

京师刑事法文库(84)

高铭暄



刑法思想述评

GAO MINGXUAN

A SIXIANG SHUPING

赵秉志 主编



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

◎ 中国书画函授大学肇庆分校建校二十周年纪念册

高名昭



州益用

志述评

中国书画函授大学肇庆分校建校二十周年纪念册

中国书画函授大学肇庆分校建校二十周年纪念册

京师刑事法文库(84)

高铭暄

刑法思想

评

GAO MINGXUAN XINGFA SIXIANG

SHUPING

赵秉志 主编

本书撰写人员(以姓氏笔画为序)

孙道萃

陈冉

范连玉

岳蓓玲



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

高铭喧刑法思想述评 / 赵秉志主编. —北京: 北京师范大学出版社, 2013.5

ISBN 978-7-303-16276-5

I. ①高… II. ①赵… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第090775号

营销中心电话 010-58802181 58805532
北师大出版社高等教育分社网 <http://gaojiao.bnup.com>
电子信箱 gaojiao@bnupg.com

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnupg.com
北京新街口外大街19号
邮政编码: 100875

印 刷: 北京京师印务有限公司
经 销: 全国新华书店
开 本: 170 mm × 240 mm
印 张: 29
字 数: 627千字
版 次: 2013年5月第1版
印 次: 2013年5月第1次印刷
定 价: 98.00元

策划编辑: 马洪立 责任编辑: 李洪波
美术编辑: 毛 佳 装帧设计: 段维东
责任校对: 李 菡 责任印制: 孙文凯

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

大德必得其位，必得其祿，必得其名，必得其寿。

——孔子·《中庸》

恭贺高铭暄教授、王作富教授85华诞暨联袂执教60周年

欣逢北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长暨特聘教授高铭暄先生和特聘教授王作富先生85华诞暨联袂执教60周年之际，北京师范大学刑事法律科学研究院全体师生暨两位先生的弟子友人特此致贺。

前 言

本书系为恭贺和纪念我国著名刑法学家、恩师高铭暄教授的 85 华诞暨执教 60 周年，而由北京师范大学刑事法律科学研究院组织编著和支持出版的。

高铭暄，1928 年 5 月 24 日出生，浙江玉环人。1951 年北京大学法律系本科毕业，1953 年中国人民大学法律系刑法研究生班毕业。现任北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、特聘教授、博士生导师，中国人民大学荣誉一级教授(2005 年)、博士生导师，兼任中国法学会学术委员会副主任、中国刑法学研究会名誉会长、国际刑法学协会名誉副主席暨中国分会名誉主席。1953 年研究生毕业后于中国人民大学法律系(现为法学院)任教，曾担任中国人民大学法律系主任、法学院院务委员会主任，国务院学位委员会第二、三、四届学科评议组成员、法学组召集人，中国法学会副会长、中国法学会刑法学研究会总干事、(后改为)会长等职务。1984 年 1 月，经国务院学位委员会批准，成为我国刑法学专业第一位博士研究生导师。

高铭暄教授一直勤勉治学，素以严谨著称，兢兢数十年笔耕不辍，著述等身。据不完全统计，先后出版专业著述(包括独著、合著、主编)90 余部，发表专业学术论文 300 余篇。如今，高铭暄教授虽已年逾八旬，仍活跃在刑法学研究和刑事司法实践的最前沿。在执教与治学期间，高铭暄教授曾参加 1979 年刑法典起草和 1997 年刑法典修订及其后多个刑法修正案的研拟工作，长期参与中国最高司法机关制订刑事司法解释的研讨咨询工作。先后获得国家有关部门评定的“有突出贡献的中青年专家”、“全国优秀教师”、“全国师德先进个人”、“全国杰出资深法学家”等荣誉称号，并被收入英国剑桥世界名人录和中国多种版本的著名学者、著名法学家名录之列。此外，高铭暄教授的部分著作还曾获得国家图书奖、教育部人文社会科学研究优秀成果一等奖、全国普通高等学校优秀教材特等奖、一等奖和中国司法部优秀教材一等奖等。可以说，高铭暄教授是我国著名法学家、法学教育家，是我国刑法立法的创建和发展历史的主要见证人和参与者，新中国刑法学的主要奠基者和开拓者，在我国法学界乃至国际法律学界享有崇高的声誉。

