

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

犯 罪 论

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D924.64
2013/2
7

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

犯罪论



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	吴苌弘
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的系统性和完整性；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”三册共二十二章，分则作为五册共十一章。

本书内容尽可能函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 犯罪的意义	(1)
第一节 犯罪概念	(2)
第二节 外国犯罪论体系	(8)
第三节 犯罪构成	(15)
第二章 犯罪客体	(22)
第一节 犯罪客体概述	(22)
第二节 犯罪客体的分类	(25)
第三节 外国刑法中的犯罪客体	(27)
第四节 外国刑法中的法益概念	(29)
第三章 犯罪客观方面	(35)
第一节 犯罪客观方面概述	(35)
第二节 危害行为	(39)
第三节 危害结果	(55)
第四节 因果关系	(65)
第五节 犯罪的其他客观要件	(71)
第四章 犯罪主体	(81)
第一节 犯罪主体概述	(81)
第二节 刑事责任能力	(82)
第三节 与刑事责任能力有关的因素	(91)
第四节 犯罪主体的特殊身份	(126)
第五节 外国刑法中的行为主体	(133)
第六节 单位犯罪	(144)

第五章 犯罪主观方面	(164)
第一节 犯罪主观方面的概念	(164)
第二节 犯罪故意	(165)
第三节 犯罪过失	(175)
第四节 与罪过相关的几个特殊问题	(179)
第五节 外国刑法中的责任	(185)
第六节 犯罪目的和犯罪动机	(229)
第七节 认识错误	(234)
第六章 正当行为	(243)
第一节 正当行为概述	(243)
第二节 正当防卫	(246)
第三节 紧急避险	(264)
第四节 安乐死	(290)
第五节 被害人承诺	(301)
第六节 自救行为	(310)
第七节 依照法令的行为	(318)
第八节 正当业务行为	(324)
第九节 义务冲突	(332)
第七章 故意犯罪停止形态	(338)
第一节 故意犯罪停止形态概述	(338)
第二节 未遂犯	(350)
第三节 中止犯	(363)
第四节 外国刑法中的未遂犯	(372)
第八章 共同犯罪	(382)
第一节 共同犯罪概述	(382)
第二节 共同犯罪的形式	(395)
第三节 共同犯罪人的刑事责任	(407)
第四节 外国刑法中的共同犯罪	(433)

第九章 罪数	(464)
第一节 罪数论的概述	(464)
第二节 理论上的一罪	(468)
第三节 处断上的一罪	(489)
第四节 不可罚的情形	(504)

第一章 犯罪的意义

犯罪不仅是一种社会现象，也是一种法律现象。对于刑法学而言，犯罪是个别案件的概括性的抽象概念。法律将某种行为规定为犯罪时，对于该事实作出非常详细的、具体的规定几乎不可能，而且也不妥当。因此，刑法对犯罪进行规定时，应考虑到侵害特定利益，或者危害特定利益的行为抽象化，抽出其共同的要素，作为各不同的犯罪类型而加以规定。“在这样的犯罪概念中，包括三种犯罪类型：即作为事实的犯罪，作为个别类型的犯罪，以及作为一般类型的犯罪。其中后二者，即作为个别类型的犯罪和作为一般类型的犯罪，相对于作为事实的犯罪，不仅在刑事司法的过程中有着重要意义，同时它还是犯罪学和刑事政策的分析对象。而与之相对，作为规范的类型的犯罪则成为刑事法学的研究对象”。^① 其中，个别类型的犯罪则成为刑法各论的研究对象，而作为一般类型的犯罪则成为刑法总则研究的对象。

犯罪是刑事责任的前提，没有犯罪，就谈不到刑事责任，更谈不上刑事处罚。犯罪论在刑法学中占有重要地位。只有明确了犯罪的意义，才能明确犯罪的界限，将犯罪与非犯罪的类似现象区别开来；并给犯罪的认定以统一的原理，对行为的处罚及非处罚提供原则性根据，防止刑事司法的任意性^②。

