

Systematic Criminal Law

体系刑法学

主 编：顾肖荣 叶 青 刘 华 林荫茂

副主编：杜文俊 陈庆安 安文录

刑法论

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D924.04
201312
6

阅 览

体系刑法学

主 编：顾肖荣 叶 青 刘 华 林荫茂

副主编：杜文俊 陈庆安 安文录

刑法论



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

《体系刑法学》撰稿人

(按姓氏笔画为序)

万国海	王洪青	王宝杰	王利宾	王佩芬	王 瑞
王玉珏	王春丽	王恩海	尹 琳	邓建辉	邓文莉
卢 进	许 佳	叶 青	安文录	刘志高	李 睿
李雅璇	李长坤	刘 华	刘 源	李振林	吕 洁
朱铁军	阮传胜	杜文俊	陈庆安	陈 玲	吴苾弘
肖吕宝	吴 丹	吴 波	吴菊萍	吴允锋	杜小丽
杨庆堂	张少林	张 闽	张本勇	林荫茂	周 娟
周少鹏	易益典	郭 晶	柯葛壮	胡春健	胡健涛
胡洪春	俞小海	顾肖荣	涂龙科	秦新承	夏 草
贾 楠	黄伯青	曹 坚	程兰兰	董秀红	蒋 涛
揭志文	雷丽清	谭兆强			

前 言

《体系刑法学》一书有两个出发点：一是力求阐明刑法理论知识系统性和完整性；二是详细说明有关刑法的所有重要事项。

为此，本书以我国现行刑法体系为基础，按照我国刑法总则和分则的顺序进行排列。总则方面的内容列为“刑法”、“犯罪”和“刑罚”三册共分二十二章，分则作为五册共分十一章。

本书内容尽可能涵盖刑法学的前沿问题，反映我国刑法最新立法状况，本书已将《刑法修正案（八）》的内容加入其中。

本书的写作注意理论和实践相结合，对某些事项和条文的解说注重比较法的角度和世界性的视野。对有分歧的理论观点，均以通行的学说加以阐明。

试图立足我国刑法学的现状，用比较的方法研究刑法学是本书写作的初衷，但无论从内容到体系编排都有待进一步完善，书中的不足和不当之处，望法学界同仁及广大读者不吝指正。

《体系刑法学》编委会

目 录

第一章 刑法的意义和功能	(1)
第一节 刑法的概念	(1)
第二节 刑法的目的	(8)
第三节 刑法的机能	(13)
第二章 近代刑法学的历史	(19)
第一节 启蒙思想与近代刑法	(19)
第二节 古典学派	(30)
第三节 近代学派	(41)
第四节 刑法学派之争	(53)
第三章 现代刑法思潮	(61)
第一节 社会主义国家的刑法思想	(61)
第二节 资本主义国家的刑法思想	(75)
第四章 刑法的原则	(89)
第一节 罪刑法定原则	(89)
第二节 适用刑法人人平等原则	(102)
第三节 罪责刑相适应原则	(112)
第五章 刑法的渊源	(134)
第一节 刑法典	(134)
第二节 单行刑法	(144)
第三节 附属刑法	(147)
第六章 刑法的解释	(157)
第一节 刑法解释的体制	(159)

第二节	刑法解释的基础理论	(166)
第三节	类推解释的存废	(177)
第四节	刑法的独立解释	(181)
第七章	刑法的效力	(192)
第一节	刑法的空间效力	(192)
第二节	刑法的时间效力	(200)
第三节	刑法对人适用的例外	(205)
第四节	我国刑法溯及力制度反思	(208)

第一章 刑法的意义和功能

第一节 刑法的概念

一、刑法的概念

刑法这一概念，是基于罪刑法定主义原则，以法律即现行刑法规定的刑罚种类为标准，一切规定刑罚的法律、政令、条例的总和。刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律，是掌握政权的统治阶级为了维护本阶级政治上的统治和经济上的利益，根据其阶级意志，规定哪些行为是犯罪并应当负刑事责任，给予犯罪人何种刑事处罚的法律。在我国，刑法有广义刑法与狭义刑法之分。广义刑法是指一切规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律规范的总和，包括刑法典、单行刑法以及非刑事法律中的刑事责任条款。狭义刑法是指刑法典，即《中华人民共和国刑法》。

