

普通高校“十二五”规划教材

全国高等学校法学系列教材·基础与应用

中国刑法总论

主编 李晓明

副主编 彭文华 魏昌东 马荣春



清华大学出版社



013070830

D924. 01

68

普通高校“十二五”规划教材

全国高等学校法学系列教材·基础与应用

中国刑法总论

主编 李晓明

副主编 彭文华 魏昌东 马荣春



北航

C1679059

清华大学出版社

北京

D924.01
68

013070830

内 容 简 介

本书认真总结自 20 世纪 70 年代末至今我国刑法教材走过的注释刑法到理论刑法的两个较为极端的路子,回归到中间的定位;兼顾中外刑法理论主流性学说(观点)的全面性和以我国刑法体系为注释的整合与统一。

本书考虑到各高校教学和司法考试关系的现实,在以我国现行刑法典体系为基础的情况下,充分考虑司法考试对学生的要求进行编写,甚至采用司法考试中的经典案例作为编写时重点参考的对象,以便尽可能地与司法考试接轨。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

中国刑法总论 / 李晓明主编. —北京:清华大学出版社, 2013

(全国高等学校法学系列教材·基础与应用)

ISBN 978-7-302-33402-6

I. ①中… II. ①李… III. ①刑法-法学-中国-教材 IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 180829 号

责任编辑:刘 晶

封面设计:傅瑞学

责任校对:王凤芝

责任印制:何 芊

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:三河市君旺印装厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:20.75

字 数:407 千字

版 次:2013 年 9 月第 1 版

印 次:2013 年 9 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:42.00 元

作者简介

李晓明,男,苏州大学王健法学院教授、博士生导师,刑法教研室主任,刑事法研究中心主任,刑法博士点负责人。兼任国际刑法学协会中国分会理事,中国刑法学研究会理事,中国犯罪学研究会常务理事,中国预防犯罪专业委员会副主任,中国检察学研究会金融检察专业委员会理事,江苏省刑法研究会副会长等学术职务。在《中国法学》《中外法学》《法学》等刊物发表论文一百余篇,出版《控制腐败法律机制研究》《行政刑法学导论》《中国刑法基本原理》《经济刑法学》《经济犯罪学》《中国保安学》《中国犯罪学论纲》等著作三十余部。2000年被评为江苏省“中青年法学家”,2001年入选江苏省“333工程”培养对象,2002年获“北美校友会杰出成就奖”。2004年在英国伯明翰大学访学,2005年至2007年在美国波士顿学院和美国东北大学访学,2010年获苏州大学教学名师称号。

彭文华,男,苏州大学王健法学院教授,硕士生导师,法学博士,华东政法大学博士后,刑法硕士点负责人。国际刑法学会中国分会会员、中国刑法学研究会会员、江苏省刑法学研究会理事。先后在《法学研究》《法学》《法学评论》《法商研究》《法学家》《法制与社会发展》等刊物上发表论文七十余篇。独著《犯罪构成本原论及其本土化研究》等3部,主编、参与《刑法各论》《危害公共安全罪的定罪与量刑》等著作6部。主持教育部人文社科项目、博士后科学基金项目多项。

魏昌东,男,教授,中国人民大学刑法学博士,北京师范大学博士后研究人员,现为南京审计学院教务处副处长,江苏省“青蓝工程”优秀骨干教师。曾于2008年参加赵秉志教授为首席专家的中国死刑考察团赴欧洲五国,考

II 中国刑法总论

察欧洲死刑制度的废止,交流中国死刑制度的现状,在《中国法学》《法制与社会发展》《法学》《政治与法律》等刊物发表论文四十余篇,公开出版《经济刑法研究》《刑法哲学专题整理》等4部著作,研究方向为经济刑法、刑法哲学、刑法立法。

马荣春,男,扬州大学法学院教授,硕士生导师,西南政法大学刑法学博士,南京师范大学刑法学博士后。在《法律科学》《清华法学》等刊物上发表《警醒刑法学中的过度类型化思维》《论刑法的常识、常理、常情化》等学术论文数十篇,在中国检察出版社等出版《罪刑关系论》等著作4部,已经结项和正在承担省部级课题4项。

