

中国当代法学文库—研究生教学参考书

外国刑法： 基础理论与研究动向

Fundamental Theories and Study
Trends of Foreign Criminal Law

陈家林 著

陈家林认为：

这是一本写给刑法专业的研究生或有志于报考刑法专业的本科生的书……

在外国刑法理论对我国传统学说的渗透融合已成事实的今天，

若不了解外国刑法理论的相关知识点就无法清晰把握当前国内学界诸多争议问题之焦点所在。

学习与了解外国刑法理论，不仅对从事学术研究有很大提升，即使从事实务工作，

掌握外国刑法的理论知识框架在从事控、审、辩业务也会有很大借鉴作用。



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

■ 中国当代法学文库—研究生教学参考书

外国刑法： 基础理论与研究动向

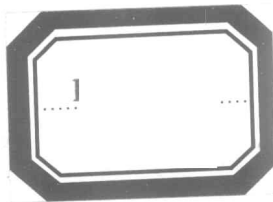
Fundamental Theories and Study
Trends of Foreign Criminal Law

陈家林 著



华中科技大学出版社
<http://www.hustp.com>

中国·武汉



CIP) 数据

外国刑法：基础理论与研究动向 / 陈家林著. —武汉：华中科技大学出版社，2013.9
中国当代法学文库—研究生教学参考书
ISBN 978-7-5609-9319-5

I. ①外… II. ①陈… 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 193509 号

外国刑法：基础理论与研究动向

陈家林 著

策划编辑：王 梓

责任编辑：李 娜

封面设计：傅瑞学

责任校对：九万里文字工作室

责任监印：周治超

出版发行：华中科技大学出版社（中国·武汉）

武汉喻家山 邮编：430074 电话：(027) 81321915

录 排：北京楠竹文化发展有限公司

印 刷：湖北新华印务有限公司

开 本：710mm×1000mm 1/16

印 张：19.5 插页：2

字 数：350 千字

版 次：2013 年 9 月第 1 版第 1 次印刷

定 价：39.00 元



华中科技大学

本书若有印装质量问题，请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线：400—6679—118，竭诚为您服务

版权所有 侵权必究

前 言

在外国刑法理论对我国传统学说的渗透融合已成事实的今天，若不了解外国刑法理论的相关知识点就无法清晰把握当前国内学界诸多争议问题之焦点所在。而目前刑法专业的研究生或有志于报考刑法专业的本科生能够直接阅读外文原著研习刑法的仍属个别，大部分学生对外国刑法理论的了解基本还需依靠中文著作。同时，立足于对未来发展方向的不同选择，学生们对外国刑法理论的学习在广度与深度上有不同诉求。有的学生立志将来从事学术研究，因而会对理论知识的前沿性与细致性有更多期待。有的学生则打算今后从事实务工作，希望能够短平快地了解外国刑法的理论知识框架以便自己将来在从事控、审、辩业务时有所借鉴。要做到最大限度地兼顾这两种需求，就要求外国刑法的参考用书的编写重在与中国刑法理论通说形成互补，引导读者扩展知识、开阔视野，问题意识须重于对体系完整的追求且篇幅不能过长。而现有的同类著作多属鸿篇巨制，似乎不太能够满足上述需求。有鉴于此，笔者结合自己这些年的授课体会尝试着撰写此书，希望能够为有意从事刑法相关工作的读者提供一本合适的参考用书。

本书在撰写时注意选择与外国刑法理论基础和发展动向密切相关的专题，同时尽可能对学说争论的情况做精简介绍。与中国刑法教科书中绝对化论述大量存在的状况不同，国外学者论述刑法体系的书中往往会花较大篇幅介绍与论者观点相左的见解，其意在提醒读者，刑法学作为一门富含价值判断的学科，通常并不存在绝对正确或错误的观点而仅有最适合当下的见解，各种观点的影响力随时代变迁而沧海桑田。因此，本书也重在提示各种有分歧的见解而不追求越俎代庖替读者做观点上的选择。同时，考虑到刑法理论的艰涩费解，本书参考借鉴了国外学者以例说法的写作方式，力图以较直观的方式完成对问题的阐释。另外，鉴于国外学说论争激烈、观点更新频繁，本书在撰写时尽可能引用新的资料和见解，尽量介绍尚无中译的国外代表性观点。由于笔者学识有限，尽管希望本书能够成为一本简洁实用、难易适中的有特色的参考著作，但未必能如所愿，恳请各位读者多提宝贵意见！

本书在写作过程中得到不少学界前辈和同行的关心指教，在此谨表诚挚的谢意。华中科技大学出版社对本书的出版给予了大力的支持，若非王梓编辑的多次督促和细致校对，以我懒散的性格此书能否面世还未可知，在此一并致以衷心的感谢！