（一）广义的刑法

刑法有广义和狭义之分。广义的刑法是一切刑事法律规范的总称，它包括：

1. 刑法典。即《中华人民共和国刑法》。
2. 单行刑法。单行刑法是国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的、规定某一类犯罪及其后果或者刑法的某一事项的法律，如全国人大常委会于1998年12月通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇、和非法买卖外汇犯罪的决定》。
3. 附属刑法。附属刑法是指附带规定于经济法、行政法等非刑事

法律中的罪刑规范，也即非刑事法律中的刑事责任条款。如《价格法》第46条规定：价格工作人员泄露国家秘密、商业秘密以及滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守、索贿受贿，构成犯罪的，依法追究刑事责任。《价格法》属于行政法，但由于第46条涉及刑事责任，因此属于附属刑法规范，从而属于广义刑法的范畴。

此外，民族自治地方的省级人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和刑法典的基本原则制定的变通或补充规定，也属于广义刑法的内容，尽管这种规定只在特定地域适用，没有普遍效力。

（二）狭义的刑法

在我国，狭义的刑法是指刑法典，即国家以刑法名称颁布的、系统规定犯罪及其法律后果的法律。1979年7月1日，第五届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国刑法》是新中国的第一部刑法典。现行的刑法是1997年3月14日八届全国人大第五次会议修订通过的，1997年10月1日生效的《中华人民共和国刑法》。它们都是狭义的刑法。

（三）刑法的适用者

刑法的适用者一般是指与刑法有关的国家司法机关及相关的行政机关，它们代表国家依据刑法对犯罪嫌疑人和罪犯采取包括刑罚在内的各种强制性措施。具体说来，刑法的适用者即指公安机关、检察机关、审判机关、国家安全机关、监狱等。

由于规则正义与个案正义可能是分离的，因此刑法的适用者与公众之间必须就两种正义的关系达成共识，否则刑法的适用将不可能很好地转化为事实，更不可能取得良好的社会效果。而刑法的适用者与公众之间如果要在这一问题达成共识，那么就必须在解释和适用刑法时找到刑法适用者与公众理解的共同基础，这个共同基础就是公众所认同的常识、常理、常情。刑法的适用者不能机械地执行规则，而应根据维系人类社会有序运行的、人们普遍遵循的、最基本的道理、情感对规则进行合理的解释，对个案作出普通公众所认同的判决。

（四）刑法学与刑事法学

刑法学与刑事法学的研究对象有相同之处，但二者并非完全等同。刑法学是以刑法为基本研究对象的学问，其中包括刑法哲学、刑法比较学、刑法史学等。通常所说的刑法学是指刑法解释学，它依照刑法的体例一般分为总论和分论两部分。总论是对刑法基本原理的研究，主流观点又把总论分为犯罪论和刑罚论；分论是对刑法分则规定的犯罪的解析。而刑事法学是最广义的刑法学，亦称全体刑法学，是包括刑法学、犯罪学、刑事诉讼法学、监狱学等在内的刑事法律科学。

二、刑法的特征

刑法是规定犯罪和刑罚及其罪刑关系的法律。刑法作为一个独立的部门法，具有以下特征：

（一）公法的特征

公法是与私法相对应的概念，公法是指涉及公共利益，尤其是国家利益的法律。而私法是指涉及私人利益的法律。公法调整的是纵向的法律关系，在公法关系中，国家与个人处于法律上的从属地位。而私法调整的是横向的法律关系，在私法关系中，公民之间处于法律上的平等地位。刑法作为一种公法，个人处于受国家权力支配的法律地位，只要主体的行为触犯刑律构成犯罪，即应当受到司法机关的刑事责任追究。