前 言

众所周知,刑法学是一门古老而又年轻的学科。说它古老,是因为自人类社会形成以降,为规范人类行为,达致社会和谐有序,人们竭尽了包括刑罚在内的一切规制手段。如《周礼》是中国第一部“礼刑合一”的综合法典,春秋末期的《法经》是李悝制定的中国封建社会第一部系统的法典(包括《盗法》《贼法》《囚法》《捕法》《杂法》《具法》六篇),商朝的《伊训》是中国第一部对官员治罪的重要刑事法律。古巴比伦王国第六代王汉谟拉比在位期间制定的《汉谟拉比法典》(*The Code of Hammurabi*)是世界上最早的一部反映奴隶主统治阶级利益的法典,体现了刑法的残忍以及人与人之间的不平等。古今中外的国家或政权几乎无一例外地颁布和施行过刑律或刑法,并且历史上许多著名政治家、思想家及法学家对犯罪与刑罚及其关系等问题有过精辟论述。说它年轻,是因为尽管人类社会使用刑律或刑法的历史源远流长,但刑法学或刑法学科真正成型只不过二三百年的历史。像意大利刑事古典学派的创始人萨雷·贝卡里亚(*Cesare Bonesana Beccaria, 1738—1794*)撰写的《论犯罪与刑罚》这部不朽之作,虽然篇幅不长,但在世界上影响却极为深远,被誉为刑法学乃至犯罪学和法学领域里最重要的经典著作之一。

刑法学在我国的研究也就一百年左右的历史。除古代外,我国近代以来值得提及的刑法事件有:1908年完成并于1911年1月25日颁布施行的《大清新刑律》,其中确立了“罪刑法定原则”;1928年3月10日国民党政府公布的第一部刑法典——《中华民国刑法》,并于1935年1月1日修订后至今还在台湾地区使用;1949年新中国成立后党和政府对刑法立法工作非常重视,曾起草修改刑法草案60易稿,但由于众所周知的原因,一直到1979年7月6日我国才颁布了第一部社会主义刑法典《中华人民共和国刑法》,并于1997年3月14日再次系统修改使用至今。所以说,我国社会主义刑法学真正的成长期也不过三十多年的时间,刑法学学科理论体系也正在逐步形成与发展。

回顾这段历史,我们不仅为我国刑事实体立法的不断发展与完善而欣幸,但也更应冷静地思考我国刑法学在这短短几十年里所走过的历程以及学科建设中暴露出的

问题。实事求是地讲,1979年刑法典的颁布和1997年对其进行的全面系统的修改,不仅在社会上引起较大反响,而且也在刑法学界掀起了一次次注释热潮。冷静审视我国刑法学这几十年的历史轨迹,虽然理论上得到了相当程度的发展,但总的说来还是注释性的味道比较浓,这些均可从已发表、出版的文章、教材、专著中可见一斑。正如教育部2001年《21世纪中国法学教育改革与发展战略研究报告》中指出的那样:“这也是中国法学界的老毛病……我们的教材必须跳出注释法学的怪圈。”此现象似乎是在20世纪刑法学课程与教学过程中表现得尤为突出。因为那个时候,我国的刑法学教材基本上是按照我国刑法总则、分则的体系而注释成的,根本没有形成理论刑法学的应有体系,故此导致在教材与教学内容上完全是注释性的。这样一来,既没能给学生以完整的刑法学理论知识体系,也没能诠释好中国刑法典所规定的各种罪名。最终,不仅实际工作中理论知识不够用,而且实际司法操作也难以进行。然而,接下来的21世纪初,我国的刑法学界似乎又走向了另外一个极端,风靡起来理论刑法学,甚至有的刑法教材完全脱离了刑法典和司法解释,导致刑法学教材远离了中国的国情和现实。针对这种注释和理论两个极端的情况,我们经过几年的深入探索,尤其是2002年我们成功申报了全国教育科学“十五”规划重点课题,加大了对刑法学教材的体系大刀阔斧的改革,初步更新了原有的注释刑法学的体系,又合理吸收了理论刑法学的内容体系,编写出这套理论刑法与注释刑法并重的《中国刑法总论》和《中国刑法分论》,并由清华大学出版社出版。