陈家林

2013年3月于武汉大学

目 录

导论	1
第一章 刑法的谦抑性与刑事立法的活性化	8
第一节 刑法的谦抑性	8
第二节 刑事立法的活性化	12
第二章 学派之争及其影响	18
第一节 古典学派的刑法理论	18
第二节 近代学派的刑法理论	20
第三节 学派之争	21
第三章 犯罪论体系的演进	24
第一节 犯罪论体系的概念与类型	24
第二节 阶层的犯罪论体系的展开	30
第四章 构成要件的概念与理论	36
第一节 构成要件的概念	36
第二节 构成要件的理论	37
第三节 构成要件的机能	43
第五章 客观的构成要件要素	46
第一节 行为与实行行为	46
第二节 结果	58
第三节 因果关系与客观归属	62
第四节 行为主体与行为客体	81
第六章 主观的构成要件要素	84
第一节 主观的构成要件要素概说	84
第二节 构成要件的主观故意	88
第三节 构成要件的主观过失	94
第四节 错误	103
第七章 违法性论	111
第一节 违法性概说	111

第二节 违法性阻却事由	122
第三节 正当防卫	126
第四节 紧急避险	137
第五节 其他违法性阻却事由	148
第八章 责任论	159
第一节 责任论概说	159
第二节 原因自由行为	163
第三节 违法性意识及其可能性	172
第四节 期待可能性	180
第九章 未遂犯与中止犯	192
第一节 未遂犯	192
第二节 不能犯	199
第三节 中止犯	207
第十章 正犯与共犯论	217
第一节 正犯与共犯的关系	217
第二节 共犯的处罚根据论	224
第三节 共犯的本质	229
第四节 间接正犯	238
第五节 共同正犯	251
第六节 教唆犯	270
第七节 帮助犯	279
第十一章 罪数论	288
第一节 本来的一罪	288
第二节 科刑上的一罪	295
第三节 并合罪	303
参考文献	306

导论

一、刑法的概念

刑法是规定有关犯罪和刑罚的法律。即“规定什么样的行为是犯罪及对该犯罪应如何配置相应程度质与量的刑罚的法律。”^① 随着保安处分^②概念的提出及其被一些国家正式纳入刑法典,有的学者认为上述定义已经不能完整覆盖刑法典所规定的内容,因而提出诸如“刑法是规定有关犯罪、刑罚及保安处分的法律”^③的见解。也有学者进而对“刑法”一词的妥当性也提出批评:“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’”。^④ 对此也有学者表示不同意见:“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”。^⑤ 尽管存在上述争议,但基于约定俗成的缘故,各国一般仍使用“刑法”这一概念。刑法与其他法律一样,都是作为社会治理的一种手段来规定社会生活的准则。不过刑法的特色在于,它是国家通过使用刑罚这种制裁手段来强制人们遵守它的规定。^⑥

根据不同的标准,可以对刑法做出不同的分类。首先,可以将刑法分为最广义的刑法、广义的刑法与狭义的刑法。最广义的刑法即刑事法,是刑法、刑事诉讼法、行刑法等法律的统称。广义的刑法又称实体刑法,包括刑法典以及特别刑法。狭义的刑法仅指刑法典。^⑦

① [日] 武岛幸雄:《结合实务的刑法总论》,成文堂2010年版,第22页。

② 所谓保安处分,是指出于特殊预防目的而设立的刑罚以外的刑法上的法律效果。它以行为人再犯的危险性为前提而并不以刑法上的违法行为为前提,从而与刑罚相区别。参见[日] 高桥则夫:《刑法总论》,成文堂2010年版,第529~530页。

③ [日] 香川达夫:《刑法讲义总论》(第3版),成文堂1995年版,第1页;福田平:《全订刑法总论》(第4版),有斐阁2004年版,第1页。

④ [德] 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第4页。

⑤ [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第13页。

⑥ [日] 曾根威彦:《刑法总论》(第4版),有斐阁2008年版,第1页。

⑦ [日] 曾根威彦:《刑法总论》(第4版),有斐阁2008年版,第1~2页。

刑法典经常又被称为一般刑法或普通刑法,与刑法典相对应的特别刑法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一般刑法以外的所有刑罚法规。狭义的特别刑法是指广义的特别刑法中与行政刑法相对应的部分。狭义的特别刑法,原本就是为了规定犯罪与刑罚而制定的刑法典以外的法律,具有刑法典的附属法规、补充法规的性质。例如日本的《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。它与刑法典同样,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。行政刑法原本是为了实现行政管理目的而设立的法规,为了强制人们遵守它而设置了刑事罚则。例如,日本的《国家公务员法》、《道路交通安全法》、《大气污染防治法》,等等。按其领域的不同,又可以分为劳动刑法、经济刑法、环境刑法,等等。它以具有法定犯、行政犯性质的行为作为规制的对象,即所规定的是相对而言伦理道德色彩淡薄的技术性违法行为。

