定行为为内容的规范,一般是法条的前半段内容。例如,从《日本刑法典》第235条盗窃罪的规定可以解读出,“禁止盗窃”这一行为规范,是以禁止实施一定行为为内容的规范,又称禁止规范;从《日本刑法典》第217、218条关于遗弃罪的规定可以解读出,“应该保护年老人、年幼人、身体障碍或者病人”这一行为规范,是以命令实施一定行为为内容的规范,又称命令规范。

① [日] 西田典之:《日本刑法总论》(第二版),王昭武、刘明祥译,法律出版社,2013年,第1~2页。

② 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社,2011年,第30页。

③ 李希慧:《刑法总论》,武汉大学出版社,2008年,第17页。

④ 冯军、李春雷:《外国刑法学概论》,中国民主法制出版社,2004年,第10页。

如果说行为规范是规范行为人的，那么裁判规范就是规范法院和法官的。裁判规范是指法院和法官对犯罪人判处刑罚的依据，一般是法条的后半段内容。当行为人经过法院的审理，其行为被认定构成犯罪，法官依照相应裁判规范对其判处刑罚。

学界在刑法规范究竟是行为规范还是裁判规范，或者既是行为规范又是裁判规范方面，一直都是存在争议的。有学者认为：“有关刑法规范究竟是裁判规范还是行为规范的争论，与对违法性的理解有密切关系。如果采取行为无价值论的立场，就会重视刑法的行为规范性；反之，倘若采取结果无价值论的立场，则会重视刑法的裁判规范性。换言之，假如认为刑法是对现实发生的犯罪进行裁判的基准，就必须从结果开始进行回溯性的考察，因而采取结果无价值论；如若认为刑法是指示国民不得犯罪的行为规范，那么，刑法就必须对控制行为的内心起作用，因而采取行为无价值论。基于同样的理由，在违法性问题上同时采取结果无价值与行为无价值的二元论立场的学者，会认为刑法既是裁判规范，也是行为规范。”^① 我们认为，这种理解是值得借鉴的。

（二）评价规范与决定规范

将刑法规范分为评价规范与决定规范是由德国学者梅茨格尔（E. Mezger）最先提出的。所谓评价规范，是指客观判断某种行为在刑法上是否属于无价值的规范。所谓决定规范，是指刑法规范命令行为人在实施行为时作出遵从刑法的意思决定，所以又称意思决定规范。从逻辑关系来说，评价规范在前，决定规范在后。梅茨格尔指出，作为决定规范（即命令）的法律，如果没有作为评价规范的法律，是很难想象的；作为评价规范的法律是作为决定规范的法律的绝对的逻辑前提；作为决定规范的法律的逻辑前提，是作为评价规范的法律，是作为“客观生活秩序”的法律。梅茨格尔进而认为，违法性是由评价规范决定的，有责性（责任）是由决定规范决定的。但是，也有人认为，评价规范与决定规范共同决定违法性。显然，如果就违法性采取规范违反说，则很容易导致主观的违法性论。因为如果认为违反意思决定规范就是违法，那么，就不能不认为决定规范是规范的重要部分。但是，如果就违法性采取法益侵害说，则理当采取客观的违法性论，即违法性是由“刑法应当保护何种利益”这种评价来决定的^②。

第三节 刑法的任务和机能

一、刑法的任务

西方国家的刑法典通常没有规定刑法的任务。但学界还是有相关的论述。例如，耶赛克和魏根特认为：“刑法的任务是保护人类社会共同生活秩序。”^②

俄罗斯学者对刑法的任务也作了简要论述，概括言之，主要是：①刑法典的首要任务是维护人和公民的权利和自由。因为俄罗斯宪法宣布，保护人和公民的权利与自由是国家

^① 张明楷：《外国刑法纲要》（第二版），清华大学出版社，2007年，第5页。

^② Jescheck H H, Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Drucker & Humblot, 1996, 5. Aufl., S. 2.