应当说,《中国刑法总论》和《中国刑法分论》这套姐妹教材充分体现了理论刑法与注释刑法并重的思想,对传统的注释刑法内容进行了较大程度的更新与改造,尤其加强了对中国刑法学理论的体系性建设。当然我们同时也认为,注释性的刑法研究也是十分必要的,尤其是在刑法典颁布伊始和接下来的漫长司法活动中,它的兴起以至成熟在一定程度上必将推动整个社会对刑法的了解和研究的重视,也必将在客观上促进刑法的普及、宣传、贯彻与执行。但我们不能仅满足于此,尤其是经历了两次注释性刑法研究热潮之后,我们更应将目光转向对整个刑法学根基的关注及其核心理论的深入探讨与研究,特别是寻找适合中国国情和特点的社会主义刑法学理论体系。不然,不仅整个刑法学没有出路,甚至刑法的注释由于得不到丰富的理论滋养,最终也会枯萎。因此我们认为,如果说1979年刑法典的颁布及1997年的全面修订给我们的注释刑法研究带来两次发展机遇的话,那么此后的刑法学理应转入对其基础理论更深层次的研究,因为这不仅是刑法学学科建设的需要,也是注释刑法研究与刑事司法实践的需要。更何况人们已经逐渐认识到,没有刑法学基础理论的进一步拓展与深掘,注释刑法研究也不可能有更新或更大的突破,甚至刑事司法实践也难以摆脱与社会需求不相适应的矛盾与困境。所以,刑法学理论尤其是基础理论不是不需要研究的问题,而是必须研究的问题,起码要做到理论刑法学与注释刑法学并重,并最终搭建起中国刑法学的理论体系。

正是基于此,我们组织了一些中青年学者,又一次对我国刑法学的学科体系及基础理论进行了尝试性的重构。需要说明的是,就我国的刑法学理论体系而言,本不应划分什么总论与分论,但鉴于我国现行刑法的体系和教学分两个学期进行,最后还是不得不忍痛割爱,人为地将其分为《中国刑法总论》和《中国刑法分论》两册。但我们相信终有一天能够按照刑法学本身的应然逻辑结构,实施科学的架构与组合,以实现真正意义上的具有中国特色的刑法学的学科体系。

本书大纲最初由主编同大家商量拟订,全部书稿出来后由主编、副主编及部分主要撰写人分工审稿,最后由主编统一定稿。

另外在本书撰写过程中,我们参阅了中外学界同人们的大量论文、学术专著等成果,不少理论观点在书中引用,当然我们也是尽可能地将作者及书名全部注出,但由于参编人员众多,加之修改过程繁杂,若有疏漏还请同人见谅,并在此表示深深的谢意。应当说,如果本书在体系与理论上有所创新或突破的话,也正是我们站在他人肩膀上作出的一小点有益探索,成功与辉煌乃属于整个学界的同人。谨此将本书献于我国刑法学界,也正是为了向学界同人诉疑请教或可供批判,因此作者们真诚地希望得到广大理论工作者和实际工作者及其他读者的批评指正。

李晓明

2013年6月30日于苏州大学相门寓所

目 录

导 论	1
第一章 刑法概说	23
第一节 刑法的概念和特征	23
第二节 刑法的任务和机能	25
第三节 刑法的渊源和分类	30
第四节 刑法的制定和修改	33
第二章 刑法的体系和解释	37
第一节 刑法的体系	37
第二节 刑法解释	39
第三章 刑法的基本原则	45
第一节 刑法的基本原则概述	45
第二节 罪刑法定原则	47
第三节 刑法适用平等原则	55
第四节 罪刑相适应原则	56
第四章 刑法的效力范围	61
第一节 刑法的空间效力	61
第二节 刑法的时间效力	66
第五章 犯罪	72
第一节 犯罪的定义	72
第二节 犯罪的特征	74
第三节 犯罪的标准	81
第四节 犯罪的分类	83
第六章 犯罪成立	86
第一节 犯罪论体系的梳理	86