① [日] 野村稔：《刑法总论》，何力译，中国法制出版社2001年版，第79页-80页。

② [日] 西原春夫：《刑法总论》（改订版）（上卷），成文堂1995年版，第73-74页。

第一节 犯罪概念

刑法中犯罪的定义，是刑法上规定的各种具体犯罪特性的高度概括，分为形式定义和实质定义。

一、我国的犯罪概念

我国刑法坚持犯罪的实质内容与法律形式的统一。1979年刑法第10条，从我国实际出发，借鉴各国立法经验，从实质和形式相结合的角度给犯罪下了一个完整的定义。1997年修订的刑法第13条基本承袭了这一定义，明确规定了我国犯罪的基本概念：“一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照相关法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”这一定义是犯罪的阶级实质和法律形式相统一的结果，揭示了犯罪的三个基本特征：社会危害性、刑事违法性和应受刑罚惩罚性。这种犯罪三特征说是目前我国刑法界的通说，也为较多的刑法学教材所采用^①。

（一）社会危害性

犯罪是危害社会的行为，即具有一定的社会危害性。所谓的社会危害性，是指行为对刑法所保护的社会关系造成或可能造成损害的特

^① 我国刑法中的犯罪定义是，提示了犯罪的实质和法律特征，为多数学者所承认。但在犯罪具有几个特征上，存在一定的分歧，有二特征说，即认为犯罪具有两个基本特征，即应当追究刑事责任程度的社会危害性和刑事违法性。关于二特征的具体内容，不同的学者仍有不同的见解。此外还有四特征说，即在三特征之外加上犯罪的主观要件。

性。从其表现形态看,社会危害性可以分为物质危害和非物质危害。前者是能够具体地确定和度量的,是有形的物质形态,而后者则是抽象的、无形的、无法度量 and 计算的,如个人的名誉、国家的安全利益等。但无论如何,作为犯罪而论的社会危害性必须达到一定的程度,也就是必须具有程度上的严重性,以此区别于一般的违法行为。行为具有一定的社会危害性,是犯罪最基本、最本质的特征。根据刑法的规定,具有社会危害性的行为主要包括:危害国家主权、领土完整和安全的行为;分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度的行为;破坏社会秩序和经济秩序的行为;侵犯国有财产或者劳动群众集体所有财产的行为;侵犯公民私人所有财产的行为;侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为。

(二) 刑事违法性

犯罪是触犯刑律的行为,具有刑事违法性,即行为违反刑法规范,符合刑法所规定的犯罪构成。如果行为的违法性尚不符合犯罪构成的要求,则只是一般的违法行为,不构成犯罪。刑事违法性在我国刑法理论中是作为犯罪的形式特征在犯罪概念中加以研究的。由于犯罪概念中强调社会危害性是犯罪的本质特征,因而社会危害性与刑事违法性就成为内容与形式的关系。目前我国刑法学界的通说认为: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^①。同时,这一特征也是罪刑法定原则的体现,避免违反刑法规定而进行实质“类推”。

(三) 应受刑罚惩罚性

犯罪是适用刑罚的前提,刑罚是犯罪的法律后果。犯罪是应受刑罚处罚的行为,即具有应受刑罚惩罚性。任何违法行为,都必须承担相应的法律后果。违反刑事法律的犯罪行为,必然要承担刑罚的法律

^① 在三特征通说理论中,也有学者认为我国刑法理论中的刑事违法性缺乏实体内容,应坚持在形式违法性与实质违法性,主观违法性与客观违法性的统一。参见陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2005年版,第165页-167页。

后果。犯罪的这一特征将犯罪与刑罚相连接，通过一个现象与另一现象之间的关联来诠释其特性。从本质上讲，刑罚惩罚性的犯罪特征也是从犯罪的社会危害性中派生出来的，都是以严重的社会危害程度为前提，因此有学者认为应受刑罚惩罚性，不能作为犯罪的本质特征。^①从理论上讲，刑罚惩罚性应否作为犯罪的基本特征，尚可进一步研究，但目前我国现行刑法在犯罪的定义中明确包含了这一特征，则应当承认犯罪的应受刑罚惩罚性。此外，应当阐明的是应受刑罚和需要刑罚的区别。行为如果构成犯罪则应受刑罚，而不应受刑罚之行为自不属于犯罪之行为。实践中也往往存在虽应受刑罚，但因具体原因所致，使不需再受刑罚的行为，也就是虽为犯罪，免于刑罚之行为。这实际上是刑罚的度的把握，属于行为构成犯罪而免罚，与无罪不当罚是有根本区别的。

