

	发生背景	法律特征	归责根据	立法目的
自然犯	非常态社会生活,存在领域狭窄	刑事违法	法益侵害	保护法益
法定犯	常态社会活动,存在领域广泛	行政违法	秩序违反	维护秩序

#### 四 目的之主观性

刑法目的虽然不是虚无缥缈的个人想象,但毕竟还是立法者或学术群体的主观意向。目的,无论主体是谁,本身均有非客观属性。目的本身无法保证自身的实现。整个 20 世纪实践表明,刑法近代派教育刑论之刑罚(刑法)目的——“预防犯罪”基本没有兑现。刑法目的(学说)虽有导向作用,但在理论上和实践中更应当注重客观属性的刑法功能和刑法机制。

最后说明,上述内容不成其为文章,写作不够规范,连一个注释都没有,故只能称为“断想”。

(责任编辑:雨 沐)

(上接第 16 页)的作用。另一方面,刑法对司法人员来说,作为一种裁判规范,成为犯罪认定和刑罚适用的指标,这些无非是刑法规制的机能。<sup>[47]</sup> 由此可见,刑法的规制机能是通过刑法作为行为规范与裁判规范共同实现的,而刑法规制机能又为实现刑法的法益保护和人权保障机能提供了客观基础。刑法的法益保护和人权保障机能之间存在一种悖论关系,也被日本学者称为二律背反关系,认为二者处于这样的矛盾关系之中:重视保障人权,就会招致犯罪的增加,不能对法益进行保护;而重视保护法益,又不能指望对人权进行保障。日本学者指出:重视保障人权而轻视保护法益,或者相反,轻视保障人权而强化法益保护,都会使国民对秩序失去信赖,招致难以维持社会秩序的结果。因此,只有调和二者的作用,刑法才能充分发挥其维持社会秩序的机能。<sup>[48]</sup> 将法益保护与人权保障两种刑法机能加以协调,这一观点当然永远是正确的,但二者毕竟存在矛盾,因此就有一个价值取舍问题。我认为,在我国当前刑事法治建设的大背景下,更应当强调的是刑法的人权保障机能,只有这样才能实现刑法的最终目的,使之在人权保障方面发挥更大的作用。从刑法的任务到刑法的机能,这是一个刑法理论的话语转换过程,也是刑法理念上一个祛意识形态之魅的过程,我们应当回归对刑法的规范思考而放弃习惯了的政治话语。

[Abstract] The function, or the objective, of criminal law, is related to the justifiability and reasonableness of criminal law and, therefore, is the basic starting point for the examination of the criminal law. Any criminal law has its *raison d'être* and functional orientation. However, it is the differences in function that differentiate between the criminal law in totalitarian society from that in a society under the rule of law. The Chinese society is now in transition from the rule of man to the rule of law, and the function of criminal law is also undergoing a transformation. How to correctly understand the function of the criminal law in China against the background of the rule of criminal law is a major issue that needs in-depth research.

(责任编辑:王雪梅)

[47] 参见[日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,法律出版社 2004 年版,第 44 页。

[48] 参见[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 5 页。

## 刑法机能的话语转换

### ——刑法目的论的一种探讨路径

陈兴良

**内容提要:**刑法机能,也可以归结为刑法目的,关涉刑法存在的正当性与合理性,因而是考察刑法的基本出发点之一。任何一种刑法必有其存在的理由,因而有其功能定位,但正是机能上的差异使得专制社会的刑法与法治社会的刑法在性质上得以区分。我国社会目前正面临着从人治到法治的转型,刑法机能也发生着某种转换。在刑事法治的背景下,如何认识我国刑法的机能,是一个需要深入研究的重大课题。

**关键词:**刑法机能 刑法任务 刑法目的 全面理解 科学界定

陈兴良,北京大学法学院教授。

## 一 刑法机能的概念辨析

在刑法理论上,刑法机能是一个通用的概念,大多数日本学者都是在这个名目下对刑法的规范机能、保护机能和保障机能加以讨论的。例如,大塚仁指出:作为刑法的机能,特别可以考虑的是规制机能、秩序维持机能及自由保障机能。<sup>[1]</sup>大谷实则称为刑法的社会机能,即,刑法在社会上应当具有的机能和固有的作用,分为规制机能和维持社会秩序机能两种。<sup>[2]</sup>在此,刑法的社会机能就是指刑法的机能,而大谷实在维持社会秩序机能中论及保护法益机能与保障人权机能,大塚仁则是将自由保障机能与秩序维持机能并列。内容大体一致,只不过是表述上的差别而已。我个人是赞同将社会保护机能与人权保障机能相对应的,后者不能包含前者。刑法机能也有学者称为刑法功能的,指刑法以其结构和运作所能产生的积极作用。从基本含义上看,所谓机能和功能,乃是指某种事物或方法所具有的积极的作用和影响。<sup>[3]</sup>台湾学者陈子平把刑法功能分为规制功能、保护功能与保障功能。<sup>[4]</sup>这里的功能与机能两词实际上是完全通用的。

刑法机能也被有些学者称为刑法目的,例如台湾学者黄荣坚专门论及刑法目的,并将刑法目的区分为先于刑法的刑法目的和后于刑法的刑法目的。前者是指罪刑法定,刑法提供人民自由开展其生活的保证;后者是指刑法应有的积极意义,主要是指法益的保护以及社会规范的维护。黄荣坚指出:刑法目的概念在先天上内含理想性质,但是实然世界还有异于应然世界。刑法保护人与人之间最低限度利益