第二节 犯罪成立及其要件	91
第七章 犯罪客观要件	103
第一节 犯罪客观要件概述	103
第二节 侵害行为	105
第三节 侵害对象	109
第四节 侵害结果	111
第五节 刑法上的因果关系	120
第六节 行为身份	122
第七节 行为的时间、地点和方法	124
第八章 犯罪主观要件	126
第一节 犯罪主观要件概述	126
第二节 犯罪主体	129
第三节 刑事责任能力	133
第四节 犯罪的故意和过失	139
第五节 违法性认识与期待可能性	148
第六节 认识错误	153
第七节 意外事件	156
第九章 犯罪量度要件	157
第一节 犯罪量度要件概述	157
第二节 犯罪情节	161
第三节 正当防卫	162
第四节 紧急避险	170
第五节 其他排除犯罪性事由	176
第十章 故意犯罪停止形态	179
第一节 故意犯罪停止形态概述	179
第二节 犯罪既遂	182
第三节 犯罪预备	185
第四节 犯罪未遂	187
第五节 犯罪中止	190
第十一章 共同犯罪	195
第一节 共同犯罪的概念和成立条件	195
第二节 共同犯罪的形式	201
第三节 共同犯罪人的种类及其刑事责任	206

第十二章 一罪与数罪	212
第一节 一罪与数罪概述	212
第二节 实质的一罪	213
第三节 法定的一罪	219
第四节 处断的一罪	220
第十三章 刑罚的概念和目的	226
第一节 刑罚概述	226
第二节 刑罚的功能	229
第三节 刑罚的目的	231
第十四章 刑罚的体系和种类	238
第一节 刑罚体系	238
第二节 主刑	241
第三节 附加刑	249
第十五章 刑罚的裁量	254
第一节 刑罚裁量概述	254
第二节 量刑情节	261
第三节 刑罚裁量制度	269
第十六章 刑罚的执行	289
第一节 刑罚执行概述	289
第二节 减刑	292
第三节 假释	297
第十七章 刑罚的消灭	304
第一节 刑罚消灭概述	304
第二节 时效	306
第三节 赦免	314
后 记	318

导 论

刑法自古有之,古今中外概莫能外。任何国家或朝代几乎无一例外地颁布和施行刑法与刑律,且历史上许多著名政治家、思想家及法学家对刑法有过精辟论述。然而,刑法学科真正形成只不过二三百年的历史,在中国甚至只有 100 年的历史。

中国近现代刑法肇始于沈家本主持编纂的《大清新刑律》^①,甚至在民国初期得以继续援用,北洋军阀政府时期被删修为《中华民国暂行新刑律》。1928 年 3 月 10 日国民党政府公布了《中华民国刑法》,于 1935 年 1 月 1 日进行了修订并正式公布,并且至今还在台湾地区使用。中国社会主义刑法学的创建与发展是 1949 年新中国成立以后的事了,虽然自 1949 年起我国刑法学就开始了前瞻性的研究,甚至刑法立法讨论方案就易稿几十次。但由于众所周知的原因,新中国成立后 30 年竟没有刑法典,一直到 1976 年粉碎“四人帮”,并随着“文化大革命”的结束和改革开放的开始,才于 1979 年 7 月 6 日颁布了《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》),该刑法于 1997 年 3 月 14 日经系统修订,后被称作 1997 年刑法典。我们认为在学习中国刑法之前,有必要对刑法学的一些基本理论和范畴等作些介绍,以便强化刑法学的理论思维。

一、什么是刑法学

可以说,这是首先要解决的问题,包括刑法学的定义、研究对象及与其他相邻学科间的关系等。

(一) 刑法学的定义

给事物下定义是一项非常复杂的事情,视角或立足点不同或许对其定义的描述也有不同。如对“人”,从自然技能属性角度所下的定义是:“能够制造工具并使用工具进行劳动的高等动物。”^②而从社会关系属性角度所下的定义就是:“人的本质并不是单个人所固有的抽象事物。在其现实性上,它是一切社会关系的总和。”^③当然,还可以从生理、心理等许多方面或角度给“人”下定义。刑法学也是这样,不仅横向上

^① 虽然《大清新刑律》以 105 票对 14 票在议会获得通过,但其大部分内容并未实际执行。尽管如此,其产生的法治思想对后世的影响是不可低估的,它标志着传统的中国封建刑法已经解体和现代刑法开始建立。尤其是沈家本首次移植和引入的“罪刑法定”思想,对于建造现代中国刑法具有里程碑性的意义。