时至 2013 年，已是高铭暄教授执教的第 60 个春秋，纵观先生执教生涯：高铭暄教授与其他的老一辈刑法学者一起，共同缔造了中国刑法学的基本体系和学说；一直积极参与国家立法的起草工作和各项重大刑法司法解释起草中的咨询工作，为诸多重大立法和司法改革的出台献计献策，得到了立法和司法界同仁的高度赞誉；辛勤地培育了一大批优秀的刑法学者和刑事立法、司法的专家型人才，造就了一大批中国刑法学界的著名专家学者和立法、司法机关的专家型领导；始终热情鼓励后进学者，感召

着一代又一代刑法学人脱颖而出。高铭暄教授当之无愧地是德高望重、学术精深、闻名中外、誉满法坛的大师。特别是鉴于北师大刑科院的学术骨干多为授业于高铭暄教授的直接或间接弟子，与先生多年来有着深厚的师生情谊和共同的学术事业追求。为了纪念高铭暄教授对中国刑法学和刑事立法、司法的杰出贡献，弘扬先生执着讲台、潜心学问、诲人不倦的高风亮节，激励后辈学人，同时也为了表达我们对先生学问人品的敬仰之情及其 85 华诞暨执教 60 周年的恭贺之意，在北师大刑科院的组织、支持和我的主持下，我们委托高铭暄教授的四位在校博士生具体负责归纳、提炼和论述高铭暄教授从教 60 周年的刑法学思想的发展历程。编著这本乃对高铭暄教授刑法学术思想予以述评的著作，可以说，这是一项全面、广泛、系统、跨时代的学术总结工作。经过近一年的收集和整理，他们完成了这项意义重要、工程巨大的学术任务。以此为基础，这里我们扼要地概括高铭暄教授的学术贡献如下。

一、心系学科建设和法学教育

刑法学基本问题是刑法学研究中的重要领域，高铭暄教授长期关注刑法学基本问题的研究，特别是在刑法学教育和刑法学学科建设上颇有研究心得，提出了一系列真知灼见。其中，高铭暄教授长期关注刑法学学科建设，系统研究了刑法学学科的分类，科学界定学科内容，对促进刑法学学科体系的完善发挥了重要作用。高铭暄教授较早指出，按研究的范围，可将刑法学分为狭义刑法学和广义刑法学，狭义刑法学即指研究现行刑法及其所规定的犯罪、刑事责任和刑罚的科学，广义刑法学除此之外还包括犯罪学、犯罪心理学、刑事政策学、监狱法学等在内；按研究的方法，可将刑法学分为注释刑法学、比较刑法学和沿革刑法学，注释刑法学即指对一国现行刑法从文义上、逻辑上、理论与实践结合上进行系统的分析、阐明和解说的科学，比较刑法学即指对世界各国、各地区或各法系的刑法进行比较研究的科学，沿革刑法学即指研究刑法的历史演变并探究演变的原因和规律的科学；按地域的范围，可将刑法学分为国内刑法学、外国刑法学和国际刑法学，国内刑法学即指研究本国刑法的科学，外国刑法学即指研究除本国以外的其他各国刑法的科学，国际刑法学即指研究国际之间共同创制的有关刑事问题的实体法和程序法规范及其适用的科学。合理的学科分类有助于全面了解刑法学的知识系统，便于实际掌握和应用，也标志着刑法学科本身的发展和进步。

同时，高铭暄教授还一直本着“科学乃我之生命，教育乃我之事业”的人生要旨，传道授业，奖掖后学。无论社会活动如何繁忙，高铭暄教授都常年坚守在教学第一线，为我国培育了大批优秀法律人才。多年来，高铭暄教授以高度的责任感、严谨的治学态度、渊博的刑法知识主持了多部刑法学教材的编著工作，为我国刑法学教育作出了重要贡献。高铭暄教授注意研究教育的科学性和实用性，系统探讨了刑法学教材的编写、刑法学硕士研究生和博士研究生的培养等问题。在长达 60 年的教学生涯中积累了宝贵的刑法学教育经验。

高铭暄教授还长期关注刑法解释、刑事政策、刑法的效力范围、刑法的基本原则等问题，分别阐述了有关刑法解释的概念和种类、刑法立法解释文件的出台背景、内容及评价等问题；有关惩办与宽大相结合的政策、依法从重从快方针、宽严相济的刑

事政策的相关内容；有关刑法典及刑法修正案的空间效力和时间效力及其运用；刑法基本原则的确定标准与具体原则的理解与贯彻、完善等。此外，高铭暄教授还对中国法律家在刑法的创制和发展的作用、国家政治决策与刑法的变革、社会管理创新中的刑事法治问题、刑法学术在社会建构中的作用等问题，做了较为深入的探讨，提出了自己的独到见解，为中国刑事法治的进程建言献策，凸显出先生心系国家法治建设的热情与贡献。