[1] 参见[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第22-23页。

[2] 参见[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第3页。

[3] 参见周少华:《刑法理性与规范技术——刑法功能的发生机理》,中国法制出版社2007年版,第120页。

[4] 参见陈子平:《刑法总论》(上),台北元照出版社2005年版,第8-9页。

衡平的目的,在现实上的情形必然有落差。因此,对刑法目的的理解更着眼于刑法应有的积极意义。<sup>[5]</sup> 刑法目的之说似乎较之刑法机能更具主观色彩,但实际上,刑法目的与刑法机能并无实质区分。有些学者在行文中,都是将刑法的机能、目的并用的。例如日本学者西田典之从“刑法是为何而制定”这一问题出发思考刑法机能,对是把保护法益理解为刑法的第一机能、目的,还是把保护成为国家社会秩序之基础的社会伦理或刑法规范作为刑法的机能、目的这一问题进行了探讨。<sup>[6]</sup> 在上述论述中,机能与目的是等同的,完全可以互换。

值得注意的是,刑法机能在某些著作中也称为刑法的任务。德国学者耶赛克、魏根特的《德国刑法教科书》(总论)一书开宗明义就是关于刑法任务的论述,提出了刑法的任务是保护人类社会共同生活秩序的命题。<sup>[7]</sup> 当然,“任务”一词在德文中是否与“机能”一词不同,这里存在一个翻译上的问题。无论采用何种措辞,刑法的机能(功能、目的、任务)都是对刑法存在的实际功用的考察,这也是刑法的正当性问题,它在很大程度上决定着刑法的性质。

我国《刑法》第2条对刑法的任务作了专门规定:“中华人民共和国刑法的任务,是用刑罚同一切犯罪行为作斗争,以保卫国家安全,保卫人民民主专政的政权和社会主义制度,保护国有财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,维护社会秩序、经济秩序、保障社会主义建设事业的顺利进行。”在刑法中规定刑法的任务,并非我国独创而是源自苏俄刑法的体例。在大陆法系刑法中,均无关于刑法任务的规定,而是作为一种刑法理论问题在刑法著作中加以讨论。但在俄国十月革命后,随着政治话语对法律领域的垄断,刑法的阶级性得以强调。苏俄学者指出:对刑法和犯罪的阶级性质的看法是同马克思列宁主义关于国家阶级性质的学说相联系的。苏维埃刑事法律从伟大的十月社会主义革命胜利的最初几天起就公开宣布了自己的阶级性质。<sup>[8]</sup> 在这种情况下,刑法任务被视为最能体现刑法阶级性的内容而在刑法中加以规定,并成为社会主义刑法与资本主义刑法在内容上的重大区别之一,在某种程度上成为社会主义刑法的政治标签。<sup>[9]</sup>

我国刑法历次草案中都有刑法的任务这一条文,只不过根据政治话语的变化而有所调整而已,这一规定可以说是刑法中的政治风向标。正如高铭暄教授所言:这是一条具有重大政治意义和法律意义的条文。<sup>[10]</sup> 1979年《刑法》第2条的表述是:“中华人民共和国刑法的任务,是用刑罚同一切反革命和其他刑事犯罪行为作斗争,以保卫无产阶级专政制度,保护社会主义的全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,维护社会秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众生活秩序,保障社会主义革命和社会主义建设事业的顺利进行。”在这一条文的表述中,还存在较为浓厚的政治色彩,例如反革命、无产阶级专政、社会主义革命等都是当时流行的政治话语。在1997年刑法修订中,对这些已经过时的政治术语进行了调换,但该条文的基本内容并未改动。

如何解读《刑法》第2条关于刑法任务的规定,始终是一个存在争议的问题。如果我们不是满足于对这一条文的字面解读,而是力图将它纳入到大陆法系刑法学的规范话语体系,那么,就会提出这样一

[5] 参见黄荣坚:《基础刑法学》(上),台北元照出版社2004年版,第10页以下。

[6] 参见[日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第22-23页。

[7] 参见[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1页。

[8] 参见[苏]A. A. 皮昂特科夫斯基等:《苏联刑法科学史》,曹子丹等译,法律出版社1984年版,第16页。

[9] 1958年《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》第1条第1款规定:“苏联和各加盟共和国刑事立法的任务,是维护苏维埃社会制度和国家制度,保护社会主义所有制,保护公民的人身和权利,维护社会主义法律秩序,以防犯罪行为的侵害。”这里规定的是“刑事立法的任务”,它和刑法的任务还是有所不同的。根据上述规定,1960年《苏俄刑法典》第1条第1款规定了苏俄刑法典的任务:“苏俄刑法典的任务是保护苏联的社会制度及其政治体系和经济体系,保护社会主义所有制,保护公民的人身、权利和自由以及整个社会主义法律秩序不受犯罪行为的侵害。”这一规定与《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》第1条的规定可以说是大同小异。在刑法中规定刑法的任务这种立法例,为其他社会主义国家所仿效。《罗马尼亚刑法典》第1条规定了刑法的目的,其内容与《苏俄刑法典》第1条大体相同。《蒙古刑法典》第1条规定了刑事立法的任务,《朝鲜刑法典》第1条规定了刑法的任务。参见方蕾等编译:《外国刑法分解汇编》(总则部分),国际文化出版公司1988年版,第1-2页。

[10] 参见高铭暄:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社1981年版,第22页。

个问题:刑法的任务,能否等同于刑法机能和刑法目的?肯定的观点认为,刑法机能就是指刑法的作用,也就是刑法所要实现的任务。<sup>[11]</sup> 根据这一论述,刑法的机能和刑法的任务是可以等同的概念。而否定的观点则认为,刑法的任务是指立法者赋予刑法的职能或者责任,因而不同于刑法的机能和目的。<sup>[12]</sup> 虽然在上述两种观点中,前者以作用定义刑法的任务,后者以职责定义刑法的任务,似乎有所不同,但从本质上说,无论是刑法的作用还是刑法的职能,都是刑法对社会发生的实际功效,并无根本区别。至于刑法机能与刑法目的,大多不加严格区分,但也有学者认为两者不能等同。刑法机能是刑法在社会生活中能够发生作用的功能,刑法目的是刑法价值所在的标志,它回答的是社会组成人员为什么要通过国家制定刑法的问题,因而刑法目的与刑法机能不能等同,刑法目的必须从宪法的角度来认识。<sup>[13]</sup>