^② 《现代汉语词典》,949 页,北京,商务印书馆,1979。

^③ 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编:《马克思恩格斯选集》第 1 卷,18 页,北京,人民出版社,1995。

各个学科对刑法学的认识不同,甚至纵向上各个历史阶段对刑法学的认识也不完全一样。

19世纪以前的刑法学相当于现在的刑事科学或刑事法学,包括诸如刑事诉讼法学、刑事侦查学、刑事证据学、监狱学、犯罪学等与刑事或犯罪有关的一切学科。^①随着这些学科研究的不断深入,加之社会分工及学科划分逐渐细化,其各自相对独立,演变成与刑法学相并列的独立学科。个别学科甚至至今还与刑法学有着千丝万缕的联系,如犯罪学,致使有学者认为它属刑法学的一个分支。^②但我们认为,犯罪学与刑法学各自研究的犯罪是完全不同视角的两个概念。甚至从研究范围上讲,广义的犯罪学不仅不能成为刑法学的分支,相反刑法学倒是可以作为广义犯罪学或整个犯罪对策学科的二级学科。包括目前的国际刑法学协会,也仍然将刑事诉讼法学作为广义刑法学研究的内容与范围。因此,界定刑法学要有历史的观点和发展的观点。

当然,现代意义上的刑法学,准确点讲是同刑事诉讼法学、刑事侦查学、监狱学、犯罪学等学科相分离或在实体法的内容及意义上而形成的概念。即使这样,学术界又将刑法学划分为广狭两义。广义刑法学不仅包括理论性刑法学和解释性刑法学,甚至包括刑法学基础理论、刑法哲学、刑法史学、刑法社会学、刑法经济学、刑法数学、刑法判例学、刑法立法学、比较刑法学和国际刑法学。而狭义刑法学只包括理论刑法学和解释刑法学。

至于对狭义刑法学的界定,目前在我国学者的主要观点有:

(1)“刑法学就是对犯罪和刑罚的规律、对刑事立法和司法实践进行理论概括的科学。”^③

(2)“刑法学是法学的一个部门,它是以刑法作为研究对象的专门学科……其主要内容是犯罪和刑罚两大方面。”^④

(3)“刑法学是以现行刑法为研究对象的学科。”^⑤

(4)“刑法学就是研究刑法及其所规定的犯罪、刑事责任和刑罚的科学。”^⑥

(5)“刑法学是法学的一个重要部门,它是关于犯罪、刑事责任、刑罚以及刑法规范的适用规律的知识体系。”^⑦

(6)“刑法学是关于罪刑关系的辩证运动的一般规律的科学。”^⑧

① [意]贝卡里亚:《论犯罪和刑罚》,西南政法学院1980年印行本,见目录。

② 陈兴良:《刑事一体化视野中的犯罪学研究》,载《中国法学》,1999(6)。

③ 高铭暄主编:《刑法学》,1页,北京,法律出版社,1982。

④ 杨春洗等:《刑法总论》,1页,北京,北京大学出版社,1981。

⑤ 苏惠渔主编:《刑法学》,1页,北京,中国政法大学出版社,1994。

⑥ 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(上编),2页,北京,中国法制出版社,1998。

⑦ 何秉松主编:《刑法教科书》,3页,北京,中国法制出版社,1995。

⑧ 陈兴良:《当代中国刑法新观念》,85页,北京,中国政法大学出版社,1996。

(7)“刑法学是法学的一个重要分支,是研究刑法及其规定的犯罪和刑事责任的法律学科,具体是指关于何为法律意义上的犯罪,以及犯的什么罪和应承担何种刑事责任或应受何种处罚的理论知识体系。”^①

以上定义均有其合理的内容,甚至有的目前已成为我国刑法学界的主流性观点。但如上所述,刑法学作为一个发展事物的定义,我们认为其还有以下几个问题需要明确。

第一,关于刑法学的学科定位。刑法学属于法学是毫无疑问的。但法学包括刑法学是不是一门科学?是一门怎样的科学?都是值得研究和思考的。尤其是作为部门法的刑法学,其依托主要是刑法典或刑事法律,按照马克思主义关于法学的观点,法是统治阶级意志的体现,因此,法未必真正反映社会现象的客观规律。因此,关于刑法学包括法学的学科定位,就很值得进一步讨论。