二、见证与推动中国刑法立法

刑法立法是法治建设的基础工程，刑法典的制定与完善更是一国刑事法制建设基础之基础。每一位法学研究者都有责任为国家的法治事业献计献策。1954年10月，伴随着新中国第一部宪法的颁行，全国人大常委会办公厅法律室开始了起草《中华人民共和国刑法》的工作。从那时起，高铭暄教授作为刑法典起草班子的成员，自始至终参加了新中国第一部刑法典（1979年《刑法》）的起草工作。1981年至1995年间，全国人大常委会先后通过了25部单行刑法，对刑法典的内容作了重要的修改和补充。其间，高铭暄教授参与了其中大部分单行刑法的创制活动。在1988—1997年，历时九年的对刑法典修改研拟过程中，高铭暄教授作为参与刑法典修改研拟工作的主要专家学者之一，除撰文深入探讨刑法修改完善问题以外，还多次应邀参加刑法修改研讨会、座谈会及立法起草、咨询等事宜，提出了一系列涉及刑法修改完善的宏观与微观的问题及建议，受到国家立法机关的高度重视。1997年刑法典修订通过后，高铭暄教授作为长期参与我国刑法立法工作的刑法学家，受到中央电视台等多家新闻媒体的采访。

从血气方刚、风华正茂的青年，到两鬓染霜、年逾古稀的资深刑法学家，高铭暄教授积极热情地投身于国家刑法立法活动之中，为我国刑法立法工作呕心沥血贡献、鞠躬尽瘁数十载。通览高铭暄教授多年来的研究领域和方向，刑法立法一直是他关注的重要领域，他更在84岁高龄时完成了85万字的鸿篇巨著《中华人民共和国刑法的孕育诞生与发展完善》，该书对我国刑法条文的来龙去脉进行了具体的阐述，并进行了客观的评价，相比于高铭暄教授53岁时出版的《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》这一部刑法立法开垦的拓荒之作，前者当之无愧称为迄今一部难得的中国刑法立法论述与研究的扛鼎之作。

三、奠基与完善中国刑法学体系

高铭暄教授是最早将刑事责任作为刑法学研究对象的主要学者，在我国刑法学界，也最早将犯罪、刑事责任和刑罚视为三个不能互相替代的概念，是刑法学体系中不可或缺的组成部分，这堪称我国刑法学理论的一个创举。因此，犯罪论、刑事责任论、刑罚论是高铭暄教授所力主与倡导的刑法学体系，也是高铭暄教授的刑法学理论之核心所在，这里仅就犯罪论部分列举几个最重要的问题。

一是犯罪概念理论。诚如无“犯罪”则无“刑法”所揭示的那样，犯罪概念是刑法学研究的逻辑起点，一切刑法问题都是以犯罪概念为基础而展开的。高铭暄教授作为新中国刑法学的重要奠基人和开拓者，详细地揭示了犯罪概念的基本属性，也即“三特征说”。高铭暄教授指出，我国《刑法》对犯罪概念加以了明确规定，这符合罪刑法定原则

的精神，是认定犯罪、划分罪与非罪界限的基本依据。首先，行为具有一定的社会危害性，是犯罪最本质、最基本的特征。犯罪的社会危害性，是指对国家和人民利益的危害性。犯罪的本质就在于它危害了国家和人民的利益，危害了社会主义社会。没有社会危害性，就没有犯罪，而社会危害性没有达到相当的程度，也不构成犯罪。社会危害性的轻重大小是由多种因素所决定的，是一个要用历史的观点加以全面考察的概念。其次，犯罪是触犯刑律的行为，即具有刑事违法性。犯罪也是违法行为，但不是一般违法行为，而是违反刑法、触犯刑法的行为，是刑事违法行为。违法并不都是犯罪，只有违反刑法的才构成犯罪。只有当社会危害行为触犯了刑律的时候，才构成犯罪。行为的社会危害性是刑事违法性的基础，刑事违法性是社会危害性在刑法上的表现。只有当行为不仅具有社会危害性，而且违反了刑法，具有刑事违法性，才能被定为犯罪。最后，犯罪是应受刑罚处罚的行为，即具有应受惩罚性。任何违法行为，都要承担相应的法律后果。对于违反刑法的犯罪行为来说，则要承担刑罚处罚的法律后果。犯罪是适用刑罚的前提，刑罚是犯罪的法律后果。因此，应受刑罚处罚也是犯罪的一个基本特征，犯罪概念中包含了应受惩罚性这个特征。应受惩罚性这个特征将犯罪和刑罚这两个社会现象联系起来，也就是从一个现象与另一个现象的联系中来阐明这个现象的特性。这个特征表明，如果一个行为不应当受到刑罚处罚，也就意味着它不是犯罪。但是，不应受惩罚和不需要惩罚是两个意思。在描绘了犯罪本质及其三个基本特征后，高铭暄教授还进一步明确了三个特征之间的内在关系：犯罪的三个特征是紧密结合的。一定的社会危害性是犯罪最基本的属性，是刑事违法性和应受惩罚性的基础。社会危害性如果没有达到违反刑法、应受刑罚处罚的程度的，也就不构成犯罪。因此，这三个特征都是必要的，是任何犯罪都必然具有的。这可谓我国刑法学理论的奠基之作，在新中国刑法学的历史上留下了极为厚重的一笔。这一看法和见解已经成为我国刑法学理论的基本支柱。