我认为,如果从文字本身来理解,刑法的任务、机能与目的这些概念之间确实存在一定的区别。例如,刑法的机能主要是从客观上揭示刑法所应具有的功能,具有较为明显的客观性。而刑法的目的主要是从主观上确立刑法所追求的价值,具有较为明显的主观性。刑法的任务则介于两者之间,是客观上的手段与主观上的目的的统一。就实现任务的方法而言,离不开刑法的机能;而就确定任务的目的而言,又离不开刑法的目的。因此,刑法的任务、机能与目的,都属于同一层次的概念,可以在互相联系中理解。尤其不能以《刑法》第 2 条表述的刑法的任务只涉及保护法益,而没有涉及刑法机能中的规范机能、保障机能,就得出刑法的任务不能等同于刑法的机能的结论。<sup>[14]</sup> 在我看来,《刑法》第 2 条规定的刑法任务,实际上就是刑法的机能,只不过是刑法机能的片面而非全面的表述而已。只有将刑法的任务纳入到刑法的机能这一命题下,才能对其作出正确诠释。

## 二 刑法机能的全面理解

对于《刑法》第 2 条规定的刑法任务,以往都习惯地概括为“惩罚犯罪,保护人民”。刑法的任务,简单来讲,应该包括“用刑罚同一切犯罪作斗争”和“保障社会主义建设事业的顺利进行”两方面内容。并且,在两种刑法的基本功能中,“保护人民”是我国刑法的根本目的,“惩罚犯罪”只是实现刑法这一根本价值的手段。<sup>[15]</sup> 在以上论述中,惩罚犯罪是从“打击敌人”这一政治话语中转换而来的,因此,刑法只不过是打击敌人的一种工具,通过打击敌人而达到保护人民的根本目的。在这种“敌人、人民”二元对立的话语框架中,刑法的功能定位得以确立,刑法被纳入政治的话语体系之中。当然,这种状况也有所改变。我国也有学者开始采用大陆法系刑法话语来解读《刑法》第 2 条关于刑法任务的规定。例如张明楷教授将我国刑法确认的刑法任务归纳为保护法益,保护的方法是禁止和惩罚侵犯法益的犯罪行为,并且阐述了惩罚犯罪与保护法益的密切联系,即,不使用惩罚手段抑止犯罪行为,就不可能保护法益;为了保护法益,必须有效地惩罚各种犯罪;惩罚是手段,保护是目的。同时,张明楷教授又从刑法任务中引申出刑法目的的概念,认为刑法的目的也是保护法益。<sup>[16]</sup> 当然,在这种情况下,刑法的任务与刑法的目的之间如何区别就成为一个值得研究的问题。刑法的任务无论是界定为保护人民还是保护法益,都是片面的,当然,这种片面性来自刑法规定本身。只有将刑法的任务纳入刑法的机能这一法理概念中,我们才能对刑法的任务作出全面阐述。

关于刑法的机能,在大陆法系有不同表述,但一般认为刑法具有规制机能与社会机能两方面内容。我国学者认为,刑法的规制机能是指把刑法作为手段看它本身有什么作用、能力;而刑法的社会机能是指刑法在社会生活中实现的职能、作用,即从刑法调整目的方面、从刑法对社会生活的影响后果所观察

[11] 参见赵秉志、吴振兴主编:《刑法学通论》,高等教育出版社 1993 年版,第 14 页。

[12] 参见张小虎:《刑法的基本观念》,北京大学出版社 2004 年版,第 56-57 页。

[13] 参见许道敏:《民权刑法论》,中国法制出版社 2003 年版,第 64 页。

[14] 参见张明楷:《刑法学》(第 2 版),法律出版社 2003 年版,第 32 页。

[15] 参见高铭喧、马克昌主编:《中国刑法解释》(上卷),中国社会科学出版社 2005 年版,第 32 页。

[16] 参见张明楷:《刑法学》(第 2 版),法律出版社 2003 年版,第 30-31 页。

的机能。因此,刑法的规制机能与社会机能之间存在手段与目的的关系。<sup>[17]</sup>当然,也有学者把刑法的规制机能和保护机能、保障机能都称为刑法的社会机能,认为刑法的社会机能是指刑法在社会上应当具有的机能和固有的作用,分为规制机能和维持社会秩序机能两种。其中,所谓维持社会秩序机能,是指使构成社会的元素(个人和团体)之间的相互关系处于安定状态,以利于社会发展的机能,它可分为保护法益机能和保障人权机能。<sup>[18]</sup>我认为,把刑法的保护机能与保障机能称为维持社会秩序机能是不妥当的,社会秩序与个人自由是相对应的范畴。只有刑法的保护机能才具有维持社会秩序的内容;刑法的保障机能主要是指对个人自由的保障。此外,刑法的规制机能与保护机能、保障机能也是有所区分的,规制机能是就刑法规范作用本身而言的,刑法的保护机能和保障机能则是就刑法的社会作用而言的,它只有通过刑法规范的适用才能最终实现。在这个意义上,刑法的规制机能相对于刑法的保护机能和保障机能而言,是一种手段,后两者才是刑法的目的。只有从刑法的规制机能和刑法的社会机能两个方面,才能全面地对刑法的机能作出解读。