刑法条文中蕴含着刑法规范。以日本刑法第199条杀人罪的规定为例,该条规定:“杀人的,处死刑、无期或者5年以上惩役。”一般认为,其中前半段规定的是一定犯罪的成立要件,后半段规定的是作为其法律效果的刑罚的种类和范围。“刑罚法规中所显示的这种法律要件与法律效果之间的关系,正无外乎是刑法的规范。”^①根据不同的标准,可以对刑法规范作出不同的分类,传统上人们将刑法规范分为行为规范与裁判规范。行为规范与裁判规范的区分标准在于法律条文的针对对象。所谓行为规范,是指以禁止或命令人实施一定行为为内容的规范。例如,从前述日本刑法第199条杀人罪的规定就可以推导出“禁止杀人”这一行为规范。所谓裁判规范,是指刑法规范针对的是法官(也包括检察官、警察等司法关系者),它是法官对犯罪人科处具体刑罚的根据。当行为人实施了符合法律要件的犯罪行为时,法律要求法官对犯罪人作出刑事审判,确认其犯罪并宣判相应的刑罚。是否认为刑法规范同时具有行为规范与裁判规范这两种性质,在刑法理论上仍存在有激烈的争论。

关于刑法的目的,理论上原本存在法益保护说和社会伦理秩序维持说两种不同的观点,近年来,规范维持说取代了社会伦理秩序维持说而成为与法益保护说分庭抗礼的学说。法益保护说认为刑法的目的在于保护法益。所谓法益,是指“应当由法律来加以保护的市民生活上的利益。”^②“法益保护说以个人主义、自由主义的国家观为基础,认为国家应发挥调整个人与个人之间的利害冲突,原则上仅处罚侵害他人权利、自由的行的作用。”^③社会伦理秩序维持说认为国家本身具有实现某种伦理价值的目的,因此刑法的目的在于增强社会道德,通过处罚违反道德者的行为来实现和促进社会伦理秩序。但是第一,现代的法治社会是一个价值多元化的社会,只要不给他人带来困扰(即只要不侵害法益),就应当容忍行为人实施大部分普通民

① [日]大塚仁等编:《大コンメンタール刑法》(第1卷)(第2版),青林书院2004年版,第6页。

② [日]斋野彦弥:《基本讲义刑法总论》,新世社2007年版,第10页。

③ [日]山中敬一:《刑法总论》(第2版),成文堂2008年版,第48页。

众并不喜好的行为。第二,伦理道德因人而异,从历史上看也是一个不断变化的范畴,并不适于成为通过刑罚加以保护的主体。第三,伦理道德应当是由个人基于自己的良心自发地遵守,而不应由国家来加以强制。^①因此,社会伦理秩序维持说的影响力逐渐下降。规范维持说认为,刑法的目的是维持与伦理道德无关的保护法益所需要遵守的法律规范。规范维持说的学者一般不否认刑法保护法益的作用,但认为“如果离开了规范对人的行动的控制,就不可能实现法益保护。”^②

刑法理论通常认为,刑法的机能可以分为(行为)规制机能、(法益)保护机能及(人权)保障机能三类。规制机能通过规制国民的行为而体现着刑法的行为规范的侧面。保障机能是体现着从被害者的观点通过刑法防止被害的机能。与此相对,保障机能是刑法通过刑事制裁来保障国民与犯罪者的自由和人权的机能。超越刑法规定的伴随有人权侵害内容的刑事政策是不被允许的。李斯特所说的“刑法是刑事政策不能逾越的藩篱”、“刑法是犯罪者的大宪章”指的就是这种含义。现代社会中,刑法的规制机能、保护机能和保障机能之间也存在着对立和矛盾。为了实现保护机能,有效应对法益侵害,就要求必须在早期防止与犯罪相关联的行为。为此,就不限于侵害犯,而是应该对危险犯而且是抽象的危险犯广泛地进行处罚。但是,从犯罪是侵害法益这种法益侵害原则来看,它处罚了(与法益侵害)有很大距离的行为,有违反法益侵害原则之虞。^③因此,如何具体地调和刑法各机能之间的关系“正是刑法理论与实践的核心。”^④

二、犯罪的概念

犯罪作为一种特殊的社会现象,很多学科都对其展开研究。因为研究目的的不同,不同学科对于犯罪概念的理解也不相同。首先,作为刑事政策学、犯罪学等经验科学研究对象的犯罪,指的是诸如甲杀死乙这样的现实生活中所发生的犯罪现象。它“是指侵害广泛的社会共同生活秩序的人的行为,即使年幼者和精神病者的行为也包括在内。”^⑤这种意义上的犯罪概念被称为“实在的犯罪”,即作为社会现实的犯罪。