上述三个犯罪的基本特征是紧密结合的，一定的社会危害性是犯罪最基本的特性，是刑事违法性和应受刑罚惩罚性的基础，社会危害性如果没有达到违反刑法、应受刑罚惩罚的程度，也不能构成犯罪，因而三个特征是什么犯罪必然具备的，也是区别罪与非罪的标准。

二、外国刑法中的犯罪概念

国外刑法学者认为，犯罪可以分为实质意义的犯罪和形式意义的犯罪。

（一）实质意义的犯罪

犯罪的实质定义，是从行为为什么构成犯罪这方面来定义犯罪，不涉及犯罪的形式特征，而是从犯罪的社会内容上描述犯罪而形成的概念。它不仅仅停留在刑法的层面进行法律的界定，而是力图揭示犯

^① 犯罪的本质特征绝不是应受刑罚惩罚性，而只能是犯罪行为的社会危害性。应受刑罚惩罚性，只是犯罪的法律后果，而不犯罪的基本特征，更不是犯罪的本质特征。因为它没有说明某种行为为什么应受刑罚惩罚，而只有以行为的社会危害性达到严重程度才能说明这一点。

罪的社会政治内容，即把犯罪作为一种社会现象来寻求犯罪的本质含义。由于对犯罪本质的不同理解，因而各国学者对于犯罪的实质定义众说纷纭。意大利学者加罗法洛从社会学的角度提出了自然犯罪的概念，迪尔凯姆则认为“行为触犯某种强烈的、十分鲜明的集体感情就构成了犯罪”。^① 日本学者大塚仁认为，所谓实质意义的犯罪是指广泛的反社会的行为，即侵害社会生活利益的人的行为。在此意义上的犯罪不论是精神病人所实行的杀人还是幼童实行的放火，都有可以理解为广泛地包含在侵害社会共同生活秩序的人的行为中。作为刑法学上的研究对象的犯罪概念，正是这种具有实质意义的，被称作广义的犯罪概念。大谷实则认为犯罪是指由于侵害社会生活中的利益而必须给予一定的强制措施的高度有害行为。^② 马克思、恩格斯从阶级分析方法出发，指出“犯罪——孤立的个人反对统治关系的斗争，和法一样，也不是随心所欲地产生的”，提示了犯罪的阶级内容。而前苏联学者则认为，任何旨在反对苏维埃制度及其所确定的法律秩序的危害社会的作为与不作为都是犯罪。从这个角度看，行为之所以被认为犯罪，不仅是符合了国家判断的当罚性的行为，除了形式上的合法，事实上必然包含了实质上对社会的侵害内容，因而形式意义的犯罪从其本源上看是实质意义犯罪的一部分。

（二）形式意义的犯罪

所谓形式意义的犯罪，是指在实质意义的犯罪中具有可罚性的，在法律中被科以刑罚的行为，也被称为狭义的犯罪。犯罪的形式概念注重的是犯罪的刑事违法性，它是从犯罪的法律特征上描述犯罪而形成的概念，也就是只根据犯罪的法律规定给犯罪下定义，不阐明行为的刑事违法性的实质根据，因而犯罪的形式概念也就是犯罪的法律概念。

① [法] 迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，耿玉明译，商务印书馆1995年，第85页。

② 参见大塚仁：《刑法概说总论》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第89页；大谷实：《刑法总讲义》，成文堂1996年补订4版，第95页。