二是社会危害性理论。高铭暄教授指出，在我国刑法学理论中，关于社会危害性的研究主要围绕对其内涵、地位、功能以及与其他概念之间关系的解释展开的。作为我国刑法学理论的基本范畴，社会危害性理论从一开始就有所争议，至今仍是刑法学界争议的焦点之一。高铭暄教授主张，刑法理论界应摒弃偏见，溯及问题的本源对社会危害性概念这个问题作出中肯、客观的解释。高铭暄教授认为，对社会危害性概念进行解释要树立两个基本立场：一是必须面对犯罪事实；二是必须尽量朝着合目的的方向进行解释。同时，还应当正确处理历史与逻辑的关系，立足于时代的法治现实与需求对社会危害性进行研究。社会危害性概念的功能主要体现在定罪中。对社会危害性功能的解释要站在有利于被告人的立场厘清社会危害性与犯罪构成的关系，既要与我国通行刑法理论保持一致，又要充分发挥社会危害性理论阻却犯罪、保障人权的功能。而且，要对社会危害性概念给予公允而准确的解释，还要厘清以下两个重要的基本关系：一是实质理性与形式理性的关系。我国以社会危害性为基础的犯罪论体系能够实现形式判断与实质判断的结合，从而实现形式合理与实质公正的理想，那种认为在我国现实法治语境下，必须将形式判断与实质判断分离的观点，无疑是对我国法治

自我矮化的结论。二是社会危害性与法益侵害的关系。社会危害性是一个主客观相统一的范畴，法益侵害仅仅是社会危害性的客观方面，因此，法益侵害是社会危害性的下位概念。社会危害性同样具有规范性。对社会危害性概念的规范性质要区分刑事立法层次和刑事司法层次。社会危害性的规范性质只能在刑事司法过程(即定罪过程)中显示；在刑事立法过程中，社会危害性是犯罪化与非犯罪化的标尺，立法产生规范，在规范产生之前，在逻辑上社会危害性无法接受规范的评价，而一旦产生规范，社会危害性就理应接受规范的约束了。社会危害性并不是一个能够被随意扩张的概念，与法益侵害概念一样，它本身受到罪刑法定原则的约束，具有规范的性质。

三是犯罪构成理论及其完善。犯罪构成理论在社会主义刑法理论中占有突出的地位，刑法中几乎所有的问题都与犯罪构成问题有着紧密的联系。高铭暄教授认为，犯罪构成是指我国刑法所规定或包含的，决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的有机总和。高铭暄教授关于犯罪构成理论的研究对我国现行的犯罪构成理论之成型和完善起到了重要的历史与现实作用。此外，高铭暄教授还就犯罪构成的分类等问题发表了看法，进一步丰富了犯罪构成的基本理论。特别是当前四要件犯罪构成理论受到一些质疑之际，高铭暄教授挺身而出，以客观、科学的辩证立场回顾、检视和完善我国的犯罪构成理论，令刑法学人钦佩不已。在对待犯罪构成理论何去何从这一重大议题上，高铭暄教授认为，主张取消四要件犯罪构成理论，推翻现行中国刑法学体系的观点是不可取的。四要件犯罪构成理论是一种历史性的选择，具有历史合理性；符合中国国情，具有现实合理性；逻辑严密、契合认识规律、符合犯罪本质特征，具有内在合理性；与德日三阶层犯罪论体系相比，相对稳定，适合中国诉讼模式，具有显著的优势。由于中国刑法学犯罪构成理论体系是在学习借鉴苏联刑法学犯罪构成理论成果和总结中国社会主义刑事法治科学经验基础上形成、发展和完善起来的，它对于中国刑法学术研究和司法实践都产生了重大而积极的影响。高铭暄教授分析说，中国刑法学犯罪构成理论同样能够反映定罪过程，兼容出罪功能，只是在思考逻辑上与德日刑法学犯罪论体系有所区别。近年来主张彻底否定中国刑法学犯罪构成理论转而全面移植德日刑法学犯罪论体系的“移植论”缺乏严谨性和务实性。高铭暄教授呼吁，当前应坚持罪—责—刑的中国刑法学体系，同时也应改变静态的研究方法，加强刑事责任理论的探索，注重具体问题的解决，以进一步促进中国刑法学体系的完善。

