

全国教育科学“十五”规划重点课题

中国刑法 基本原理

李晓明/主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国刑法 基本原理

主 编：李晓明

副主编：李洪欣 严励



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国刑法基本原理/李晓明主编. —北京:法律出版社,2005.3
ISBN 7-5036-5395-7

I. 中... II. 李... III. 刑法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 014616 号

法律出版社·中国

责任编辑/曾健 刘辉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑统筹/法学学术出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2005年3月第1版

印张/23.25 字数/687千
印次/2005年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939714

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5395-7/D·5112

定价:40.00 元

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。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,在我国甚至只有几十年的历史。尤其是中国社会主义刑法学的创建与发展,已是1949年建国以后的事了。加之众所周知的原因,我国刑法学真正的成长期也不过25年左右的时间。

虽然自1949年起,我国刑法学就开始了前瞻性的研究,甚至刑法讨论案就易稿几十次。但我们知道,1979年我国颁布了第一部社会主义刑法典,从此结束了我国建国后没有刑法典的历史,使我国的刑事法制实体规范基本具备。其后在改革开放近20年的历史进程中,我国立法机关为适应社会变革中惩治犯罪的需要,又先后颁布了20多个单行刑法,并在百余部非刑事法律中设置了大量的刑事条款,以弥补刑法典之不足。同时1988年以后,我国立法机关将全面修订刑法典的工作提到重要议事日程,经过近10年的研拟修改,新修订的刑法典终于在1997年3月14日第8届全国人大第5次会议上获得通过,从此揭开了我国刑事实体立法史上崭新的一页。

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,且也更应冷静地思考我国刑法学在短短几十年的历史进程中所暴露的一些问题。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 20 多年的历史轨迹,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,这些均可从已发表的研究文章、教材、专著中略见一斑。正如教育部 2001 年一项《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”。此现象似乎在刑法学的课程与教学过程中表现得尤为突出。因为近 25 年来,我国的刑法学教材基本上是按照刑法总则、分则的体系而注释成刑法总论、分论体系的,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。这样下来,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。最终造成,不仅实际工作中理论知识不够用,而且实际司法操作也难进行。

针对上述情况,2001 年我们在法律出版社出版了具有改革和创新意义的新的一代教材《刑法学》(上、下),并在同年成功申报了全国教育科学“十五”规划重点课题《高等法学本科教育刑法学课程与教学改革研究》。以此为契机,我们展开了刑法学课程建设与教学改革的一系列工作。其中刑法学教材的建设与改革是我们所进行的该项课题的重中之重的子项目。经过几年的进一步探索,我们又对刑法学的教材进行了大刀阔斧的改革,初步更新了原有的注释刑法学的体系,总结出一套理论刑法学与注释刑法学并重的中国刑法学理论新体系,完成了我们的第 2 代教材《中国刑法基本原理》和《中国刑法罪刑适用》,它们将由法律出版社陆续出版。

应当说,这套姐妹教材充分体现了理论刑法学与注释刑法学并重的思想,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。当然我们也同时认为,注释性的刑法研究也是十分必要的,尤其是在刑法典刚刚颁布伊始,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问题研究的重视,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。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,也会最终枯萎。因此我们认为,如果说 1979 年刑法典的颁布及 1997 年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需不需要研究的问题,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。

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进行了尝试性的重构。需要特别说明的是,就我国的刑法学理论体系而言,不应当分什么总论、分论(或者各论),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《中国刑法基本原理》和《中国刑法罪刑适用》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刑法学科学体系。本书作者的具体分工是(按章节顺序先后):

李晓明: 导言,第一章,第二章,第三章,第四章,第七章,第八章。

江维龙: 第五章,第六章。

李洪欣: 第九章,第十章。

赵文经: 第十一章,第十二章。

陆 岸: 第十三章,第十四章,第十五章,第二十四章。

李立众: 第十六章,第十八章,第十九章,第二十二章。

王志亮: 第十七章,第二十一章。

汪明亮: 第二十章,第二十三章,第二十五章。

黄洪波: 第二十六章。

陈 平: 第二十七章。

吴 江: 第二十八章,第二十九章。

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,我们参阅了学界同仁们的大量论文、学术专著等成果,不少理论观点并在书中引用,当然我们尽可能地将作者及书名

全部注出,但修改过程繁杂,若有疏漏还请多多见谅,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做出的一点有益探索,成功与辉煌乃属于整个的学界同仁。谨此将本书献诸于我国刑法学界,也正是为了向学界同仁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

2005 年元旦于苏州大学相门寓所

目 录

刑法学导言	(1)
-------------	-------

第一编 刑法绪论

第一章 刑法概述

第一节 刑法的定义及特征	(35)
第二节 刑法的本质与功能	(40)
第三节 刑法的目的与任务	(43)
第四节 刑法的渊源和类型	(45)