犯罪在法律上的概念实质上是罪刑法定原则的体现，关注的是行为对于刑事法律的违反。它为如何认定刑事违法性提供了一个标准，因而它也可以称为是刑法意义上的犯罪。世界各国的刑法中，有的就直接从形式上定义犯罪，如1985年修订的新加坡刑法典第40条第二款规定：“犯罪是指应受到本法典所规定的刑罚处罚的行为或者应受到当时有效的法律所规定的刑罚处罚的行为。”各国学者中，将犯罪概念进行形式定义的也不少。意大利学者认为犯罪是刑事违法的同义词，它意味着违反了刑法规范，即以刑法典为重罪和轻罪规定的主刑为制裁措施的法律规范^①。此外，大陆法系国家的刑法学者，往往从犯罪的法律后果上表述犯罪的形式概念。德国学者认为违法性意味着“与法律的矛盾”，其本质在于“行为违反了法规范规定的作为义务或不作为义务”。^②日本学者认为所谓形式意义上的犯罪概念，是指作为刑法所规定的产生刑罚权要件的犯罪，一般是以符合构成要件的违法并有责的行为为定义。即，第一，犯罪时必须符合法律规定的犯罪构成要件，不符合构成要件的行为，不能作为犯罪。第二，犯罪必须是违法的行为。符合构成要件的行为，通常是违法的。但是，如因正当防卫而杀人的，尽管符合杀人罪的构成要件，但由于缺乏违法性而不予处罚。这种行为不作为犯罪处理。第三，符合构成要件的违法行为必须确认为是行为人的责任。例如，高度精神病者和幼童之类无责任能力的人或者行为人在缺乏合法行为期待可能性的情况下所从事的违法行为，由于其有责性被阻却而不能成立犯罪。这样，构成要件的符合性、违法性以及有责性就叫做犯罪的成立要件。具备犯罪成立要件的

① [意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第69页。

② 应作如下理解：为保护民人类的共同生活，立法者制定了有拘束力的行为规定，此等行为规定被称为法规范。它或者规定了对价值有促进作用的积极的行为，或者禁止违反价值的行为。易言之，此等法规范是以要求或禁止的形式出现的。[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287页。

就是形式意义上的犯罪。

英美法系的学者，从诉讼程序上表述犯罪的形式概念，认为犯罪是法院认定为或国会不断规定为足以伤害公共利益，因此必须应用刑事诉讼程序加以处理的错误行为。^①

（三）混合意义上的犯罪

混合意义上的犯罪，是一种综合的犯罪定义，从犯罪的实质上和形式上来综合定义犯罪。例如1997年生效的《俄罗斯刑法典》第14条规定：“本法典以刑罚相威胁所禁止的有罪过地实施的危害社会的行为，被认为是犯罪。”刑法学理论界也有很多学者采取这种犯罪定义，如法国学者认为“犯罪是由刑事法规定并依据其对社会秩序造成的扰乱进行惩处的行为。”从犯罪概念的本质上看，“形式上的犯罪概念的基础是法律规定的制裁措施，因而能说明刑事违法行为（重罪与轻罪）与任何其他违法行为的首要区别^②”。但是，形式意义上的定义不能解释立法上为何将某种行为当做犯罪，而另一种行为则不当作犯罪；某种行为过去是犯罪的，但现在的立法不再将之列为犯罪；行为在一定条件下是违法的，但在另一条件下则是犯罪的等等问题。然而，在司法实践中又不可忽视犯罪的形式定义，形式定义上的犯罪概念的把握是罪刑法定原则的体现，也是避免司法擅断的根本。可见，从立法而言，犯罪的形式定义不能解决何为犯罪这一根本问题，而就司法实践而言，犯罪的实质概念也无助于执法的公正和平等。因此，犯罪的混合概念则是解决犯罪化，尤其是现代社会犯罪控制的重要方面，在犯罪的控制和适度刑罚上起着至关重要的作用。而刑法的明确性和确定性则是从外部规定犯罪构成的范围，目的在于防止抽象法律规范被适用于其应有的范围之外。从这意义上讲，

① [英] J·C·史密斯、B·霍根：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社2000年版，第22页。

② [意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第72页。

对于犯罪的定义，因当兼顾犯罪的形式定义与实质定义，这样才能真正提示犯罪的概念。

第二节 外国犯罪论体系

对犯罪的一般成立要件进行分析，予以体系化的理论，就是犯罪论。而犯罪论体系，则是指犯罪成立要件体系。下面，本书将对不同国家的若干重要犯罪论体系进行介绍和分析。

一、德国

（一）李斯特—贝林格的体系

李斯特—贝林格体系是刑法史上第一个成形的犯罪论体系，又称为古典犯罪论体系。对这一体系结构的完整阐述，由贝林格于1906年发表，并经李斯特于1881年在其第一版教科书中对违法性和罪责加以区分。这本书也视为最早区分刑法体系之作。后人将两人合称为犯罪论体系的始创者。