四是正当行为理论。正当行为，也被称为排除社会危害性的行为、排除犯罪性的事由、正当化事由，长期以来都是刑法理论中的一个体系性难题。高铭暄教授主编的第一部新中国刑法学统编教材《刑法学》中便有所涉及，而且高铭暄教授也一直亲自参与这一问题的讨论，特别是近几年犯罪构成理论纷争不断之际，高铭暄教授通过研究，为正当化事由的体系定位建言献策。他认为，我国刑法中只对正当防卫和紧急避险加以规定，对于其他正当行为如执行命令、执行职务、执行业务、经权利人同意以及自救行为等作为超法规的正当行为概念之范畴也应被肯定。同时，只要有相关的法律、法规可资依据，就都是正当合法行为。如果法律、法规没有规定，但依据公序良俗、

道德规范可以给予肯定评价或不应给予谴责的,根据我国刑法中的社会危害性理论和社会主义法治理念,也就不应把它作为犯罪来论处。对于正当化事由的刑法学体系定位,高铭暄教授指出,在分析正当行为时,我国通行的刑法理论认为其既不符合犯罪概念,也不具有犯罪构成,教科书将其放在犯罪概念和犯罪构成之后论述,这并没有什么不妥当的,并非一定要把它放在犯罪构成体系之内来讲。如果将其放在犯罪客体或者犯罪主观方面讲,尽管用意是纳入犯罪构成体系,但这样会使得这些要件的内容膨胀;至于将正当行为作为一个独立的要件,即第五个要件,则是画蛇添足,因为这个所谓的消极要件并不具有普遍性,并非所有的犯罪都需要。所以,正当行为是否纳入犯罪构成理论体系,是无关紧要的,没有放进去的安排,并不存在不合理的地方。勉强将正当行为放入任何一个章节,不仅影响相关章节本身的内容,而且还无法有效地论述正当行为无罪的本质,缺乏犯罪构成的独立品格。所以,在犯罪概念、犯罪构成之后,独立设置专章对正当行为加以论述是最佳的选择,并无不妥之处。

五是刑事责任理论。刑事责任概念引介于苏联刑法,20世纪80年代中期,我国刑法理论开始逐步关注和探讨刑事责任的一些基本问题。高铭暄教授当时便参与进来,并是最早一批发表了相关看法的学者。而高铭暄教授的相关观点对之后我国刑事责任理论的宏观框架、基本立场、特别是刑法学体系产生了广泛而深厚的影响。高铭暄教授认为,刑事责任就是指行为人对违反刑事法律义务的行为所引起的刑事法律后果提供衡量标准的、体现国家对行为人否定的道德政治评价的刑事实体性义务。一个人实施刑法所规定的犯罪,只是他负刑事责任的基础;而只有当一个人对犯罪行为应当负刑事责任的时候,才能对他判处刑罚。刑事责任是介于犯罪和刑罚之间的桥梁和纽带,其功能就在于对犯罪和刑罚的关系起调节的作用。一个人实施了刑法所规定的犯罪,实际上也意味着这个人对自己的行为应当负刑事责任;相反,如果某人没有实施刑法所规定的犯罪,他对自己的行为应当负刑事责任的说法就无从谈起。从这个意义上说,犯罪是“因”,刑事责任是“果”。也就是说,刑事责任既是犯罪的后果,又是刑罚的先导。罪—责—刑的逻辑结构,乃是整个刑法内容的缩影。认定犯罪—确定责任—决定刑罚,完整地反映出了办理刑事案件步骤和过程。而刑事责任的基础所要解决的是需要具备什么样的法律事实,才能追究一个人的刑事责任的问题,也就是解决刑事责任存在不存在的问题,刑事责任的有无问题。刑事责任根据必须体现在具体的犯罪构成上,才能成为确定刑事责任的基础。这是社会主义法制原则的要求,也被司法实践经验证明是可行的。所以,我国刑事责任的法律事实根据只能是行为具备犯罪构成或实施了犯罪行为。同时,马克思主义的决定论,包括相对意志自由的观点,是我国刑法中刑事责任的哲学理论根据。