其次,刑法学中的犯罪概念是上述实在的犯罪概念中应当科处刑罚的那一部分行为。刑法学中的犯罪概念又可以进而分为“个别类型的犯罪概念”与“一般类型的犯罪概念”。所谓个别类型的犯罪概念,是指诸如杀人、放火、盗窃这样的个别的被类型化了的犯罪概念,即通常所说的杀人罪、放火罪、盗窃罪等。它是刑法各论的研究对象。所谓一般类型的犯罪概念,是指作为各个具体的犯罪类型所共通的概括性的上位概念的犯罪概念,即犯罪的一般概念。这种犯罪的一般概念正是刑法总

① [日]井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,第21页。

② [日]井田良:《刑法总论的理论构造》,成文堂2005年版,第8页。

③ 参见[日]山中敬一:《犯罪论的机能与构造》,成文堂2010年版,第7~8页。

④ [日]川端博:《刑法总论讲义》(第2版),成文堂2006年版,第3页。

⑤ [日]川端博:《刑法总论讲义》(第2版),成文堂2006年版,第77页。

则的研究对象。研究犯罪的一般概念的意义在于“第一，明确犯罪与非罪行为的界限与基准；第二，设定犯罪成立与否的统一的原理，为处罚或不处罚的根据奠定体系的基础。”^①

即使作为刑法学上犯罪的一般概念，仍然可以从不同的角度加以界定。理论上一般分为形式的犯罪概念、实质的犯罪概念和混合的犯罪概念。

形式的犯罪概念，是从犯罪的形式上即法律特征上给犯罪下定义，即着眼于现行法的处罚规定来为犯罪下定义。不少国家的刑法典规定了形式的犯罪概念。例如，1810年《法国刑法典》第1条规定：“法律以违警刑所处罚之犯罪，称违警罪。法律以惩治刑处罚之犯罪，称轻罪。法律以身体刑或名誉刑处罚之犯罪，称重罪。”1871年《德国刑法典》效仿了《法国刑法典》的规定方式。即便是现行的法国、德国刑法典仍然采用的是形式的犯罪定义。如《德国刑法典》第12条规定：“（1）重罪指：最低刑为1年或1年以上自由刑的违法行为。（2）轻罪指：最高刑为1年以下自由刑或科处罚金刑的违法行为。”在理论上，也有不少学者提倡形式的犯罪概念。在德、日等大陆法系国家最流行的犯罪概念是“犯罪一般而言是指符合构成要件的违法的有责的行为。”^②也有学者从另一个角度认为“刑法学中的犯罪，是指违反刑罚法规，被评价为可罚的侵害社会的行为。”^③英美法系的学者则一般认为，犯罪是受到刑罚处罚的有过错的行为。^④

西方学者认为，以实定法为依据对于犯罪而言属于具有决定性意义的重要要素之一，因此在明确现行法中的犯罪时，形式的犯罪概念毫无疑问具有重要作用，通过它可以提示“可罚的行为”。“可以对犯罪进行形式逻辑上的整理并使其体系化。”^⑤但是，西方学者大多也认为形式的犯罪概念具有局限性。即当以刑法是否规定作为基准时，现行法的规定就成为绝对的尺度与前提。但刑法经常进行犯罪化与非犯罪化的修改，形式的犯罪概念无法为批评和修正现行法律提供基准。^⑥

实质的犯罪概念，是从犯罪的实质上给犯罪下定义，即力图揭示在刑法规定之前犯罪究竟侵犯了何种价值。换言之，即力图揭示立法者为什么将某种行为规定为犯罪，或者为什么某种行为应当规定为犯罪。实质的犯罪概念“不去理会现行法是否有处罚规定，而通过提供独立的基准（即超实定法的基准）来判断某种行为是否应视为犯罪。”^⑦与形式的犯罪概念不同，实质的犯罪概念所提示的是“当罚的行为”。

各国学者都普遍重视对实质的犯罪概念的研究，但在刑法典中明文规定犯罪的

① [日] 高桥则夫：《刑法总论》，成文堂2010年版，第60页。

② [日] 林干人：《刑法总论》（第2版），东京大学出版会2008年版，第74页。

③ [日] 川端博：《刑法总论讲义》（第2版），成文堂2006年版，第77页。

④ See Cecil Turner JW, Kenny's Outlines of Criminal law, 19th Edition, Cambridge University Press, 1966.