《刑法》第2条关于刑法任务的规定,实际上只包含了刑法的保护机能。我国学者高铭喧教授认为,这一条主要讲了刑法打击什么,保护什么,也就是打击的锋芒和保护的对象。在打击敌人、惩罚犯罪的同时,保护着国家和人民的利益,保护着社会主义的社会关系。<sup>[19]</sup>当然,在惩罚犯罪和保护人民之间存在手段与目的的关系。在刑法任务的规定中,惩罚犯罪实际上是指刑法的规制机能,也就是刑法规范本身所具有的作用。惩罚犯罪是否是刑法规范的唯一作用,刑法规范是否还有对惩罚犯罪活动本身的限制机能,这个问题在刑法任务的规定中并没有得到体现。我国刑法一直强调刑法对犯罪的惩罚功能,强化刑法的工具性价值。例如我国学者指出:在阶级社会里,刑法永远是为统治阶级的利益服务的,是统治阶级的专政工具。一切剥削阶级国家的刑法,不论是奴隶制、封建制、资本主义的刑法,还是半封建半殖民地社会的国民党政府的刑法,都是代表剥削阶级意志,保护生产资料私有制,维护少数剥削者对广大劳动人民的统治,都是少数人对多数人实行专政的工具。我国是社会主义国家,我国刑法是社会主义刑法。与一切剥削阶级刑法根本不同,我国刑法是建立在社会主义生产资料公有制基础上的上层建筑的一部分,它体现着无产阶级和广大劳动人民的意志和利益,是保护人民和惩罚、改造极少数犯罪分子的锐利武器,是人民民主专政的重要工具。<sup>[20]</sup>在这种工具主义刑法观的指导下,刑法的惩罚功能被贴上了政治标签。

实际上,刑法的惩罚犯罪功能只是刑法规制机能的一部分,刑法规制对象不仅是指犯罪的人,而且包括裁判者本身。对此,我国学者李海东认为,刑法不仅可以按照阶级属性进行划分,而且可以从国家与公民在刑法中地位的角度分为两大类:民权主义刑法和国权主义刑法。历史上的许多刑法,是以国家为出发点、以国民为对象的,这类刑法为国权主义刑法。国权主义刑法的基本特点是,刑法所要限制的是国民的行为,而保护国家的利益。基于这一出发点和功利目的,国权主义刑法可以存在于任何法律发展阶段、任何立法形式中,甚至无需法律的形式。与此相反,民权主义刑法是以保护国民的利益为出发点而限制国家行为的刑法,也就是说,民权主义刑法的对象是国家。李斯特一语中的:“刑法是犯罪人的人权宣言。”民权主义刑法的这一基本特点是当代刑法罪刑法定原则的核心所在。<sup>[21]</sup>根据国权主义刑法与民权主义刑法这一分析框架,刑法的性质主要取决于它的规制对象。惩罚犯罪只是对公民行为的规制,只有对惩罚犯罪的活动加以限制,才是对国家行为的规制。就此而言,我国传统的刑法仍然是以国权主义刑法为基础的。对此,我国学者指出:我国是一个具有漫长封建专制传统的国家,刑法工具主义思想根深蒂固。这种将刑法视为镇压犯罪为内容的刑法工具主义思想之所以流行,主要还是与我国长期以来的社会结构有关。新中国建立以后,虽然社会发生了根本

[17] 参见刘志远:《二重性视角下的刑法规范》,中国方正出版社2003年版,第123页。

[18] 参见[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第3页。

[19] 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社1981年版,第22、24页。

[20] 参见高铭喧主编:《刑法学》(修订本),法律出版社1984年版,第22页。

[21] 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第4-5页。

变化,但在计划经济体制下,刑法长期作为政治的婢女,成为阶级斗争的工具。随着市场经济体制的建立和完善,随着依法治国进程的不断推进,刑法不再是国家镇压犯罪的一种工具,而是规制镇压犯罪之工具的准绳——刑法是准绳,是保障人权、促进民权的重要武器。<sup>[22]</sup>当然,从国权主义刑法向人权主义刑法的转变是一个漫长的过程。我国刑法关于刑法任务的规定,将惩罚犯罪作为刑法的基本职能,恰恰就是国权主义刑法的标志性话语。对于这一点,也许只有在刑事法治思想逐渐普及的今天,我们才能深切地认识到。

如果说,惩罚犯罪被确认为实现刑法任务的手段,那么刑法任务,实际上也就是通过这一手段所要达致的刑法目的,包括以下四个方面:(1)保卫国家安全、保卫人民民主专政的政权和社会主义制度。(2)保护国有财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的财产。(3)保护公民的人身权利、民主权利和其他权利。(4)维护社会秩序、经济秩序。<sup>[23]</sup>我国学者将这些任务概括为法益保护是完全正确的。法益保护,就是指对社会利益的保护,它是通过对犯罪惩罚这一手段要达到的目的。但是,刑法存在的根据并不仅仅在于法益保护,而且在于人权保障,也就是对个人自由的保障。而这一目的主要是通过通过对国家刑罚权的限制来实现的,这也就是刑法的限制机能。刑法不仅限制个人而且限制国家,这种双重限制的机能是法治社会刑法的根本标志之一。对此,德国著名刑法学家李斯特指出:在从 15 世纪末开始的近代国家,由于一个统治所有人的国家权力(如指挥权力和强制权力)的产生,使得法律发展成为一个强制性规范体系。这些强制性规范不仅对个人有约束力,而且(在现代立宪国家)对国家权力本身也有约束力。只有这样才能保证共同目的的实现。<sup>[24]</sup>