第二章 刑法制定

第一节 刑法的制定根据	(50)
第二节 刑法的制定程序	(52)
第三节 刑法的修改与完善	(54)

第三章 刑法规范

第一节 刑法规范概说	(61)
第二节 刑法规范中的概念	(73)
第三节 刑法规范中的规则	(76)
第四节 刑法规范中的原则	(84)

第四章 刑法基本原则

第一节 罪刑法定原则	(92)
第二节 罪刑相当原则	(118)
第三节 适用刑法平等原则	(131)

第五章 刑法体系

- 第一节 刑法的内部体系 (142)
- 第二节 刑法的外部体系 (144)
- 第三节 刑法的本质体系 (145)

第六章 刑法效力

- 第一节 刑法的空间效力 (148)
- 第二节 刑法的时间效力 (160)

第二编 犯罪成立及其认定

第七章 犯罪概述

- 第一节 犯罪的概念 (169)
- 第二节 犯罪的本质 (185)
- 第三节 犯罪的分类 (200)
- 第四节 犯罪的标准 (203)

第八章 犯罪成立

- 第一节 犯罪成立理论的梳理 (208)
- 第二节 犯罪成立理论分析 (214)
- 第三节 犯罪成立要件的重构 (225)

第九章 犯罪客观要件

- 第一节 犯罪客观要件概说 (231)
- 第二节 侵害行为 (234)
- 第三节 侵害对象 (239)
- 第四节 侵害结果 (240)
- 第五节 因果关系 (245)
- 第六节 犯罪的时间、地点和方法 (249)

第十章 犯罪主体要件

- 第一节 犯罪主体要件概说 (251)
- 第二节 自然人犯罪主体 (254)
- 第三节 法人犯罪主体 (263)

第四节	我国刑法中的单位犯罪主体	(267)
第十一章	犯罪主观要件	
第一节	犯罪主观要件概说	(272)
第二节	犯罪故意	(279)
第三节	犯罪过失	(287)
第四节	犯罪动机与目的	(293)
第五节	意外事件	(297)
第十二章	正当化事由	
第一节	正当化事由概说	(300)
第二节	正当防卫	(302)
第三节	紧急避险	(311)
第四节	其他正当化事由	(318)
第十三章	犯罪形态(1):未完成罪	
第一节	未完成罪概说	(322)
第二节	犯罪预备	(333)
第三节	犯罪未遂	(338)
第四节	犯罪中止	(348)
第十四章	犯罪形态(2):共同犯罪	
第一节	共同犯罪概说	(356)
第二节	共同犯罪的认定	(360)
第三节	共同犯罪的形式	(364)
第四节	共同犯罪人的分类及刑事责任	(370)
第五节	共同犯罪认定中的几个特殊问题	(378)
第十五章	犯罪形态(3):单复数罪	
第一节	单复数罪概说	(385)
第二节	单数犯罪	(390)
第三节	复数犯罪	(403)

第三编 刑事责任及其实现

第十六章 刑事责任概述

第一节 刑事责任的概念	(409)
第二节 刑事责任的目的	(415)
第三节 刑事责任的根据	(418)
第四节 刑事责任的原则	(423)
第五节 刑事责任的进程	(429)
第六节 刑事责任的地位	(435)

第十七章 刑事责任的承担方式(1):刑罚

第一节 刑罚概说	(444)
第二节 刑罚体系	(451)
第三节 主刑	(461)
第四节 附加刑	(476)

第十八章 刑事责任的承担方式(2):非刑罚处罚

第一节 非刑罚处罚概说	(489)
第二节 非刑罚方法的具体内容	(492)

第十九章 刑事责任的承担方式(3):有罪宣告

第一节 有罪宣告概说	(497)
第二节 有罪宣告的适用	(499)

第二十章 刑事责任的裁量

第一节 刑事责任裁量情节	(502)
第二节 刑事责任裁量制度	(516)

第二十一章 刑事责任的实现

第一节 刑事责任实现概说	(531)
第二节 刑事责任实现的刑罚方法	(537)

第二十二章 刑事责任的消灭

第一节 刑事责任消灭概说	(557)
第二节 时效	(559)

第三节 赦免	(562)
--------------	-------

第四编 刑法适用

第二十三章 刑法适用概述	
第一节 刑法适用的定义与特征	(567)
第二节 刑法适用的原则	(568)
第三节 刑法适用的方法	(576)
第四节 刑法适用的理念	(582)
第五节 刑法适用与刑事政策的关系	(589)
第二十四章 罪之适用	
第一节 定罪概说	(593)
第二节 犯罪情节与定罪	(598)
第三节 认识错误与定罪	(602)
第四节 罪数与定罪	(607)
第二十五章 刑之适用	
第一节 量刑概说	(611)
第二节 量刑根据和原则	(618)
第三节 量刑偏差与量刑方法	(625)
第二十六章 刑法解释适用	
第一节 刑法解释概说	(632)
第二节 刑法立法解释	(644)
第三节 刑法司法解释	(649)
第四节 刑法学理解释	(653)
第五节 刑法任意解释	(655)
第二十七章 刑事判例适用	
第一节 刑事判例概说	(659)
第二节 刑事判例的运作机制	(670)
第三节 刑事判例适用技术	(677)