⑤ [日] 曾根威彦：《刑法总论》（第4版），有斐阁2008年版，第42页。

⑥ 参见[日] 井田良：《讲义刑法学·总论》，有斐阁2008年版，第14页。

⑦ [日] 井田良：《讲义刑法学·总论》，有斐阁2008年版，第14页。

实质概念则是十月革命后苏联的首创。例如,1919年《苏俄刑法指导原则》第6条规定:“犯罪是危害某种社会关系制度的作为或不作为……”。此后,1926年《苏俄刑法典》规定:“目的在于反对苏维埃制度或者破坏工农政权在向共产主义过渡时期所建立的法律秩序的一切作为或不作为,都认为是危害社会的行为。对于形式上虽然符合本法分则任何条文所规定的要件,但因为显著轻微,并且缺乏损害结果,而失去危害社会的性质的行为,不认为是犯罪行为。”由于在刑法典中规定犯罪的实质概念往往意味着排斥形式概念,因此容易产生破坏法制的后果。

西方学者研究实质的犯罪概念的目的是为了为修改刑法提供标准,为解释现行法提供指针。形式的犯罪概念提示的是“可罚的行为”,而实质的犯罪概念提示的是“当罚的行为”。可罚的行为与当罚的行为并不必然一致,它们的关系就类似于两个主要部分重合的圆圈。现行法中规定的犯罪行为有一部分并不值得动用刑罚加以处罚,因而属于可罚但不当罚的行为。相反,有一部分反社会的行为虽然值得动用刑罚加以处罚,但现行法上并没有相关规定,因而属于当罚而不可罚的行为。“刑法的改正,就无外乎是试图使可罚的行为与当罚的行为相一致。”^①

混合的犯罪概念,是从形式和实质两方面来给犯罪下定义。它又可以进一步分为融合式概念与并列式概念。

融合式概念是苏联等社会主义国家在刑法典中所采用的概念。鉴于斯大林体制造成的严重后果,1960年苏俄刑法典修改了1926年苏俄刑法典的犯罪概念,其第7条规定:“凡本法典分则所规定的侵害苏维埃的社会制度和国家制度,侵害社会主义经济体制和社会主义所有制,侵害公民人身权、政治权、劳动权、财产权以及其他权利的危害社会行为(作为或者不作为),以及本法典分则所规定的其他各种侵害社会主义法律秩序的危害社会行为,都认为是犯罪。”该规定是典型的形式与实质相融合的犯罪概念。后来的不少社会主义国家刑法典都采用了这种犯罪概念。

并列式概念是西方大多数刑法学者们在理论上所使用的犯罪概念。即这些国家的刑法典中规定的犯罪概念都是形式概念,但出于前述立法和解释法律的需要,理论上也同时研究犯罪的实质概念。基于罪刑法定主义的要求,西方国家在司法中,形式的犯罪概念优先于实质的犯罪概念。

三、刑罚的概念

所谓刑罚,“形式上说是作为犯罪的法律效果,由国家对犯人科处的一定的法益剥夺。其实质的意义……基于并合主义,是对犯罪的国家报应同时又追求一般预防与特别预防的目的”。^②近年来,也有学者基于修复的司法的理念,认为“刑罚,是作为对犯罪的规范的报应而恢复被犯罪所侵害的法的平和的制度。”^③

① [日]井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,第15页。

② [日]川端博:《刑法总论》(第2版),成文堂2006年版,第655页。

③ [日]高桥则夫:《刑法总论》,成文堂2010年版,第496页。

关于刑罚的研究，主要存在以下四个根本问题^①：

首先，关于刑罚的本质（刑罚的实体或内容）。对此，存在着认为刑罚的本质是以犯罪行为为理由而对犯人施加作为非难的痛苦的观点（报应刑论），以及认为是为了使行为人不冉重返犯罪的防止再犯手段的观点（目的刑论）的对立。

其次，关于刑罚的根据，即刑罚作为法律效果是针对什么并以什么为契机而被科处。对此，存在着以实施的犯罪即行为作为科刑根据的立场（行为主义）和以行为人将来可能再犯罪的危险性作为科处根据的立场（行为人主义）。

再次，关于刑罚的目的，存在着认为是预防一般人犯罪即一般预防的见解（一般预防论）和预防犯罪人个人冉犯罪的特别预防的立场（特别预防论）。

最后，关于刑罚的正当化理由，一种观点认为，在对犯罪行为施加非难的限度内，科处作为苦痛的刑罚是理所当然和正当的（报应刑论）。另一种观点认为，通过科处刑罚来防止犯罪实现有益于社会的目的是刑罚正当化的理由（目的刑论）。

对以上四个问题，可列表如下：^②

表 1

	刑罚的本质	刑罚的根据	刑罚的目的	刑罚的正当化理由
报应刑论	对犯罪（在能够非难限度内的）反作用	行为主义	一般预防	科处作为报应的不利益是正当的
目的刑论	防止再犯的合理的手段	行为人主义	特别预防	实现防止再犯这一对社会有益的目的