大多涉及公法的论著是有关宪法和行政法的，而对刑法的态度就存在不少争议。现实中的刑法并非像一般认为的那样，完全属于公法，也并非像哈耶克所见，完全属于私法。从目前各国的刑法内容来看，大都具有私法和公法的二重属性。如属于私力救济的防卫行为、避险行为，属于亲告罪范围的侵占罪、侮辱罪、诽谤罪、暴力干涉婚姻自由罪、虐待罪等，在它们进入公权力处理的视野以前是属于私法的内容。但是刑法是国家据以行使刑罚权的法律依据，国家运用公权力而制裁犯罪，实现法律正义，建立并维系社会共同生活所必需之法律秩

序。因此可以这样认为，刑法是以公法规定为主的法律，刑法总体上是可以划归公法的。

（二）刑事法的特征

刑事法是与民法法，行政法相对应的概念，指以犯罪为规制对象，围绕犯罪的侦查、认定与刑罚的裁量、执行及其程序的法律规范总和。凡与刑事（犯罪）有关的一切法律，均可称之为刑事法。这个意义上的刑事法，包括刑法、刑事诉讼法、监狱法等，被称为全体刑法。刑事法的特点是与犯罪相关，在这个意义上，刑事法可以说是犯罪规制法，从而区别于民法法和行政法。在刑事法中，刑法居于核心地位，是主法，是实体法，又称为本体刑法。其中，主法是与助法相对而言的，助法是指从属性法律或者辅助性法律，程序法往往被认为是助法，而主法是指规定权利义务之实体内容的法律，实体法往往被认为是主法。刑法作为刑事法，与犯罪和刑罚具有密切联系，可以说是刑事基本法。

（三）强行法的特征

强行法是与任意法相对应的概念，任意法又称任意性法律规范，指在法定范围内允许法律关系参加者自己确定相互权利义务的具体内容的法律规范。而强行法，又称为强行性法律规范，指必须绝对执行的法律规范。在法学理论上，一般认为刑法主要是强行法，只有告诉才处理的情况下才具有任意法的性质；而民法主要是任意法，只有少数强行性法律规范。刑法由于具有这种强行法的特征，国家强制力体现得更为明显。

三、刑法的种类^①

刑法的种类是根据犯罪的种类划分的。按照不同的标准，刑法可以分为不同的种类：

^① 刘志远：《析刑法规范的种类》，载《国家检察官学院学报》2003年第2期。

（一）一般理论上的划分

我国刑法可以分为普通刑法和特别刑法。

普通刑法即刑法典。特别刑法是与普通刑法相对应而言的，包括两层含义：

一是作为普通刑法的对称，指国家为了适应某种特殊需要而颁布的效力仅及于特定人、特定时间、特定地点或特定条件的刑事法律。这个意义上的特别刑法又被称为实质意义上的特别刑法，如战时特别刑法、特定地区的戒严法、军事刑法、禁毒法令等。

二是作为现行刑法典的对称，指国家为了弥补现行刑法典的不足而颁布的一切刑法规范。这个意义上的特别刑法也被称为形式上的特别刑法，即指现行刑法典以外的一切有关犯罪及其刑罚的法律规范，包括单行刑法与附属刑法。单行刑法目前有一个，即《全国人大常委会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。附属刑法就是附属在其他部门法里面的有关刑事责任的规定。立法解释主要是指全国人大及其常委会就刑事立法条文所做的规范性解释。司法解释是指由两院就适用法律所做的规范性解释。

（二）根据适用地域的划分

根据不同的适用地域，可以分为国内刑法和国际刑法^①。

与国内刑法相区别，国际刑法是国际社会在与国际犯罪行为作斗争的过程中通过国际协议确立起来的。它是规定国际犯罪和国际不法行为，调整国家之间在刑事合作方面的实体法和程序法的规范、原则、制度的总称。国际刑法以多边国际公约和各国公认的国际习惯为基础，是多个国家参加制定和认可的，同国内刑法一样都是国家意志的体现，只不过它体现的是各个主权国家在一定条件下“求同存异”所形成的协调意志。这种“协调意志”不是“调和”，而是各国在同一系列犯罪作斗争的“共识”基础上的合作，这些共识使各国间的刑事合作有