我国《刑法》第 2 条的规定只确认了社会保护的义务,却并未确认人权保障的任务。这一规范内容在 1979 年刑法中是合乎当时的立法逻辑的,因为 1979 年《刑法》第 79 条规定了类推制度。在阐述类推存在的理由时,我国学者高铭喧教授指出,这是因为我国地大人多,情况复杂,加之政治经济形势发展变化较快,刑法,特别是第一部刑法,不可能把一切复杂多样的犯罪形式包罗无遗,而且也不可能把将来可能出现又必须处理的新的犯罪形式完全预见,予以规定;有的犯罪虽然现在已经存在,但我们与它作斗争的经验还不成熟,也不宜匆忙规定到刑法中去。因此,为了使我们的司法机关能及时有效地同刑法上虽无明文规定,但实际上确属危害社会的犯罪行为作斗争,以保卫国家和人民的利益,就必须允许类推。<sup>[25]</sup>这一类推存在的理由,完全是以惩罚犯罪保护社会为根据的,显然没有意识到类推本身具有对保障人权不利的消极方面。在 1997 年刑法中,我国废除了类推制度,确立了罪刑法定原则,立法者指出:罪刑法定原则是相对于封建社会罪刑擅断而言的。确立这个原则,是现代刑事法律制度的一大进步,实行这个原则需要做到:一是不溯及既往;二是不搞类推;三是对各种犯罪及其处罚必须明确、具体;四是防止法官滥用自由裁量权;五是司法解释不能超越法律。罪刑法定原则,既是立法原则——刑法修订遵循了这个原则,同时也是执法原则。刑法取消类推,明确规定这个原则,是我国司法制度的重大改革,是社会主义民主与法制的重大进步,对内更有利于保护公民的合法权益,对外也更能体现我国保护人权的形象。<sup>[26]</sup>由此可见,罪刑法定原则是以保障人权作为其价值取向的,它赋予刑法保障人权的机能。但在 1997 年刑法修订中,在废除类推制度、确立罪刑法定原则的同时,却只对《刑法》第 2 条的规定作了个别文字调整,而没有对刑法任务的内容进行补充,以致刑法任务仍然维持在通过惩罚犯罪来保护社会的水平上,没有体现通过限制刑罚权来保障人权这一内容。因此,《刑法》第 2 条关于刑法任务的规定是片面的,也是与罪刑法定原则相悖的。在刑事法治的背景之下,应当重新审视刑法任务的规定,按照刑法机能的法理对刑法任务的规定进行补充,实现法理对法律的纠偏。

[22] 参见许道敏:《人权刑法论》,中国法制出版社 2003 年版,第 55-56 页。

[23] 参见胡康生、郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》(第 3 版),法律出版社 2006 年第 3 版,第 3 页。

[24] 参见[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 年版,第 5 页。

[25] 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社 1981 年版,第 126 页。

[26] 参见胡康生、郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》(第 3 版),法律出版社 2006 年版,第 4 页。

### 三 刑法机能的科学界定

基于以上考虑,从三个方面对刑法机能进行界定:

#### (一) 刑法的规制机能

从“打击敌人”这一纯粹的政治话语到“惩罚犯罪”这一法律话语的转变,当然是一种进步,但将刑法的规制机能仅仅归结为惩罚犯罪还是不全面的。在大陆法系刑法理论中,刑法的规制机能亦称为规范机能或者规律机能,其内容可以分为两个方面:一是评价机能,二是意思决定机能。刑法的评价机能是刑法规制机能的应有之义。评价机能,确切地说,是刑法作为评价规则体系所具有的功能。对此,日本学者作出了深刻阐述:刑罚是剥夺生命、自由、财产的国家制裁方法,科处国家的制裁必须有相应的根据,科处刑罚的理由和根据就是犯罪。只要出现了侵害或者威胁国家保护的法益的犯罪行为,就应该予以刑罚制裁。不过,对何种行为处以刑罚,必须事先明确作出规定。刑法在法律上具有明确规定无价值行为应受刑罚处罚的机能,预先规定出犯罪与刑罚的关系,可对一定的行为进行价值判断,这就是刑法的评价机能。<sup>[27]</sup>它是刑法规范作为裁判规范所具有的机能。刑法首先是一种裁判规范,是司法机关定罪量刑的法律准绳。在这个意义上,刑法首先是规范裁判者的,这种裁判规范性质表明刑法对国家刑罚权的限制机能。正如我国学者指出:刑法规范作为裁判规范所具有的规制机能,是评价机能。刑法规范通过规定犯罪构成和刑罚,为裁判者提供评价的前提条件(犯罪构成)和评价内容(刑事责任的有无以及刑罚的种类和轻重),这就是刑法规范作为裁判规范所具有的、作为一种特定评价标准的作用和能力,简称为评价机能。<sup>[28]</sup>定罪量刑活动是对行为的一种法律评价活动,在罪刑擅断的刑法制度下,虽有刑法规定,但刑法规定本身不完备、不明确、不合理,因此法官的定罪量刑活动并不完全受刑法规制,往往存在司法裁量权的滥用,导致出入人罪。而在法治社会,实行罪刑法定原则,法官的司法裁量权严格受到刑法限制。在这种情况下,对行为的评价才真正是一种依照法律所作的评价,刑法才能真正发挥裁判规范的机能。除评价机能以外,意思决定机能也是刑法规制机能的重要内容。对此,日本学者指出:国家用法律规定犯罪与刑罚的关系,也是向公民发布保护法益的命令,要求公民的意志不能背离国家保护法益的意志,反映保护法益的需要,不可侵害或者威胁法益,也就是说,不应产生实施违法行为的犯意。要求公民的意志抑止犯罪的决定,就是刑法具有的意志决定机能。<sup>[29]</sup>刑法的意思决定机能是针对公民而言的,是刑法对一般公民的规制机能,也是刑法作为行为规范所具有的机能。