理论上一般将“报应刑论＋行为主义＋一般预防论作为一个相互整合的见解，而将目的刑论＋行为人主义＋特别预防论作为与之相对立的见解”。^③

从不同的角度，可以对刑罚的种类作不同的划分。例如，按受刑人被剥夺法益内容的不同，可以将刑罚分为生命刑、身体刑、自由刑、名誉刑与财产刑。生命刑也即死刑，是剥夺受刑人生命的刑罚。身体刑是伤害受刑人身体的刑罚，如笞刑、黥刑等。自由刑是剥夺受刑人自由的刑罚，如惩役、监禁、拘留等。名誉刑指的是剥夺受刑人一定能力的刑罚，如剥夺公权、停止公权等。财产刑则是剥夺受刑人一定数额财产的刑罚，如罚金、科料、没收等。在历史上，生命刑和身体刑曾是刑罚的中心。但在当今世界，身体刑因其残酷性有违现代文明理念，已被大多数国家刑法所排斥。而生命刑也正被越来越多的国家废止或限制适用。刑罚的中心已经转向自由刑和财产刑。

应当注意的是，并非所有国家刑法中都存在自由刑、财产刑和名誉刑。如日本现行刑法中就不存在名誉刑。虽然日本也存在为了维持公法上特别监督关系而被科处的作为惩戒罚的免职、停职、减薪、告诫等处分。并且，伴随刑罚的宣告，在其

① [日] 井田良：《讲义刑法学·总论》，有斐阁 2008 年版，第 541 页。
② [日] 井田良：《讲义刑法学·总论》，有斐阁 2008 年版，第 541 页。
③ [日] 井田良：《讲义刑法学·总论》，有斐阁 2008 年版，第 541 页。

他法令中还规定有各种资格限制的情况。如就公职、其他一定的业务丧失资格，或者丧失选举权、被选举权、其他权利等。但这些在性质上都是行政处分，而非严格意义的刑罚。日本道路交通法所规定的“反则金”，虽然事实上是罚金的代替物，但也不是刑罚。

关于刑罚与保安处分的关系，存在着认为两者同质的一元主义与认为两者异质的二元主义之间的争论。一元主义认为，刑罚与保安处分都是为了达到社会防卫目的的手段，两者之间没有本质的区别。其中一种观点认为，刑罚本身可以发挥保安处分机能，从而主张保安刑与不定期刑，这被称为刑罚一元主义；另一种观点认为，应废除刑罚而以保安处分作为刑事制裁的唯一制度，这被称为保安处分一元论。二元主义认为，保安处分以预防将来的危险性为本质，与作为对过去行为的道义报应的刑罚具有根本性区别。从目前的情况看，“将刑事制裁一元化为保安处分，将刑罚解消在保安处分之中的保安处分一元论，不是今日世界的趋势。毋宁说，刑罚与保安处分的二元主义才是世界的趋势。”^①

① [日] 山中敬一：《刑法总论》（第2版），成文堂2008年版，第1075页。

第一章 刑法的谦抑性与刑事立法的活性化

第一节 刑法的谦抑性

一、刑法谦抑性的概念

刑法的谦抑性,是指“由于刑法是对犯罪发动刑罚这种强大的国家权力,剥夺犯罪者的自由,所以应尽可能地控制其发动,有抑制地行使、适用刑罚权的原则。”^①所谓“谦抑”,即谦让抑制,它意味着国家刑罚权的发动要自我控制。谦抑主义被认为是刑法的一项基本原则。

刑法为什么要以谦抑主义作为基本原则,这主要是因为人们逐渐认识到刑法的作用存在限界。

刑法对犯罪者科处刑罚,而刑罚意味着国家强制性地剥夺犯罪人重要的法益,是一种严厉的制裁。刑罚虽然可能有效,但其本身就是一种害恶,用之不当其后果极为危险。因此,在判断是否动用刑罚时,应考虑以下事项:

第一,是否存在被害。如果没有任何一种法律利益受到损害,就不应动用刑罚。即使存在被害,也还需要考虑该被害利益是否严重。例如,通奸行为就意味着对方配偶的利益受到损害,那么是否需要用刑罚来处罚通奸行为,就必须判断这种利益是否具有值得动用刑罚加以保护的性质。^②

第二,动用刑罚是否会引发严重的副作用。例如,如果将卖淫规定为犯罪,就必须考虑其侵害个人隐私的副作用;如果将打探国家防卫秘密的行为规定为犯罪,就必须考虑其侵害报道自由与国民知情权的副作用;如果随意地处罚堕胎行为,那