六是定罪理论。定罪,通常是指司法机关对所审查、审理的行为是否具有刑法所规定的犯罪构成进行认定的活动,主要涉及确定行为是否构成犯罪、确定行为构成何种犯罪、确定行为中所包含的罪数、确定行为是属于具体犯罪的哪个层次、确定故意犯罪是否完成、确定行为是否共同犯罪、确定是否属于单位犯罪等内容。从定罪的主体看,定罪只能由一定的司法机关进行;从定罪的对象上讲,定罪只能是对一定的行

为；从定罪的根据或标准看，只能是刑法规定的犯罪构成；从定罪的过程看，定罪就是对被审查、审理的行为和刑法所规定的犯罪构成之间是否相互一致的认定过程。概言之，定罪是对犯罪构成的运用和认定，犯罪构成是定罪的根据和标准。

在刑罚论部分，高铭暄教授对诸如刑罚目的、量刑情节、死刑改革、刑罚体系完善、赦免制度、社区矫正制度等问题都有深入的研究，其相关的研究成果都对我国刑法理论研究、司法实践和改革起到了重要的指导意义。限于篇幅，这里未予以介述，只能留给读者们于本书中加以体会与领悟。

四、关注并参与我国刑事司法

高铭暄教授坚持认为，刑法学作为一门应用性极强的部门法学，应特别注意刑法理论与司法实务的结合。高铭暄教授始终非常重视研究刑法分则中的具体问题与司法实务中的疑难问题，形成了具有务实性、前瞻性的研究风格。概而言之：一是危害国家安全罪，涉及反革命罪的罪名更改、具体犯罪的认定等问题；二是危害公共安全罪，主要涉及恐怖活动犯罪；三是经济犯罪，主要包括商业贿赂犯罪、侵犯知识产权犯罪、金融票证诈骗犯罪和税收犯罪；四是侵犯公民人身民主权利犯罪，涉及刑法对公民言论自由的规制、保护和强奸罪；五是侵犯财产罪，主要包括抢劫罪和诈骗罪；六是妨害社会管理秩序罪，主要涉及环境犯罪，毒品犯罪，寻衅滋事罪，传染病菌种、毒种扩散罪，组织越狱罪和脱逃罪；七是军人违反职责罪，主要涉及军人违反职责罪的构成要件；八是职务犯罪，主要涉及受贿罪、利用影响力受贿罪以及职务犯罪的原因和对策分析等。高铭暄教授虽对刑法分则的具体犯罪研究涉猎不广，但研究深入，其研究成果为立法机关修订刑法、最高司法机关创制司法解释提供了极具价值性的参考依据。如高铭暄教授很早就关注军人违反职责罪，建议在刑法修改时应纳入刑法典，以保持刑法典体系的完整性。该建议后被立法机关所采纳，将军人违反职责罪纳入1997年刑法分则的第十章。再如对贿赂犯罪，高铭暄教授从国际的、比较的角度进行探讨，深化了对此类犯罪的理解与认定，提出了富有学术价值和实践意义的见解。

五、探究我国区际刑法学和国际刑法学

一方面，由于历史和现实的原因，我国形成了一个国家、两种制度、三个法系和四个法域的现状。内地(大陆)与香港特别行政区、澳门特别行政区及台湾地区是中国领域内的各自相对独立的司法区域，内地(大陆)的司法权无法在全中国统一行使。根据现实状况，针对内地(大陆)与港澳台地区刑事法制所存在的诸多问题，高铭暄教授作了精要论述，主要涉及海峡两岸四个地区间的刑事管辖权的合理划分、刑事司法协助等刑法问题，为我国区际刑事立法、司法与执法等实践活动提供了富有一定学术价值和实践意义的理论，也促进了我国区际刑法理论研究的发展。

另一方面，长期以来，我国刑法学者多致力于国内法学的研究，而对国际刑法和比较刑法的研究却相对薄弱。为强化对这一领域相关问题的研究，使中国刑事法治的研究水平与制度设计能够融入国际社会，高铭暄教授以极大的热情、关切和务实的实际行动来推动中国刑事法治的发展。高铭暄教授虽然身在书斋，但心系世界。高铭暄教授一贯坚持中国法学的繁荣进步，既要立足本国国情，又要面向世界；既要让世界