我国学者认为,刑法的意思决定机能强调刑法规范对人的意志的强迫性,但这是不全面的,因而主张代之以指引机能的观念。刑法的指引机能包括两个方面:一是行为人因为畏惧刑法规范中的惩罚结果而产生的被迫的行为选择,二是行为人仅仅因为知道刑法规范对哪些行为是禁止的而产生的自愿的行为选择。<sup>[30]</sup>对这一观点笔者是赞同的。刑法作为一种行为规范具有对公民行为的指引机能,这是法律规范的基本作用之一,刑法亦不例外。在法理学上,行为指引是法律通过对权利义务的规定,提供人们社会活动的行为模式,引导人们作出或不作出一定的行为。刑法对行为的指引主要是禁止性指引,<sup>[31]</sup>刑法将某些行为规定为犯罪并予以刑罚处罚,表明这些行为是法律所禁止的,公民不能实施。显然,刑法的这种禁止性指引是具有强制性的,但不能认为公民不实施犯罪行为都是刑法强制的结果。实

[27] 参见[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣、郑树周等译,上海翻译出版公司1992年版,第10页。

[28] 参见刘志远:《二重性视角下的刑法规范》,中国方正出版社2003年版,第124页。

[29] 参见[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣、郑树周等译,上海翻译出版公司1992年版,第10页。

[30] 参见刘志远:《二重性视角下的刑法规范》,中国方正出版社2003年版,第130页。

[31] 根据法律规范内容所提供的行为模式的特点,法律对行为的指引包括以下三类:第一,授权性指引,即允许人们作出什么行为,而实际上是否作出由权利主体自行决定。第二,义务性指引,通常又称为积极义务,即要求人们积极作出法律要求的行为。第三,禁止性指引,即法律规定禁止人们作出一定行为。参见公丕祥主编:《法理学》,复旦大学出版社2002年版,第73页。

际上,行为指引可以通过两种途径实现:一是威慑,二是鉴别。威慑是对那些已经产生犯罪意念的人而言的,这些人是潜在的犯罪人,但不能把社会上所有的人都视为潜在的犯罪人,大多数公民是通过刑法的一般鉴别与个别鉴别而获得刑法的指引从而自觉约束自己行为的。在这种情况下,不犯罪就不是强迫的结果,而是自觉选择的结果。长期以来,刑事古典学派中的贝卡里亚、费尔巴哈等人都倡导刑罚威慑主义,将威慑作为刑罚预防的主要内容,尤其是费尔巴哈,基于心理强制说,提出了“用法律进行威吓”的著名命题,导致我们对刑法指引机能的片面认识。在这个意义上,将刑法规制机能中的意思决定机能改为指引机能,是具有理论意义的。

刑法是裁判规范与行为规范的统一,因而刑法的规制机能是评价机能与指引机能的统一。在传统刑法观念中,强调刑法对公民个人的威吓作用,将刑法视为驭民工具,凡此种种都是国权主义刑法思想的反映。在刑事法治建设中,随着罪刑法定原则的确立,我们应当树立民权主义的刑法思想,强调刑法规范作为裁判规范对国家刑罚权的限制作用,强调刑法规范作为裁判规范的唯一性、明确性和合理性。

## (二) 刑法的保护机能

刑法的保护机能就是指刑法对法益的保护,因此,法益是刑法保护的客体。日本学者在论述保护机能时指出:刑法是基于国家维护其所建立的社会秩序的意志制定的,根据国家的意志,专门选择了那些有必要用刑罚制裁加以保护的法益。侵害或者威胁这种法益的行为就是犯罪,是科处刑罚的根据。刑法具有保护国家所关切的重大法益的功能。<sup>[32]</sup> 刑法的保护机能可以说是刑法最为原始的机能,甚至可以说是刑法的本能。德国著名刑法学家提出了“作为法益保护的刑法”的命题,把法益保护看作刑法的首要职能。事实上,法益的概念也是首先由李斯特提出的,李斯特指出:由法律所保护的利益我们称之为法益。法益就是合法的利益。所有的法益,无论是个人的利益,还是集体的利益,都是生活利益,这些利益的存在并非法制的产物,而是社会本身的产物。但是,法律的保护将生活利益上升为法益。在反对国家权力专断的宪法和打击侵犯他人的利益的刑法颁布以前,人身自由、住宅不受侵犯、通信自由(通信秘密权)、著作权、发现权等一直是生活利益,而非法益。生活的需要产生了法律保护,而且由于生活利益的不断变化,法益的数量和种类也随之发生变化。<sup>[33]</sup> 可见法益的内涵外延本身就是随着社会生活的发展而处在变化之中的,<sup>[34]</sup> 法益的变化表明国家关切的变动。