① [日] 山中敬一:《犯罪论的机能与构造》,成文堂2010年版,第6页。

② 日本刑法第183条原本规定有通奸罪,二战后由于新宪法的施行而被废除。在世界主要文明国家中,韩国是少数几个在刑法法典中保留有通奸罪的国家之一。其刑法第241条规定了通奸罪,但对于该规定是否违宪一直存在争议。韩国宪法法院曾四次作出通奸罪不违宪的判决。在第四次即2008年10月,韩国宪法法院的9名法官中有4人认为通奸罪合宪,5人认为违宪或不合乎宪法,因为没有满足可以做违宪决定的票数(6名法官),因此做出了符合宪法的决定。据媒体报道,韩国政府一直在积极推进废除通奸罪。

么孕妇将不得不求助于冒牌的医生,结果不仅会危及胎儿,还会危及孕妇的生命。

第三,刑罚以外的民事、行政制裁手段是否足以制止该种行为。如果足以制止,则无须动用刑罚。

第四,刑事制裁的成本。科处刑事制裁意味着警察机关、检察机关、法院、监狱等都要付出庞大的人力、物力资源成本。如果这一成本凌驾于科处刑罚所要维护的社会利益之上,那么原则上就不应当科处刑事制裁。^①

二、刑法谦抑性的内容

关于刑法谦抑性的内容,不同学者的概括也不一样。有的认为包括刑法的补充性与刑法的片段性;^②有的认为包括刑法的补充性、刑法的第二次规范性、刑法的片段性;^③有的认为包括刑法的补充性、片断性和宽容性;^④有的则将谦抑性与补充性、片断性同列而统一在“刑法的消极主义”这一上位标题之下。^⑤还有的学者原本认为刑法的谦抑性包括刑法的补充性、片断性和宽容性,后来则认为以上三点内容都可以由刑法的“补充性”来概括,刑法的谦抑性就是补充性。^⑥之所以如此,其实是因为有关刑法谦抑性所分列出的各项内容“并非严格独立的概念,相互之间会有重复。”^⑦出于说明的便利,本书按照刑法的补充性、片断性和宽容性三方面来论述刑法谦抑性的内容。

(一) 刑法的补充性

所谓刑法的补充性,也称为刑法的最后手段性,是指只有当其他手段对法益的保护都不充分时,才能由刑法以替补的形式来对法益进行保护。刑法必须是保护法益的最后手段。“科处刑罚就好比为了治疗重病而实施危险的手术。如果能够通过服用药物等非手术的方法治疗疾病,医生就不应实施会给患者带来危险与负担的手术。”^⑧

“法益保护不会仅仅通过刑法得到实现,而必须通过全部法律制度的手段才能发挥作用。在全部手段中,刑法甚至只是应当最后予以考虑的保护手段,也就是说,只有在解决社会问题的手段——例如民事起诉、警察或者工商管理规定、非刑事惩罚,等等——不起作用的情况下,它才能允许被使用。人们因此称刑罚是‘社会政策的最后手段’,并且将其任务定义为辅助性的法益保护。”^⑨“为确保在任何一个领域里已经确定的规则均得到遵守,立法者借助于刑法的帮助是正常的,但是,只能

① [日] 林干人:《刑法总论》(第2版),东京大学出版会2008年版,第24页。

② [日] 井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,第18页。

③ [日] 浅田和茂:《刑法总论》(补正版),成文堂2007年版,第47页。

④ [日] 川端博:《刑法总论讲义》(第2版),成文堂2006年版,第54~55页。

⑤ [日] 斋野彦弥:《基本讲义刑法总论》,新世社2007年版,第11页。

⑥ [日] 平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第47页。

⑦ [日] 斋野彦弥:《基本讲义刑法总论》,新世社2007年版,第12页。

⑧ [日] 井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,第18页。

⑨ [德] 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第23页。

在显然有必要的情况下才这样做,而不能将其作为一种可以免除其他手段的简便方法加以使用。借助刑事制裁是一种‘最后手段’,在此之前应当试行更为合适的‘技术性制裁’。”^①

刑法对法益保护的补充性从刑法对个人财产法益的保护方式上就可以得到验证。例如,“单纯的不履行合同的行為,即使造成了财产的重大损失,刑法也不对一般的不履行合約行为(即使行为人是故意实施的)进行处罚。因为合同关系中的债权人利益原则上通过民事手段就能够得到充分的保护,而无须依靠刑法。”^②

值得注意的是,刑法的补充性的判断标准也是不断变化的。某种行为原本认为通过民事、行政手段就能够有效加以处理,但随着时代的发展,该行为的危害程度已经显著增强,就有必要考虑动用刑法。“如果感觉到民事的救济已经不充分时,为了阻止这种行为,就需要扩张犯罪化的领域。”^③例如,对日本刑法所规定的盗窃罪的对象,理论和实务界长期认为不包括不动产。因为不动产无法移动,因而即使受到侵害,也可以通过事后的民事法上的救济来处理这一问题。但随着侵夺不动产行为的增多和危害的加大,1960年日本刑法增设了“侵夺不动产罪”,扩张了犯罪化的领域。又如,现在日本的判例将“二重抵押”这种不履行债务的形式解释为属于背任罪的处罚范围。“这种现象也散见于财产犯以外的领域。”^④