第二,关于刑法学研究的内容范围和边界。刑法学的上述定义通常将刑法学的研究对象表述为“犯罪和刑罚”或“犯罪、刑事责任和刑罚”,且有的已成为我国刑法学界的一种主流观点。但我们认为,这样的表述未必准确,因为犯罪和刑事责任虽是同位概念,而刑事责任和刑罚未必是同位概念。因此,刑法学真正研究的是法律意义上的犯罪(包括什么是犯罪以及犯的什么罪)、具体行为人应承担的刑事责任或给予什么样的处罚及其相互之间的关系等内容。

第三,关于刑法学最邻近的属概念。我们知道,定义的方法一般来讲,就是种差加最邻近的属概念。就刑法学来说,最邻近的属概念应当是“法学学科”,最好不使用“科学”这样较大的属概念,以便使定义的表述更加准确和贴切。更何况如上所述,法学包括刑法学究竟是不是一门科学?尚需要进一步深入地研究和探讨。

综上所述我们认为,刑法学的定义是否可以这样表述:它是研究罪责认定及其相互关系的一门学科。具体是指专门研究刑法规范及其规定的犯罪和刑事责任的部门法学,包括何为法律意义上的犯罪,以及犯的什么罪和应承担何种刑事责任(刑罚、非刑罚方法或有罪宣告)或应受什么样处罚的理论知识体系。

(二) 刑法学的研究对象

可以说,任何一个学科都有自己特定的研究对象,这也是该学科区别于他学科的前提条件和基础。正如毛泽东所指出的那样:“科学研究的区分,就是根据科学对象所具有的特殊矛盾性。因此,对于某一现象和领域所特有的某一种矛盾的研究,就构成某一门科学的对象。”^②因此,研究对象实际上指的是该学科研究的领域和范围,这是刑法学界颇有争议的问题。如1957年新中国最早编印的刑法教科书曾指出,我国刑法学“研究的对象,就是我国社会现象之一的犯罪,和我们国家同犯罪作斗争的方

^① 李晓明主编:《中国刑法基本原理》,4页,北京,法律出版社,2010。

^② 《毛泽东选集》第1卷,309页,北京,人民出版社,1991。

法——刑罚。”^①很显然其将犯罪和刑罚作为了刑法学的研究对象,可以说这是源于苏联等一些社会主义国家的传统观点。1979年我国第一部刑法颁布后,1982年5月法律出版社出版的全国高等学校法学教材《刑法学》一书中也写道:“刑法学是法学的一个重要部门,它是以刑法为研究对象的科学……刑法学就是对犯罪和刑罚的规律、对刑事立法和司法实践进行理论概括的科学。”^②此后,这一表述便成为我国刑法学界的主流性观点。后来随着“刑事责任”问题研究的深入,学术界又普遍认为应当将“刑事责任”纳入刑法学的研究对象,故刑法学的研究对象又被发展为“刑法及其所规定的犯罪、刑事责任和刑罚。”^③当然,对此学界也有些不同的认识,如有人认为,“刑事责任理论的提出,不失为解决两种罪刑关系的对立性的一次有益的尝试。然而,这种尝试是否科学,却值得怀疑。”^④但如上所述,就目前而言认为“刑事责任”应当成为刑法学研究对象之一的观点仍占据主流,这在1997年刑法修订后新出版的许多教材、专著、论文中可见一斑。

然而我们认为,刑法学的研究对象就是关于刑法以及所涉及的法律意义上的犯罪、刑事责任及其相互关系。也可以简称为“罪责关系”,这里的“责”当然是指“刑事责任”。或者仍称为“罪刑关系”,此时的“刑”必须做“刑事责任”的解释,而非“刑罚”。

(三) 刑法学与相邻学科间的关系

刑法学与其他相邻学科间的关系主要表现在以下几方面:

1. 与刑事政策学的关系。相同之处:都研究犯罪,都是犯罪的对策学科。相联系之处:刑事政策学为刑法学提供基础和依据,尤其是在法律没有作出明确规定之时,提供政策上的指导或引导作用;刑法学为刑事政策学提供出路,一旦条件成熟,可将某些刑事政策上升为法律,使之更好地发挥作用。不同之处:①学科性质不同。刑法学是规范性学科;刑事政策学是决策性学科。②研究对象不同。刑法学的研究对象是确定的法律(刑法);刑事政策学的研究对象是根据犯罪表现来制定犯罪策略。③作用不同。刑法学研究的内容大多具有直接的法律效力;刑事政策学研究的内容大都没有直接的法律效力,只是指导刑法立法与司法的方针和原则等。

2. 与犯罪学的关系。相同之处:都研究犯罪,都是犯罪的对策学科。联系之处:刑法学的研究成果从规范的意义为犯罪学研究方向及范围的确定提供了条件;反过来,犯罪学的研究成果也相对影响着刑事立法和司法。不同之处:①二者研究的范围不同。刑法学研究的是刑法规定的法定犯罪;而犯罪学研究的是从行为性质上确

① 中国人民大学法律系刑法教研室:《中华人民共和国刑法总则讲义(初稿)》,1957年2月印刷,第11页;张中庸编:《中华人民共和国刑法》,前东北人民大学1957年4月印刷,12~13页。

② 高铭喧主编:《刑法学》,1页,北京,法律出版社,1982。

③ 高铭喧主编:《刑法学原理》(第1卷),5页,北京,中国人民大学出版社,1993。

④ 陈兴良:《刑法哲学》,668页,北京,中国政法大学出版社,1992。

定的实质犯罪。由此可见,犯罪学研究的犯罪范围要比刑法学大。②二者研究犯罪的角度不同。刑法学研究 what(什么是犯罪);而犯罪学研究 why(为什么犯罪)。③学科的规范不同。刑法学是一门规范性的学科,即以立法法为依据;而犯罪学是一门事实性或理论性的学科,研究的是犯罪的原因及如何预防,以社会事实为依据,以理论思辨为指导。④学科任务不同。刑法学的直接任务是惩罚犯罪,或通过惩罚而间接地预防和控制犯罪;犯罪学的直接任务是探讨犯罪原因,进而直接预防和控制犯罪。⑤研究的视野不同。刑法学研究的视野窄,尤其是只盯着法律;而犯罪学研究的视野宽,除研究法律外,还盯着社会上的犯罪表现。

3. 与宪法学的关系。联系之处:宪法是刑法的制定依据,因此宪法学体现的制度是刑法学所体现制度的根本依据和基础,刑法学制度是宪法学制度的具体贯彻和体现。另外,刑法学制度必须以宪法学制度为保障。不同之处:①法律性质不同。宪法是母法,是国家的根本大法;刑法是子法,是国家的基本法律。②研究对象不同。宪法学研究的是国家的根本制度;刑法学研究的是国家的刑事制度。

4. 与刑事诉讼法学的关系。相同之处:都研究犯罪,都是犯罪的对策学科。联系之处:一个解决实体问题,一个解决程序问题,二者缺一不可。不同之处:①法律性质不同。刑法是实体法,解决的是犯罪的实体问题,即是否犯罪、犯什么罪以及应给予什么样的处罚;刑事诉讼法是程序法,解决的是程序问题,即立案、侦查、起诉、审判和执行。②研究的对象不同。刑法学研究的是是否构成犯罪、犯的什么罪、应承担什么样的刑事责任或给予什么样的处罚;刑事诉讼法学研究的是犯罪后依什么程序予以审判。

二、刑法学的基本原理

一般认为,基本原理是指构成事物内在的基本结构和运行机制的最基本或最初的道理。刑法学的基本原理是指构建刑法学本身内在的基本结构和运行机制的基本道理或理论,它是刑法学建构和运行的不可缺少的重要机理与基本内容。过去我们曾经认为,“刑法学的基本原理当然是指构成刑法学的最普遍的基本理论,这就是罪责关系原理。”而且进一步认为,“这一原理归根结底是由刑事责任的目性所决定的。”^①这是因为,人犯了罪究竟应承担什么样的行为后果,或者应给予何种处罚或承担什么样的刑事责任,这将直接涉及我们为什么要制定或建构刑法,以及如何运行刑法的问题。可以说,这也是刑法及刑法学要解决的一个根本问题或制定刑法理应遵循的原则、依据及追寻的终极目标。就这一问题,学派间的对峙、分歧、争论达上千年之久,至今仍未定论。为了表明一个国家对待“刑罚”的态度,有些国家甚至将“刑罚”的目的直接写入刑法典的条文当中,如《苏俄刑法典》第20条规定:“刑罚不仅是对所犯罪行的惩罚,而且还改造和教育被判刑人……以及预防被判刑人重新犯罪和

