

刑法基礎知識



刑法：犯罪人的大憲章

001 刑罰的起源

刑法，是規定犯罪和刑罰的法律規範的總稱。換言之，任何一部法要被稱為刑法，一定有兩個部分：一個是犯罪論，一個是刑罰論。

秦朝末年，劉邦進咸陽後，為了取得民心，將關中父老豪傑招聚一堂，約法三章，不論是誰，都要遵守三條法律：殺人者要處死，傷人者要抵罪，盜竊者也要判罪。約法三章的第一條“殺人者死”，就是一個非常典型的刑法規定，犯罪論的表述是“殺人”，刑罰論的表述是“死”。

刑法發展的一個重要方面就是刑罰演變的歷史。對於刑罰的起源，古今中外，人們提出過無數假說，眾說紛紜，仁者見仁，智者見智。

神授說

最古老的學說認為，刑罰起源於“天”，也稱“神授說”。中國古人將“天”作為萬物的起源，君主之權也出自天授，故稱“天子”，刑罰權是君主權力的重要體現，自然也來源於天。統治者不過是代天行罰，刑罰源自“聖人因天討而作五刑”。中國歷史最古老的文獻之一《尚書·甘誓》記載夏啟攻伐有扈氏的檄文，這

封檄文相當於戰爭動員令，在檄文中，夏啟說自己奉上天之命令剿滅有扈氏，以“恭行天罰”。

在西方世界，啟蒙運動之前，刑罰來源於上帝的授予一直都處於通說地位。《聖經》記載：“在上有權柄的，人人當順服他，因為沒有權柄不是出於神的。凡掌權的都是神所命的。所以，抗拒掌權的就是抗拒神的命；抗拒的必自取刑罰。作官的原不是叫行善的懼怕，乃是叫作惡的懼怕。你願意不懼怕掌權的嗎？你只要行善，就可得他的稱讚。因為他是神的用人，是與你有益的。你若作惡，卻當懼怕，因為他不是空空的佩劍，他是神的用人，是申冤的，刑罰那作惡的。”（《羅馬書》13:1-4）此處所說的“佩劍的權力”就是世俗政權對犯罪施加刑罰的權力。

戰爭說

我國傳統的觀點還認為刑罰起源於戰爭。古代不少學者認為，刑罰的產生與戰爭密不可分，《漢書·刑法志》記載：“自黃帝有涿鹿之戰以定火災，顓頊有共工之陳以定水害。……夏有甘誓之誓，殷、周以兵定天下矣。”

刑起於兵、兵刑同一，最初的刑罰就是對在氏族戰爭中的戰敗者、叛亂者和違反軍紀者的處罰。遠古時期，兵刑並未嚴格區分，奴隸主用甲兵征討異族，用刑罰來統治已被征服的氏族，兵與刑的區別是“刑外”與“刑內”的關係，如司馬遷在《史記·律書》中云：“故教答不可廢於家，刑罰不可捐於國，誅伐不可偃於天下。”也就是說，家庭不能廢除教鞭，國家不能取消刑罰，天下也不可能沒有戰爭。刑罰刑內，誅伐刑外。

社會契約理論

啟蒙運動之後，人們開始不滿足於對刑罰起源神秘性的討

論，紛紛提出了其他一些理論，比較典型的是社會契約理論和正義理論。

社會契約理論認為，國家與法的形成，起源於早期人們為了獲得生存的社會保障，自願轉讓本屬於個人的一些自然權利而締結的社會契約。為了保障自己的利益，締約者同意如果自己侵犯了公眾的利益，就應當接受懲罰。

意大利法學家貝卡利亞以此說闡明了刑罰權的起源，他說：在人類歷史的某個階段，為了爭奪利益，人們相互殘殺，朝不保夕，他們非常需要有種東西來“阻止個人專橫的心靈把社會的法律重新淪入古時的混亂之中”，“正是這種需要迫使人們割讓自己的一部分自由，而且，無疑每個人都希望交給公共保存的那份自由盡量少些，只要足以讓別人保護自己就行了。這一份份最少量自由的結晶形成懲罰權”。¹

正義理論

康德、黑格爾這兩位如雷貫耳的德國哲學巨匠則是正義理論的倡導者。這種學說認為社會對犯罪處以刑罰是正義的當然要求。康德說：“如果你誹謗了別人，你就是誹謗了自己；如果你偷了別人的東西，你就是偷了你自己的東西；如果你打了別人，你就是打了自己；如果你殺了別人，你就是殺了你自己。”因此國家處罰犯罪人，就是滿足犯罪人“報復的權利”，而這樣做正是對犯罪人人格的尊重。換言之，國家有義務對犯罪人施以刑罰，“如果不這樣做，……是對正義的公開違犯”。²