(二) 刑法的片断性

所谓刑法的片断性,是指刑法不是将所有对社会有害的行为都作为处罚对象,而只是从中挑选出一部分加以处罚。由于刑法对法益的保护并非是完整和包罗万象的,因而“人们也谈论刑法所具有的‘零碎’性质。”^⑤

某种行为是否成为刑法的规制对象,取决于该行为所针对的法益的重要性程度以及违法侵害行为的形态。例如,对于人的生命这样的重要法益,任何一种攻击行为都被刑法所禁止。而对于财产法益,刑法则表现出明显的片断性。即只处罚故意侵犯财产的行为而不处罚过失侵犯财产的行为。即使是故意侵犯财产的行为也不是都要受刑罚处罚。

刑法所具有的片断性这一性质是否会导致处罚上的不公平?在刑法史上,宾丁最先将“所有刑罚法规的片断性”视为问题。他认为由于现行法律对于法益的保护是不完整的,因而可能会出现处罚一些行为而不处罚另一些与之类似的行为的情况,宾丁因此对刑法的片断性持批评态度。^⑥然而,现在的学者则是从赞赏肯定的立场来

① [法] 卡斯通·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第34页。

② [日] 井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,第18页。

③ [日] 山口厚:《刑法总论》(第2版),有斐阁2007年版,第6页。

④ [日] 山口厚:《刑法总论》(第2版),有斐阁2007年版,第6页。

⑤ [德] 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第23页。

⑥ Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Erster Band, 2. Aufl. 1902, S. 20ff.

论述刑法的片断性。学者们虽然也承认会出现某种程度的不均衡。例如,日本现行刑法第222条规定了胁迫罪,即“以加害生命、身体、自由、名誉或者财产相通告胁迫他人的,处二年以下惩役或者三十万元以下罚金。以加害亲属的生命、身体、自由、名誉或者财产相通告胁迫他人的,与前项同。”根据这一规定,行为人如果以“杀死你的恋人”或“伤害你的亲友”相威胁,就不构成胁迫罪。即使强制对方实施一定的行为,其手段也可能不符合第233条强要罪的规定。这就会产生处罚失衡的问题。但现在的学者多认为,“考虑到这种形态的侵害自由的行为是社会司空见惯的情况,为了不使犯罪的成立毫无限制,所以限定了处罚的范围。”^①

(三) 刑法的宽容性

所谓刑法的宽容性,是指“即使已经实施了犯罪行为,但在衡量法益保护之后,如果认为不是不得已的情况,就应当重视宽容精神而控制处罚。”^②

刑法的谦抑主义作为刑法的一项基本原则,“其原则的意旨,不仅限于刑事立法(犯罪类型的创设),而且在解释论中,也应通过可罚的违法性论、可罚的责任论加以体现。”^③

三、刑法谦抑性的贯彻

在贯彻刑法的谦抑主义时,应注意刑事制裁的实效性、不可欠缺性和狭义的相当性三方面的要求。^④

(1) 实效性。实效性是指,通过刑罚来处罚某种行为必须是达到规制该种行为之目的的有效手段。如果即使使用刑罚来处罚某种行为也无法达到抑制该行为的目的,那么刑罚法规的这种设置就违反了比例原则,是不应当被允许的。

为了确保刑罚的实效性,就有必要证明其所针对行为的有害性。“例如,为了达到维持一般市民健康的目的,需要以某种药物对健康具有恶劣影响为理由禁止贩卖该种药物并处罚贩卖行为时,就必须确认该药物的确有害是具有一定盖然性的。这一点是设置刑罚法规的前提。”^⑤

此外,在提高现行刑罚法规所规定的法定刑或制定新的刑罚法规时,必须存在使这种改动正当化的立法事实,而不能以新闻媒体的选择性、恣意性报道所引发的大众印象作为依据。此时,警察与法院的统计资料就应发挥重要的作用,但也不应将其绝对化。例如警察统计中的发案数和破案率的变化,并不必然反映犯罪实际情况的变化,而可能只是反映警察应对案件的效率等情况。因此,统计数据的变化能否成为立法正当化的理由还值得慎重考虑。

① [日] 井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,第19页。

② [日] 川端博:《刑法总论讲义》(第2版),成文堂2006年版,第55页。

③ [日] 浅田和茂:《刑法总论》(补正版),成文堂2007年版,第47页。

④ [日] 铃木茂嗣:《刑法总论(犯罪论)》,成文堂2001年版,第9页。

⑤ [日] 井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,第25页。