了解中国，又让中国走向世界。为此，高铭暄教授主张必须不断地扩大中外法学界的交流与合作。近年来，高铭暄教授多次出访了美、德、法、英、加、日、俄、奥、荷、比、西、韩等国，从事讲学、考察及学术交流等活动，积极宣传中国特色社会主义法治，借鉴吸收发达国家的先进经验，为中外法学界的沟通和交流，促进中国刑法的国际化、现代化，作出了卓越的贡献。其中，高铭暄教授有关国际刑法学的基本问题，如国际犯罪的概念、国际刑法基本原则、国际刑法的渊源；以及国际刑事法院、《罗马规约》和普遍管辖权等问题的研究与探索，繁荣发展了我国关于国际刑法学的研究。

对高铭暄教授学术思想的以上介述既难全面，也不深入，但已可知高铭暄教授的学术思想之跨度深远、博大精深，内容丰富，其学术贡献之卓著。本书系在我的主持和指导下，由博士生孙道萃负责拟定写作大纲，并由高铭暄教授指导的四位在读博士生的共同努力完成，写作具体分工如下：

岳蓓玲(中国人民大学法学院2010级博士生，最高人民法院法官)：第一章；

陈冉(北京师范大学刑事法律科学研究院2010级博士生)：第二章(其中系与范连玉合写)；

孙道萃(北京师范大学刑事法律科学研究院2011级博士生)：第三、四章；

范连玉(中国人民大学法学院2011级博士生，陕西科技大学法学院讲师)：第五、六章。初稿完成后，由我负责统稿改定，阴建峰教授和张磊副教授参与协调了有关组织编写事宜。在成稿之后，为准确、妥切起见，我还建议将书稿送于高铭暄教授阅正。高铭暄教授认真审阅改正，进一步确保了书稿的质量。

本书得以精美形式及时出版，承蒙北京师范大学杨耕副校长，北京师范大学出版集团叶子总编辑，李艳辉副总编辑有关领导鼎力支持和责任编辑辛勤而有效率的编辑工作，在此我们深表谢忱。

《高铭暄刑法学术思想述评》主编
北京师范大学刑事法律科学研究院院长

赵秉志 谨识

2013年3月28日

目 录

第一章 刑法学基本问题	1
第一节 刑法学教育	1
第二节 刑法学学科建设	6
第三节 刑法解释	36
第四节 刑事政策	44
第五节 刑法的效力范围	49
第二章 刑法立法与刑事法治问题	55
第一节 刑法立法基本问题	56
第二节 刑法立法体系	59
第三节 对我国刑事立法的理论探索	64
第四节 对我国刑事立法的实践探索	83
第五节 参与刑法立法的感悟	95
第六节 未来刑事立法改革的思考	101
第七节 刑事法治的思索	108
第三章 犯罪论问题	115
第一节 犯罪概念	115
第二节 犯罪构成	127
第三节 故意犯罪的停止形态	158
第四节 共同犯罪	161
第五节 罪数形态	168
第六节 正当行为	184
第七节 刑事责任问题	194
第四章 刑罚论问题	205
第一节 刑罚的基本理论	205
第二节 量刑制度及其改革	217
第三节 死刑制度改革	235
第四节 其他刑种改革研究	260
第五节 刑罚裁量制度及其改革	270
第六节 特殊群体的刑罚制度及其改革	284
第七节 其他刑罚制度改革问题	300

第五章 刑法各论问题	311
第一节 危害国家安全罪	312
第二节 危害公共安全罪	315
第三节 破坏社会主义市场经济秩序罪	323
第四节 侵犯公民人身民主权利罪	348
第五节 侵犯财产罪	351
第六节 妨害社会管理秩序罪	354
第七节 贪污贿赂犯罪	362
第八节 军人违反职责罪	368
第六章 中国区际刑法问题	370
第一节 中国内地、香港、澳门、台湾的互涉刑法问题	370
第二节 中国大陆与台湾地区刑法比较	382
第七章 国际刑法和比较刑法问题	386
第一节 国际刑法问题	386
第二节 比较刑法	407
附录 1 满目青山夕照明——高铭暄教授刑法思想述略	411
附录 2 高铭暄刑法立法思想要览	433

第一章

刑法学基本问题

刑法学基本问题是刑法学研究中的重要领域，高铭暄教授长期关注刑法学基本问题的研究，特别是在刑法学教育和刑法学学科建设上颇有研究心得，提出了一系列真知灼见。本章将对高铭暄教授在刑法学基本问题上的主要学术观点予以介述，包括以下专题和内容：刑法学教育；刑法学学科建设；刑法解释；刑事政策；刑法的效力范围。除此之外，高铭暄教授还对中国法律家在刑法的创制和发展中的作用^①、国家政治决策与刑法的变革^②、社会管理创新中的刑事法治问题^③、从刑法角度看学术在社会建构中的作用^④等问题，进行了较为深入的探讨，提出了自己的见解。囿于篇幅，不再一一介述。