黑格爾用否定之否定學說來為刑罰的正義理論背書：犯罪

是對法的否定，刑罰是對犯罪的否定，所以刑罰不過是否定之否定，刑罰具有自在自為的正義，加於犯罪人的刑罰不但是自在地正義的，因為這種刑罰同時是他自在地存在的意志，是他的自由的定在，是他的法，所以是正義的；不僅如此，而且它是在犯人自身中立定的法，處罰他，正是尊敬他是理性的存在。如果國家不對犯罪人處以刑罰，他就得不到這種尊重。¹通俗地說，懲罰犯罪人其實是對他理性的尊重。

也許人類的理性很難準確解開刑罰起源的密碼，但是上述關於刑罰起源的討論至少可以給我們一些啟發。尤其是社會契約理論和正義理論這兩種近代有關刑罰起源的學說，直觀地告訴我們為什麼刑事立法應當遵循民主程序，以及刑罰有追求正義的內在要求。

我國法律體系由7大法律部門構成：憲法、民商法、行政法、經濟法、社會法、刑法，以及程序法。它們都被稱為部門法。刑法是最嚴厲的部門法，它打擊的犯罪是最嚴重的社會不軌行為，它所施加的刑罰也是最嚴厲的懲罰措施。《治安管理處罰法》雖然也規定了強制方法，但其嚴厲程度一般都輕於刑罰。所以，它不屬於刑法。很多人往往把《治安管理處罰法》規定的處罰措施看成刑罰，這是一種嚴重的誤解。《治安管理處罰法》打擊的是沒有達到犯罪程度的治安違法行為，其措施也只是罰款、行政拘留等行政處罰措施，而不是刑罰。

刑法如此嚴厲，不到萬不得已不應輕易使用刑法武器。刑法具有補充性，只有當某種社會關係不能被一般部門法充分保護時，才由刑法保護。如果其他部門法不認為行為違法，那在刑法上也不應該構成犯罪。刑法是補充法，不可能出現不是違法行為，卻是犯罪行為的現象。

1 [意大利]貝卡利亞：《論犯罪與刑罰》，黃風譯，中國大百科全書出版社1993年版，第9頁。

2 [德]康德：《法的形而上學原理》，沈叔平譯，商務印書館1991年版，第165-167頁。

1 [德]黑格爾：《法哲學原理》，范揚、張企泰譯，商務印書館1961年版，第103頁。

一個非常經典的案件是帥某騙保案¹，帥某虛構母親年齡，為其母親張某向某保險公司投保了康寧終身保險，死亡保險金 27 萬元。根據康寧終身保險條款的規定：凡 70 週歲以下、身體健康者均可作為被保險人，由本人或對其具有保險利益的人作為投保人向保險公司投保本保險。經查，帥某將母親戶口年齡篡改，將當時已經 77 歲的老母年齡改小為 54 歲，使其符合投保年齡，並找他人代為體檢參保。3 年後被保險人因疾病身故，帥某向保險公司申請保險理賠，要求保險公司支付身故保險金 27 萬元。保險公司發現有詐，遂向公安機關報案。這個案件從表面上看，符合刑法有關保險詐騙罪的規定，但當年的《保險法》第 54 條的規定，“投保人申報的被保險人年齡不真實，並且其真實年齡不符合合同約定的年齡限制的，保險人可以解除合同，並在扣除手續費後，向投保人退還保險費，但是自合同成立之日起逾二年的除外。”²也就是說，按照《保險法》的規定，虛構事實的保險合同如果履行了 2 年以上，那就按有效合同對待，也就不是騙保，顯然在刑法上也就不宜以犯罪論處。

❓ 想一想

神授說、戰爭說、社會契約理論、正義理論，你贊同哪種刑罰起源學說？

從人類有刑法以來，刑法的目的是什麼？刑法為了保護什麼而存在？

歷來有兩種針鋒相對的觀點：一種認為刑法的目的主要是為了維護一定的倫理秩序，叫做規範違反說，犯罪違反了倫理規範，行為本身就是錯誤的，所以要對它進行懲罰；與之爭鋒相對的觀點認為，犯罪是對法律要保護的利益的侵犯，懲罰犯罪只是為了保護結果意義上的一種法律利益，這做法益侵犯說。

在絕大多數案件中，兩種觀點得出的結論是一樣的：張三把李四捅死了，張三侵犯了李四的生命利益，因此要受到懲罰，此乃法益侵犯說；規範違反說則認為殺人行為本身就違反了倫理規範，是對禁止殺人這個最根本的鐵律的違反，故要受到懲罰。