^① 赵婧、陈阳军、周大峰：《浅谈国际刑法的发展及对国家刑事管辖权的挑战》，载《法制与社会》2010年第3期。

了可能。国际刑法与国内刑事法律的相互影响和相互作用也更为国际社会所重视。

20 世纪以来,特别是第二次世界大战以来,为了防止和惩治日益增多的国际犯罪,各国陆续产生了一系列多边或双边公约或协议,确立了二十余种国际犯罪,并规定了各缔约国承担惩治犯罪的义务。如一系列关于战争法规的海牙公约、三个关于反对空中劫持的公约,四个关于保护战争受难者的日内瓦公约及议定书、1979 年《反对劫持人质国际公约》、1948 年《关于预防和惩罚种族灭绝公约》、1973 年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、1982 年《联合国海洋法公约》等。冷战之后,国际刑事合作的方式一改往常程序法方面的交流与合作,而是通过缔结一系列的相关国际条约以及在长期的司法实践中形成的国际习惯规则不断扩大合作范围,如国家在跨国洗钱领域的合作日益加强,国家在惩治跨国有组织的犯罪合作领域的拓展,国家在国际法人犯罪领域合作的强化等。

四、刑法的性质

刑法具有从属性与独立性。

(一) 刑法的从属性

传统观点认为,刑法的从属性或补充性指刑法从属于民法、商法、行政法等其他法律领域,只在其他法律制裁不足以惩治的条件下,才适用刑法。法律是一个独立的学科,却不是一个自给自足的学科;为了满足社会发展的需要,它必须不断地从其他学科中汲取知识来充实法律学科的发展。刑法的从属性或补充性,即刑法从属于民法、商法、行政法等其他法律,只有其他法律不足以惩治的条件下,才适用刑法。

(二) 刑法的独立性

所谓刑法的独立性,指刑法的概念、构成、功能都具有独立性,不从属于其他法律领域,自成体系。

1. 调整对象的特殊性

刑法作为独立法律部门的特殊性，首先体现为刑法调整对象范围的广泛性、内容的确定性和利益的整体性。

民法、行政法等部门法律都是调整一定的社会关系的，凡调整同一类社会关系的法律规范的总和，就构成一个独立的法律部门。刑法则不以特定的社会关系为调整对象，而是调整各个领域的社会关系。只以调整对象为标准，无法把刑法与其他部门法区别开来。所谓“刑法调整对象内容的确定性”，是指刑法所调整的对象是经其他法律调整后所形成的法律关系。这种社会关系在刑法调整以前，就具有内容确定的特点。而其他部门法调整的对象是处于自然状态的社会关系，在未经相应的部门法调整以前，其内容是不确定的。所谓“刑法调整对象利益的整体性”，是指刑法所调整的社会关系涉及到国家及社会的整体利益。刑法只应调整那些其他法律制度本身的制裁措施不可能有效地制止的行为，这一刑法的基本公理说明：不论刑法所禁止的行为侵害的是何种法律关系，如果不用刑法的调整手段来加以制裁，它们都会使相应的法律制度的存在受到根本的威胁，从而严重地危害作为整体的国家的法律秩序。

刑法这种特有的调整对象，是从实质上划分刑法与其他部门法的标准，也是刑法能够成立独立的法律部门的根本理由。

2. 调整方式的特殊性

刑法以特定的调整方法使它与其他部门法律区别开来。

一方面，其他部门法中以权利和义务为基本内容的法律规范，往往包含由当事人双方或一方自行决定的内容，而刑法规范中任何具体的权利义务关系，都是由国家立法机关直接规定的，都不以任何一方当事人的意志为转移。另一方面，在刑法中，除极少数自诉案件外，所有违反刑法规范的行为，原则上都须按照法律规定，通过代表国家的侦查机关、检察机关、审判机关追究犯罪人的刑事责任，并交专门的国家机关执行。不论是追究、实现刑事责任的方式，都基本上不受当事人意志的影响。为了保证刑法规范的实现，国家可以说动员了所有和平时期最具强制性的力量。