传统刑法理论将法益分为三种类型,即国家法益、社会法益和个人法益,并且将国家法益置于社会法益、个人法益之上。“这种情形在二战后才有所改观。例如,1810年《法国刑法典》,也就是《拿破仑刑法典》,分则是按照先公共法益后个人法益的顺序排列的,但1994年《法国刑法典》改变了这一顺序。法国学者指出:目前《新刑法典》包括了法律的一般理论、刑事责任与制裁,其次,还包括对“侵犯人身之犯罪”、“侵犯财产之犯罪”、“危害民族、国家及公共安宁罪”。按照这一顺序并且与《拿破仑刑法典》的顺序相反,国民方会确立价值上的某种等级轻重。《拿破仑刑法典》开篇规定的是“危害公共法益”的犯罪,然后才考虑针对个人的犯罪;尽管在《新刑法典》制定过程中也有朝这一方向提出的建议,但法典后来的规定是:人的生命优先于财产。<sup>[35]</sup> 此外,1996年《俄罗斯联邦刑法典》分则排列顺序上也发生了这种变化。苏联从集体主义价值观出发,十月革命胜利后,无产阶级的国家利益和社会主义所有制历来是刑法优先保护的客体。依照1960年《苏俄刑法典》,国事罪和侵犯社会主义所有制的犯罪在分则中居前两位。苏联解体后,俄罗斯的价值观念发生了巨大变化。1993年通过的《宪法》第2条明确规定:“人的权利与自由是最高价值。承认、遵循和捍卫人与公民的权利和自由是国家的义务。”在构建刑法典分则体系时,立法者以《宪法》第2条为根据,本着“先个人,后社会和国家”的原则,重新设定了排列位置:分则第1篇“侵犯个人的犯罪”,第2篇“经济领域的犯罪”;第3篇“危害公共安全和公共秩序的犯罪”;第

[32] 参见[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣、郑树周等译,上海翻译出版公司1992年版,第9-10页。

[33] 参见[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年版,第6页。

[34] 关于法益概念的可变性,请参考[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16页。

[35] 参见[法]卡斯东·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104页。



4篇“危害国家政权的犯罪”；第5篇“妨害军务的犯罪”；第6篇“危害和平和人类安全的犯罪”。分则结构单位排列次序的退移和变化，反映出当今俄罗斯当权者倡导与追求的是以个人利益为本位的价值观。<sup>[36]</sup>显然，刑法分则犯罪排列顺序不是一个简单的立法技术问题，而是立法价值的反映。我国《刑法》第2条关于刑法任务的表述中的实体内容，也可以归入一定的法益类型。其中，国家安全、人民民主专政和社会主义制度、国有财产属于国家法益；公民私人所有的财产、公民的人身权利、民主权利和其他权利属于个人法益；劳动群众集体所有的财产、社会秩序、经济秩序属于社会法益。这显然是按照国家法益、个人法益和社会法益的顺序排列的。刑法分则犯罪类型的排列稍有变化，但大体上与这一顺序相同。无论如何，立法者都把保卫国家安全、保卫人民民主专政政权和社会主义制度看作刑法的首要任务。<sup>[37]</sup>尽管我国宪法将“国家尊重和保障人权”载入宪法，但在刑法中并没有得到完全体现。

法益保护作为刑法的基本功能是为刑法理论所公认的，但规范保护的观点越来越对法益保护的理论提出挑战。德国刑法学家雅科布斯提出了刑法的机能主义理论，认为刑法要达到的效果是对规范同一性的保障、对宪法和社会的保障，力图用规范保护取代法益保护。<sup>[38]</sup>因此，犯罪的本质不再是法益侵害而是规范违反，刑罚目的也不再是以威吓为内容的消极的一般预防，而是以忠诚为内容的积极的一般预防，等等。规范保护理论以及由此引申出来的规范违反说受到我国学者的肯定，例如周光权教授通过对法益概念的分析指出：刑法并不一般化地保护抽象的利益。利益永远是相对的利益，仅仅处于与另一个人的确定行为的联系之中。在雅科布斯那里，利益已经超脱地体现为规范，并且不会把与利益有关的其他人仅仅看作特定利益的非所有权人，而是根据社会的规范联系，将其描述成一个有责任或者没有责任避免利益侵害的人。社会的秩序不能单独地对利益进行定义，人的角色同时在最早就参加进来了。这样，自然就引出了规范违反说的命题。<sup>[39]</sup>当然，在大陆法系国家，也有刑法学者不赞同规范保护说，或者毋宁说揭示了法益保护与规范保护的同一性。例如日本学者西田典之指出：刑法也是规范，对人的意思也会产生作用，从而控制其行动。然而，刑法的目的是保护值得用规范来保护的法益。而且，伦理规范、刑法规范也都是因社会需要而产生的，在此种限度内应当说具有同样的理论结构，即伦理规范、刑法规范并非是其本身有价值，而是其保护对象有一定价值，才具有存在的理由。刑法规范即便是纳入伦理规范，也不是为了强加特定个人的伦理与道德，而是必须充分考察由伦理所维护的价值即法益是否存在，而这种法益是必须达到要用刑罚这样的强力制裁以便在国家范围内予以保护之程度的共同利益。<sup>[40]</sup>

我认为，法益保护的理论为现代刑法确立了存在根据，因而具有重要意义。规范保护的理论并非是对法益保护理论的否定，而是在法益保护理论的基础上进一步将那些虽然侵犯法益但并非出于理性对抗而是缺乏人格体的行为从犯罪中排除出去，使刑法机能进一步收缩，维护规范的有效性。雅科布斯指出：自从自然法终结以来，刑罚就不再是针对非理性者而科处的，而是针对对抗者。制裁就是纠正破坏规范者的世界构想。破坏规范者主张在现实事件中规范的无效性，但是，制裁则明确这种主张不足为准。<sup>[41]</sup>在某种意义上说，规范保护是一种更为精致的刑法理论。当然，规范保护是以确证规范的合理性为前提的，在不具备这一前提的情况下，法益保护也许是一种更为有效的理论。就我国而言，目前的当务之急是根据法益保护的理论对刑法规范内容进行清理，只有在条件具备以后才有可能采用规范保护说。

### （三）刑法的保障机能

刑法的保障机能是指刑法对人权的保障，这里的人权是指犯罪嫌疑人、被告人和犯罪人的人权。而这样一个内容，恰恰是我国刑法任务的规定中付诸阙如的。如果说，刑法的法益保护机能是任何刑法都具有的，只不过法益范围有所差别而已，但刑法的人权保障机能则是法治社会刑法才具有的。刑法的人