第二十八章	国际刑法的适用	
第一节	国际刑法适用概说	(682)
第二节	国际刑法的直接适用	(690)
第三节	国际刑法的间接适用	(696)
第四节	国际刑事合作	(703)
第二十九章	我国区际互涉刑事案件的刑法适用	
第一节	我国区际刑事管辖权冲突的解决	(713)
第二节	我国区际刑事司法协助	(719)
后 记		(728)

刑法学导言

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,以及研究方法和理论体系作些梳理,以便使学习思路更加顺畅。

一、什么是刑法学

这是刑法学基础理论首当其冲要解决的问题,具体包括刑法学的定义、刑法学的研究对象及与其他相邻学科之间的关系等。

(一)刑法学的定义

给任何事物下定义都应当是全方位多层次的,从不同的角度会作出不同的描述。如对“人”,从自然属性角度下的定义就是:“能够制造工具并使用工具进行劳动的高等动物。”^{〔1〕}从社会属性角度下的定义就是:“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。”^{〔2〕}当然,还可以从生理、心理等其他角度给“人”下定义。刑法学也是这样,不仅横向上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。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,许多人仍认为它属刑法学的一个分支。

〔1〕《现代汉语词典》,商务印书馆1979年版,第949页。

〔2〕《马克思恩格斯选集》第1卷,第18页。

现代意义上的刑法学,准确点讲是刑事诉讼法学、刑事侦查学、监狱学、犯罪学等学科相对独立或分离出去以后,剩下的较为“纯粹”一些的内容。这些内容旨在研究追究刑事责任方面的犯罪对策。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、刑法人学、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。

至于刑法学定义的文字表述,在我国乃是 20 世纪 80 年代初的事情。目前见到的具有代表性的观点主要有:

(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〕

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通说观点。但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,关于刑法学的学科地位。首先,刑法学属于社会科学是毫无疑问的。尽管在刑法学研究中使用了不少自然科学的技术与方法,包括统计

〔3〕 高铭喧主编:《刑法学》,法律出版社 1982 年版,第 1 页。

〔4〕 杨春洗等著:《刑法总论》,北京大学出版社 1981 年版,第 1 页。

〔5〕 苏惠渔主编:《刑法学》,中国政法大学出版社 1994 年版,第 1 页。

〔6〕 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(上编),中国法制出版社 1998 年版,第 2 页。

〔7〕 何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社 1995 年版,第 3 页。

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

学、数学、心理学、计算机及系统工程理论等,但最终的目的仍是研究追究刑事责任这一特殊社会现象的,揭示的是社会科学现象之规律,故刑法学必然归属于社会科学这一大的门类。其次,刑法学属于法学的一个重要分支。尽管刑法学属于社会科学这一大的门类,但我们不好直接表述“其是社会科学的一个分支”,因为社会科学下面的一级学科是法学,而刑法学是整个法学的子学科。换句话说讲,法学是一级学科,而刑法学是二级学科,它是整个法学学科的一个重要分支学科。这样表述似乎更加准确。

第二,关于刑法学研究的确切内容。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”,而且已成为一种通说观点。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)、具体行为人所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。

综上所述我们认为,刑法学的定义可以这样表述: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。

(二) 刑法学的研究对象

所谓研究对象当然是指该学科研究的领域和范围。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。”^{〔9〕}这似乎是一个很简单的问题,但始终是刑法学界争论很大的问题。如1957年新中国最早编印的刑法教科书曾

〔9〕《毛泽东选集》第1卷,人民出版社1991年版,第309页。

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法——刑罚。”^[10]很显然其将犯罪和刑罚作为刑法学的研究对象,可以说这是源于前苏联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》一书中也写到:“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。”^[11]此后,这一表述便成为我国刑法学界的通说观点。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。”^[12]当然,学界对此也有些相反的观点,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。”^[13]但就目前而言,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、论文中可略见一斑。

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的理论体系。具体包括:

1. 刑法学本体理论。包括刑法及刑法学的基本理论和范畴,以及刑法学的基本原理、刑法的制定、刑法规范、刑法基本原则、刑法体系和刑法效力等。
2. 犯罪论。包括犯罪的定义和其他基本范畴,犯罪成立及其认定、犯罪形态等。
3. 刑事责任论。包括刑事责任的定义和其他基本范畴,刑事责任的承担、刑事责任的裁量刑事责任的实现及刑事责任的消灭等。

[10] 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,第12~13页。

[11] 高铭喧主编:《刑法学》,法律出版社1982年版,第1页。

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

[13] 陈兴良著:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第668页。