3. 刑法调整手段的特殊性

一方面，相对任何其他法律的调整手段而言，刑罚都具有不可比拟的严厉性。刑法特有的制裁手段——刑罚不仅以剥夺其公民的人身自由、财产、参与社会政治生活等基本权利为主要的內容，对于那些罪行极其严重的人，甚至还可能被剥夺其最根本的权利即生命。

另一方面，刑法制裁措施具有不得已性，又称“刑法不得已（必要性）原则”、“刑法第二性原则”或“分散性原则”等。在我们动用刑法去调整社会关系时，只能是某种行为达到了威胁其他基本法律制度的正常运行时，即其他法律已经无法正常保护或调整基本社会关系时才动用，并且刑法只处罚那些威胁全体公民人权或全体公民享有人权的基本条件的行为，否则就是滥用刑罚。

如果从学术体系上看，刑法理论所运用的概念、范畴以及责任承担的基础等等，尤其是反映的权力结构关系，与民法、行政法等都有着明显的不同，因而刑法在规范和理论上的独立性是毋庸置疑的。

第二节 刑法的目的

所谓刑法的目的，指刑法的法的目的和理念，不外是法本身的目的和理念。刑法目的的确定，对立法和司法都有重要意义。在前者，确定目的意味着刑法正当性和合理性的证成；在后者，确定目的则意味着对刑事司法活动目标、宗旨和意义的明确。对于法的目的、理念，人们的见解并不一致。但是，通常见解认为，法的目的和理念包括正义、共同幸福、法的安定性三方面的内容。因此，这里所谓的刑法的目的和理念，就是指刑法的正义、共同幸福以及法的安定性^①。

① 黎宏：《刑法的机能和我国刑法的任务》，载《现代法学》2003年第4期，第113页。

一、刑法目的的理论基础

刑法目的就是国家制定刑法所要达到的目的。刑罚的目的虽然是刑法目的的重要方面，但是不能完全等同于刑法的目的，更不能取代刑法的目的。刑法目的并不完全等同于刑罚目的，二者是系统与其组成元素、“目的价值”和“手段价值”的关系。除了刑罚的惩罚功能之外，刑法还有规范功能、保护功能、价值评判功能等其他功能。刑法在发挥这些功能时所追求的目的是刑罚的目的所无法包容的。可见，刑法目的是刑罚目的的上位概念，它比刑罚的目的包含着更丰富的内涵，比刑罚的目的延伸的范围更广。^①

我国理论界对刑法目的的认识可归纳为：观点一，刑法的目的就是刑罚的目的。刑罚目的是国家据以确定刑事政策、制定刑事法律，特别是设计刑罚制度的出发点，也是国家使用刑罚同犯罪作斗争的最终归宿……详言之，刑罚的目的就是预防犯罪，包括一般预防和特殊预防。^②这是目前刑法理论通说。观点二，“我国刑法目的是保护法益。因为各种犯罪都是侵犯法益的行为，运用刑罚与各种犯罪作斗争，正是为了抑制犯罪行为，从而保护法益；刑罚的目的是预防犯罪，之所以要预防犯罪，是因为犯罪侵犯了法益，预防犯罪是为了保护法益，这正是刑法的目的……惩罚犯罪本身不是刑法的目的，而是保护法益的手段。”^③观点三，我国刑法的目的是惩罚犯罪与保护人民的统一。把它们割裂开来，认为惩罚犯罪就是刑法的目的，或者认为刑法可以离开对犯罪的惩罚实现保护的目的，或者认为惩罚犯罪，保护人民是两个平行的目的，都是不正确的。惩罚犯罪从其最直接意义上来说，也可以是刑法的目的，但是，它不是独立的目的，不能为惩罚而惩罚，