第一节 刑法学教育

学科教育是学科进步与发展的基石，中国刑法学教育的发展历程见证和促进了中国刑法学的成长与进步。众多刑法学人为刑法学教育付出了毕生心血，高铭暄教授就是其中的杰出代表。他本着“科学乃我之生命，教育乃我之事业”的人生要旨，传道授业，奖掖后学，无论社会活动如何繁忙，他都常年坚持在教学第一线，为我国培育了大批优秀法律人才。除此之外，高铭暄教授以高度的责任感、严谨的治学态度、渊博的刑法知识主持了多部刑法学教材的编著工作，为我国刑法学教育作出了重要贡献。高铭暄教授注意研究教育的科学性和实用性，系统探讨了刑法学教材的编写、刑法学博士研究生的培养等问题。在长达60年的教学生涯中积累了宝贵的刑法教育经验。

① 高铭暄：《从刑法的创制和发展看中国法律家的作用》，载《法学家》1992年第2期。

② 高铭暄、孙晓：《国家政治决策与刑法的变革》，载《中国检察官》2009年第4期。

③ 高铭暄、陈冉：《社会管理创新中的刑事法治问题》，载《中国法学》2012年第2期。

④ 高铭暄：《从刑法角度看学术在社会建构中的作用》，载《中国政法大学学报》2012年第6期。

一、关于刑法学教育

(一)关于如何学好刑法学

高铭暄教授结合丰富的教学经验，科学总结了学习刑法学的方法，为有志于学好刑法学的青年指明了方向，也为促进刑法学教育进一步发展打下了基础。高铭暄教授认为，总的看，学习刑法学同学习其他社会科学一样，要坚持用辩证唯物主义和历史唯物主义的方法去研究相关问题，综合运用阶级分析的方法、历史的方法、理论联系实际的方法、分析和比较等多种方法。结合刑法学的自身规律和具体特点，高铭暄教授认为初学者学习刑法学要注意以下三点。

1. 要认真研究我国的刑事立法制度

刑法学课程从基本点来说，就是要阐述刑法的立法精神和各个条文的含义。反复翻阅刑法，熟读刑法条文，就可以逐步体会、了解条文的精神实质、具体内容以及条文与条文之间的内在联系。熟知刑法条文的基本内容，知其然并知其所以然，就掌握了刑法学的基本知识，因此初学刑法学的青年一定要认真研究我国刑事立法制度。

2. 要深入钻研刑法理论

虽然刑法学体系与刑法典的体系相接近、相类似，但它绝不是刑法规定的内容的简单重复，而是从理论的高度对这些内容作科学的分析和说明。同时，刑法学中有些比较重要的理论，如犯罪构成的理论、因果关系的理论、正当防卫和防卫过当界限的理论、一罪与数罪的理论，以及刑罚的目的的理论等，光看刑法条文还是不能掌握，需要从理论上进行学习研究。为此，要看专题著作和学术文章，把它弄懂弄通。掌握这些理论对于了解刑法条文的含义会有进一步的帮助，对于实际办案会起指导作用，因此要在学习刑法理论上下功夫。

3. 要注意实际运用

刑法学是一门实践性很强的应用学科，它不是为理论而理论，也不是为条文而条文，而是要运用刑法理论、刑法条文来分析实际问题、解决实际问题，即分析处理刑事案件。联系既有的刑事案例来进行讨论分析，从而加深对刑法理论和刑法条文的理解，也是学习运用的一个重要方面。因此，经常分析讨论案例，是理论联系实际的一个好方法。对学习刑法学而言，案例分析得越多，理论掌握得就越深刻，条文掌握得就越牢固。但是，要防止连最必要的一些基础知识都没有学到，就急于去泛泛地联系实际，这样只会走弯路。因此，学习刑法学要坚持理论联系实际，同时要循序渐进，一步一个脚印，切不可急于求成。^①

(二)关于如何培养博士研究生

高铭暄教授是我国刑法学专业第一位博士研究生导师，其学生人才辈出，有的已成为学界名流，有的是实务界精英，“桃李不言，下自成蹊”。高铭暄教授始终把培养合格的人才视为自己的神圣职责，对所指导的博士研究生既不是“放鸭式”的撒

^① 高铭暄：《刑法总则要义》，第8~10页，天津，天津人民出版社，1988。