[36] 参见薛瑞麟：《俄罗斯刑法研究》，中国政法大学出版社2000年版，第79-80页。

[37] 参见胡康生、郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》（第3版），法律出版社2006年版，第3页。

[38] 参见[德]格吕恩特·雅科布斯：《行为 责任 刑法——机能性描述》，冯军译，中国政法大学出版社1998年版，第101页。

[39] 参见周光权：《刑法学的向度》，中国政法大学出版社2004年版，第198、199页。

[40] 参见[日]西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第23页。

[41] 参见[德]格吕恩特·雅科布斯：《行为 责任 刑法——机能性描述》，冯军译，中国政法大学出版社1998年版，第109页。

人权保障机能是指通过明确地将一定的行为作为犯罪,对该行为科处一定刑罚,来限制国家行使刑罚权,由此使一般国民和罪犯免受刑罚权的任意发动而引起的灾难的机能,也叫保障自由机能。<sup>[42]</sup>刑法的人权保障机能主要是通过罪刑法定原则实现的。可以说,刑法是否实行罪刑法定原则,是刑法是否具有人权保障机能的一个标志。

我国刑法任务的规定,通过惩罚犯罪所要达致的目的是保护人民。这里的人民是一个政治概念,它是与敌人相对应的。更为重要的是,这里的人民是一个整体的概念,而非指构成人民的每一个公民。因此,这里的人民可以直接转换为国家、社会、制度、专政等概念,完全可以把这里的保护人民解读为保护社会、保卫国家、维护专政等。因此,在我国传统刑法理念中,犯罪人作为敌人是刑法打击、惩罚的对象,怎么可能是保障的对象呢?刑法的人权保障机能是闻所未闻的。只是近些年来,尤其是 1997 年刑法修订后,随着刑事法治的启蒙,人权保障的观念才开始传播,但相对于打击敌人的观念而言,人权保障的观念还是极为淡薄的。刑法关于罪刑法定原则的规定是最能体现刑法的人权保障机能的,但我国《刑法》第 3 条对罪刑法定原则的表述显然不同于其他国家。世界各国关于罪刑法定原则的表述,无论措辞如何,基本逻辑都是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。因此,罪刑法定原则所具有的限制机能是指限制国家刑罚权,不得将法无明文规定的行为作为犯罪加以刑罚惩罚,但并不对出罪加以限制。对此,日本学者指出:在保障国民自由以及基本人权方面,对罪刑法定的内容本身提出了更高的要求。也就是说,不能简单地认为,“只要有法律的规定,对什么样的行为都可以科以刑罚,而且可以科以任何刑罚”。根据犯罪的内容,是否有必要用刑罚进行处罚(处罚的必要性和合理性),而且对于该种犯罪所定的刑罚是否与其他犯罪相平衡(犯罪上刑罚的均衡),亦即从所谓实体的正当程序的角度来强调罪刑法定的意义。<sup>[43]</sup>

但是,我国《刑法》第 3 条是这样规定的:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”立法者显然认为罪刑法定有两方面内容:一方面,只有法律将某一种行为明文规定为犯罪的,才能对这种行为定罪判刑,而且必须依照法律的规定定罪判刑;另一方面,凡是法律对某一种行为没有规定的犯罪的,对这种行为就不能定罪判刑。<sup>[44]</sup>对这一条所规定的两方面内容,我国有学者认为,第一方面可称之为积极的罪刑法定原则;第二方面可称之为消极的罪刑法定原则。所谓积极,是指从积极方面要求正确运用刑罚权,处罚犯罪,保护人民。因此,《刑法》第 3 条克服了西方刑法的片面性,在刑法史上第一次把正确运用刑罚权、打击犯罪、保护人民作为罪刑法定原则的重要方面明确规定,而且把它放在第一位,是罪刑法定原则的新发展。<sup>[45]</sup>对这一观点笔者是不赞同的。所谓积极的罪刑法定,并非罪刑法定主义的题中之意,事实上,参与立法的人员也并不赞成将这一条前半句理解为积极的罪刑法定,认为它强调的只是“依法”,针对的不是司法机关的不作为,而是司法机关可能存在的不公。<sup>[46]</sup>但罪刑法定原则只能解决“法无明文规定不为罪”这一基本的人权保障问题,至于司法不公问题,包括有罪不罚,轻罪重判或者重罪轻判等,都不是罪刑法定原则所能解决的。尽管我国刑法关于罪刑法定原则的表述不能令人满意,但这一原则在我国刑法中的确认,一定程度上弥补了我国刑法关于刑法任务规定上的偏颇。

在刑法的规制机能与社会机能之间存在一种对应关系:刑法的规制机能中的评价机能与刑法的保障机能之间存在手段与目的的关系,刑法的规制机能中的指引机能与刑法的保护机能之间也存在手段与目的的关系。刑法的规制机能的内容,正如日本学者指出,是对一定的犯罪预告施加一定的刑罚,由此来明确国家对该犯罪的规范性评价。而且,这种评价有这样的内容,即,各种犯罪值得施以各种刑罚这一强劲的强制力。阐明了这种评价,刑法作为一种行为规范,起着命令普遍国民遵守(下转第 7 页)

[42] 参见[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 4 页。

[43] 参见[日]野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社 2001 年版,第 46 页。

[44] 参见胡康生、郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》(第 3 版),法律出版社 2006 年版,第 4 页。

[45] 参见何秉松主编:《刑法教科书(2000 年修订)》(上卷),中国法制出版社 2000 年版,第 68 页。

[46] 参见张军等:《刑法纵横谈(总则部分)》,法律出版社 2003 年版,第 22 页。