① 张智辉：《刑法理性论》，北京大学出版社2006年版，第37页。

② 高铭暄、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第231页。

③ 张明楷：《刑法学》，法律出版社2003年第2版，第33页。

而是为了保护人民才惩罚犯罪，从这一点来说，它又是实现保护人民这个根本目的的手段。”^①

总体来说，刑法目的可以分为三个层次：第一层次是刑法的整体目的，即保护法益；第二层次是刑法分则各章规定的目的，它是由分则各章和有关规定体现的；第三层次是各个条文的目的，是由条文的具体规定体现出来的。^②

二、刑法目的的三个理念

（一）正义理念

法的理念作为真正的正义的最终的和永恒的形态，人在这个世界上既未彻底认识也未充分实现，但是，人的一切立法的行为都以这个理念为取向，法的理念的宏伟景象从未抛弃人们。^③ 正义“原则是从在社会生活的某些特定的、反复出现的基本境况和基本事实方面法的理念和事物本质的社会道德内涵引申出来的。只要它们与某些特定的境况有关系，并且从人类本性或者事物本质的某些特定的状况出发，它们就在它们的伦理的基础里，即先验地包含着经验的要素。它们属于人的世界；它们的适用局限在人的这个世界上。”正义是制定法的基本价值，是立法者的目标；与真善美一样，正义是绝对价值，以其自身为基础，而不是来源于更高的价值。一个规范，如果以无法忍受的程度违反正义理念，它就是“制定法上的不法”；一个规范，如果根本不以实现正义为目的，它就“并非法律”。即使名称是法，但如果其中缺少正义理念，它就没有作为法的价值，而是单纯的暴力。^④

刑法上的正义理念在犯罪与刑罚的关系中，具有极为重要的意义。

① 何秉松：《刑法教科书》（修订版），中国法制出版社2000年版，第17页。

② 张明楷：《刑法学》，法律出版社2003年版，第33页。

③ [德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社2003年版，第10页。

④ [日] 山田晟：《法学》，东京大学出版会1964年新版，第72页。

传统的报应刑论将平均的正义理解为刑法的目的和理念，认为刑罚的本质就是报应，要求罪刑相当；但是，近代教育刑论将分配的正义作为刑法的目的和理念，认为科处刑罚的时候，虽然要考虑罪刑均衡的问题，但是，不是报应意义上的平等和均衡，而是与犯罪以及犯罪人的性质相适应，轻者轻判，重者重判，要求罪责相应。

（二）安定性理念

法的安定性理念在刑法中最重要的表现就是罪刑法定主义的原则。所谓犯罪和刑罚，就是法律预先规定犯罪和刑罚，其意味着只要不是法律明文规定的犯罪，不能处以刑罚；所处罚金也须在犯罪以前的法律予以明文规定。由此，一方面限制国家的刑罚权，另一方面，又保障个人自由及其他利益。只要个人没有犯罪，就不能受到刑罚。而且，即便存在犯罪应受处罚时，也不能采用法律未予规定的刑罚。在此意义上，罪刑法定主义原则不仅是善良公民的大宪章，也是犯罪人的大宪章。此外，刑法的安定性理念还表现在承认时效制度的根据以及要求刑法安定性和不变性的根据上面。

在经济发展的复杂社会与重视人权的法治时代，不可能直接根据刑法理念定罪量刑，因为正义随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌^①，而法律应当是客观的，这一点是一个法律制度的精髓^②。如果直接根据刑法理念认定犯罪，则必然损害刑法的安定性，所以刑法理念必须具体化和实证化。

法的安定性的理念要求：（1）法律必须是成文的；（2）成文的法律自身必须具有安定性，即在解决各个问题上，不能受法官的任意支配；（3）必须能够确认，作为法的基础的事实没有错误；（4）成文法不能频繁变动，不能采用方便主义的立法方式。

① [美] E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第252页。

② [英] G·D·詹姆斯：《法律原理》，关贵森等译，中国金融出版社1990年版，第50页。