法律與正義

在哲學上，關於正義一直有道義論和功利論的爭論。道義論關注行為正義，功利論則關注結果正義，上述刑法問題的爭論不過是哲學觀念之爭在法律中的延續。

行為正義最驕傲的表達就是即便天塌下來，正義也必須得到踐行。其代表人物是康德，他的經典語錄是“道德本來就不教導我們如何使自己幸福，而是教導我們如何使自己無愧於幸福”。1940 年 6 月，德軍兵臨英吉利海峽，英國遭遇了史無前例的至暗時刻。面對強大的德軍，抵抗可能導致英倫三島千年積累文明成果化為灰燼。但丘吉爾在演講中鼓勵大家戰鬥到底，玉石俱焚，在所不惜。與納粹德國的戰爭，已經遠非軍事意義上的征服與被征服，而是文明意義上的存亡。屈服法西斯的代價，不是戰敗，而是文明社會的毀滅。如果抵抗導致英國滅亡，那就滅亡吧。

1 帥某保險詐騙案。參考李蘭英：《契約精神與民刑衝突的法律適用》，《政法論壇》2006 年第 6 期。反對意見參考張明楷：《詐騙罪與金融詐騙罪研究》，清華大學出版社 2006 年版，第 757 頁；張明楷：《無權處分與財產犯罪》，《人民檢察》2012 年第 7 期。

2 2015 年修正後的《保險法》第 16 條 3 款也保留了類似的規定：前款規定的合同解除權，自保險人知道有解除事由之日起，超過三十日不行使而消滅。自合同成立之日起超過二年的，保險人不得解除合同；發生保險事故的，保險人應當承擔賠償或者給付保險金的責任。

至於結果正義，最為人熟知的就是英國法理學家邊沁的功利主義，判斷行為對錯的最終標準是看行為能否增進人的幸福快樂，法律的正義一定要體現最大多數的最大利益。

這兩種觀點，人類爭論了幾千年都沒有爭論清楚。任何一個問題都有正說、反說和折中說。折中說也許是最符合中道的一種觀點。在決定是否發動刑罰權的時候，既要考慮結果正義，又要考慮行為正義。犯罪侵犯了法益，在結果上不正當。同時，犯罪行為也違反了倫理規範，在行為上也不正當。

入罪與出罪

首先，在入罪層面上必須考慮行為是否侵犯了法益，如果一種行為沒有侵犯法益，那就不構成犯罪。某地曾有樞離奇的偽造貨幣案，崔某夫婦幫馬戲團印制魔術道具貨幣，偽造的人民幣上億元，美元上千萬元，涉嫌偽造的貨幣與真幣有較大差距，紙質粗糙，背面上大多印有“魔術道具”的字樣。刑法中何謂偽造貨幣？偽造貨幣就是偽造貨幣。這種直接的規定在理論上被稱為簡單罪狀，因為太過簡單，所以不必詳細描述。因此，正確理解這些罪名所侵犯的法益就顯得尤其必要。

偽造貨幣罪所侵犯的法益是貨幣的公共信用，即貨幣作為一般等價物給人們提供的交易信心。如果市面上假幣很多，民眾就不敢使用貨幣，會動搖民眾對貨幣的信心。但如果偽造的貨幣無法動搖貨幣的公共信用，那就不能理解為刑法意義上的假幣。比如偽造根本不存在的貨幣，偽造面額 250 元的假幣；又如某村委會為抵銷在飯店內的開支，將人民幣複印，按其面值蓋上村委會公章在該村內部使用假幣的行為。假幣雖然被製造、發行，甚至在一定範圍內進入流通領域，但是民眾並不會因為這些假幣的存在就不敢使用真幣，這種行為顯然沒有侵犯貨幣的公共信用，

自然不構成偽造貨幣罪。至於印有“魔術道具”貨幣字樣的貨幣不可能侵犯貨幣的公共信用，所以檢察機關撤銷了對崔某夫婦的起訴。

基於法益侵犯說，一種行為被規定為犯罪，是因為它侵害了一定的法益。法益理論是對刑罰權在實質上的限制，它使得一個表面上符合法條的行為並不能理所當然被視為犯罪，司法者必須積極加以證明它侵害了一定的法益，否則行為就不構成犯罪。