^① 李晓明主编:《中国刑法基本原理》,8页,北京,法律出版社,2010。

其他人实施犯罪为目的”。^①另外,《罗马尼亚刑法典》第52条、《蒙古刑法典》第16条、《朝鲜刑法典》第27条均有类似规定。我国刑法虽然没有对刑罚的目的作出明确规定,但并不说明它不重要。可以说,古今中外的刑法学界,无论是何种学派、持何种观点,基本上是围绕报应、防卫两大命题展开的。但我们认为,这些还不够,因为在表述刑法规范时,还存在究竟是国家或统治阶级意志还是国家在和公民制定契约这方面的问题?^②甚至也还存在犯罪和刑事责任的关系问题等。因此,这里我们将专门讨论刑法学的基本原理问题。其核心内容主要包括:

(一) 报应与防卫的博弈及刑法学的发展阶段

刑法的制定历来存有报应论、防卫论、报应与防卫统一论等不同观点。

古老的报应论认为,恶有恶报,善有善报,这是人类社会的公理。犯罪是一种恶行,从公正立场出发,它理应受恶的报应。这种报应以惩罚罪犯、加害于犯罪人为主要表现。在我国历史上,有许多人认为,之所以要实行刑罚,目的之一就是报应。如著名思想家荀况指出:“凡刑人之本,禁暴恶恶……凡爵列官职,庆赏刑罚,皆报也,以类相从也……夫德不称位,能不称官,赏不当功,刑不当罪,不详莫大焉。”^③西方历史上关于刑罚目的的学说也源远流长,最早将刑罚目的归结为报应的学派当推古希腊哲学家亚里士多德。他认为,刑罚的目的正在于它的报应性,即抵消犯罪所引起的罪恶。亚里士多德指出:“以刑罚惩治罪恶,就某一意义(如给人痛苦)而言,仍旧只是一件可以采取的坏事,相反,人就惩恶的目的在于消除罪恶而言,善施恰恰是可以开创某些事业而成为善德的基础。”^④进入中世纪后,西方的神意报应主义更是占据上风。古罗马著名思想家圣·奥古斯丁指出:“只有最高的上帝才最明白怎样对人的犯罪施行适当的惩罚。”^⑤近代德国著名哲学家康德创立了道义报应主义的刑法哲学,进一步将报应刑的思想推向了极端。他指出:“违背道德上之原则,加害恶于他人者,须受害恶之报应(刑罚),此理有固然者也。”^⑥康德甚至还主张刑罚要实行等量报应,“如果你诽谤了别人,你就是诽谤了你自己……如果你杀了别人,你就是杀了你自己”。^⑦这种观点虽然较神意报应主义有进步,但其也存在明显的缺陷。一是“同态报复”的荒诞不经论,很显然残留着“同态复仇”的痕迹;二是以道德罪过来诠释刑罚的本质,显然已把刑罚和道德混为一谈。与之相对应的是,黑格尔在否定康德的道义报应主义的基础上,将其辩证法中的否定之否定规律运用其中,提出了著名的

① 转引自高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,58页,北京,法律出版社,1981。

② 李晓明主编:《中国刑法基本原理》,9页,北京,法律出版社,2010。

③ 参见《荀子·正论》。

④ [古希腊]亚里士多德著:《政治学》,383页,北京,商务印书馆,1961。

⑤ 参见《西方法律思想史资料选编》,93页,北京,北京大学出版社,1983。

⑥ 王觐著:《中华刑法论》(上卷),北平朝阳学院1933年新订7版,20~21页。

⑦ 王觐著:《中华刑法论》(上卷),北平朝阳学院1933年新订7版,20~21页。