其次，在出罪層面上必須考慮倫理道德的需要。一種侵犯法益的行為也不一定是犯罪，除非它是倫理道德所譴責的，對於倫理所容忍所鼓勵的行為，沒有必要發動刑罰權，這是對刑罰權的第二層限制。某女生遭遇張三的性侵，女生拚命反抗，把張三踹到河裏面，張三後溺斃而亡。從表面上看，女生符合故意殺人罪的構成要件；同時，從法益侵犯說的角度，行為也不正當；她為了保護她的性權利犧牲了張三的生命權，生命權顯然要大於性權利。因此，單純從法益侵犯說的結果正義立場，女生的行為構成犯罪。但是，這並不符合我國刑法關於正當防衛的規定。對於正當防衛這個法條能夠提供完美解釋的就是規範違反說，女生的行為雖然侵犯了張三的生命權，但是這種行為在倫理道德上並不值得譴責，甚至是值得鼓勵的。正當防衛制度的一個重要立法價值就是鼓勵民眾和不法侵害做鬥爭。

法律只是一種平衡的藝術

倫理道德當然不能作為入罪的直接依據，刑法只是對人最低的道德要求，不能通過刑法來推崇道德完美主義，否則看似善良的願望往往會把人類帶向人間地獄，用道德取代法律的積極道德主義是刑法要拒絕的。但是刑法也不能和道德相抵觸，對於倫理道德所容忍和鼓勵的行為，自然沒有必要處罰，倫理道德可以作

為出罪的依據，用道德來減緩法律剛性的消極道德主義是合理的。

我國刑法其實就是一種折中說，同時用法益侵犯說和規範違反說兩種理論來支撐刑法的正當性：法益作為入罪的基礎，而倫理作為出罪的依據。一個表面上符合刑法的行為，不能理所當然被認為是犯罪，除非它侵犯了法益，這是對刑罰權的第一道限制；一個侵犯法益的行為也不必然是犯罪，除非這種行為是倫理道德所譴責的，這是對刑罰權的第二層限制。刑法既考慮法益侵犯說，又考慮規範違反說，在這兩者之間尋找一種平衡。法律其實只是一種平衡的藝術，試圖在諸多對立觀點中，尋找一種折中。

行為正義和結果正義在人類歷史上已經爭論了數千年，古希臘哲學家柏拉圖就試圖調和這兩種矛盾。柏拉圖認為正義就是行為本身是正當的，而且通常能帶來好的結果。比如，人為什麼要誠信，因為誠信本身是對的，而且都能帶來好的結果。當然，柏拉圖把好的結果拉到了永恆的維度。也就是說即便你現在看不到這個好的結果，但是在永恆中必將看到好的結果。但是現代人很多不再相信永恆，以致行為正義和結果正義始終處於衝突之中。

大家都知道數學中的平行線，但是誰能畫出真正意義上的平行線呢？無論你用何種儀器畫的平行線，最終都會相交於一點。也許行為正義和結果正義就是人類畫的兩條平行線，只要足夠長，我們所畫的平行線依然會相交於一點。

❓ 想一想

你贊同行為正義，還是結果正義呢？

003 不受約束的刑罰權，比犯罪更可怕

刑法規定了犯罪和刑罰，刑罰是對犯罪的懲罰，而刑法則是對刑罰的約束。

從表面上看，“刑”字從刀，拿人開刀，把開刀的依據合法化就叫刑法，但是如果只是為了懲罰犯罪，真的需要刑法嗎？

有一位女士在網上發帖，說有兩個同村的村民，在她小學7歲的時候就強暴她，現在她才敢出來向公安機關舉報。這兩個男子在公安機關也承認有過強姦行為，但這個案件已經過了21年，公安機關會處理此案嗎？如果沒有刑法，該案能夠打擊嗎？當然可以，法官拍案而起，下令把這種人渣拖出去，犬決。但有了刑法，該案卻無法處理，因為現行刑法規定追訴時效最長是20年，只有可能判死刑和無期徒刑的犯罪才可以報最高人民檢察院核准追訴。而本案並不屬於可以核准追訴的情節，按照刑法規定，它的追訴時效是15年。

可見，如果只想懲罰犯罪的話，根本沒必要制定刑法，刑法往往束縛了國家打擊犯罪的手腳。

另外一個更經典的案件是1998年深圳的鄧某駒案。鄧某駒“年輕有為”，30多歲就當上了深圳沙井農村信用合作社主任，不到3年貪污公款2.3億，包養了5個情婦。憑借我們樸素的情感，對鄧某駒應該判處什麼刑？你可能想到了死刑，不殺不足以平民憤。但是鄧某駒是農村信用合作社主任，按照刑法規定，他不屬於國家工作人員，不構成貪污罪，只能構成職務侵佔罪，而職務侵佔罪的最高刑是15年有期徒刑，最終鄧某駒也確實被判處了15年有期徒刑。

你覺得，刑法是懲罰了鄧某駒，還是保護了鄧某駒？