19世纪以来，德国刑法学受自然科学与机械论的影响，把行为理解为一种因果事实，从而建立了在刑事法学中占支配地位的因果行为论。因果行为论认为，行为是由主观意志导致外部世界发生某种变动的因果历程。因此，行为具有两个特征：一是有决性，二是有体性。因果行为论强调行为以一定的意志活动为前提，但认为这种意思内容本身不属于行为的范畴，而是责任的问题，由此将行为与责任相分离。因果行为论注重行为所引起的外在变动即行为的结果，基于结果无价值的立场，将结果视为行为的构成。因果行为论虽然具有机械性，但它将行为与思想加以严格区分，具有区别功能。19世纪上半叶，维腾贝格大学教授施蒂贝尔就区分行为的不法和归责问题。海德堡大学教授卢登提出了犯罪概念的三分法：行为、违法性和罪责。此概念为李

斯特和贝林格所接纳并予以改进。李斯特和贝林格将伊林于1867年提出的民法上的客观的违法性概念用于刑法中，并在放弃旧的归责理论的情况下，将这一概念植入犯罪结构。贝林格通过规范理论解决了刑法中违法概念问题，并给它以独立的意义：犯罪行为侵害的实际上并不是刑法，因为刑法只规定了制裁，犯罪行为所侵害的是犯罪概念中具有的对法秩序的命令和禁止。

同时，贝林格将构成要件理论导入犯罪论体系，以犯罪成立要件为基础建立了犯罪论体系。分为“行为”、“行为的违法性”、“行为的有责性”与“犯罪类型及其在刑法上的意义”。他认为犯罪成立的条件有三：即构成要件符合性、违法性、有责性。此外，他认为，构成要件是犯罪特征的总称，它表明涉及何种典型的犯罪。典型性和构成要件该当性作为行为的特征，成了犯罪的概念特征。作为违法性和有责判断的连接点和作为刑事法保障功能的最重要载体，构成要件以这种方法获得了犯罪结构的统治地位。进而他提出了先进的犯罪概念：“犯罪是符合构成要件的、违法的、有责的、受相应刑罚制裁的和满足处罚条件的行为”。^①因而，古典的犯罪论体系确立了犯罪成立三个要件：构成要件符合性、违法性和有责性，其中构成要件是指刑法分则所具体描述的各种犯罪类型要件。贝林格的这种体系被认为是最切合实际的犯罪论体系。但古典的犯罪论体系仍认为构成要件都是有客观而中性的，这一理论体系提出后不久，即受到了批评和修正。

（二）目的行为论的体系

目的行为论是由德国著名刑法学家威尔泽尔于1931提出的行为概念，这是从主观意义上观察行为而形成的行为理论，被称为目的主义的行为论。它将人的行为的实际存在作为犯罪论的中心概念。思维方式主要由批判自然主义和新康德主义价值二元论出发，采用了存在论的立场。威尔泽尔主张行为的目性并进而认定主观构成要件和客观

^① 参见汉斯·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218-252页。

构成要件不能分开，客观构成要件或至少与主观的运作定律有关，而“目的性的决定是罪责真正的责难对象”。^① 威尔泽尔的论点，促成了 V. WEBER 在 1935 年出版的刑总教科书中，将故意定位为主观构成要件，开启了目的行为论的新纪元。^② 这一理论在德国得到了 H·MAURACH、R·BUSCH、W·NIESE 等人的支持。在日本得到了木村龟二、平场安治等人的赞同。

目的行为论是在批判因果行为论的过程中逐渐产生的，它关于行为的见解可以归结为：行为是目的的实现。目的行为论强调人的主观目的对于行为的支配性，从结果无价值转向行为无价值。目的行为论认为人的主观目的意义上理解行为，强调了行为的可控，不再机械地将行为视为一种单纯的身体举止。目的行为论是一种较新的理论，也得到了不少学者的支持，但由于它存在如过失行为的行为性等许多没有说明的问题，因而没有被多数学者所接受，仍不能成为一种通说。

（三）客观归属论

客观归属论在上世纪 70 年代以前，还仅在限制条件理论的适用范围，只停留在区分因果关系和归责上。但罗克辛通过客观归属论确立并限制故意的成立条件和范围，用行为对法益侵害结果具有法律上的重要风险来解释人的意志的支配可能性。他与目的行为论认为人的意志支配可能性决定行为的取向并决定行为不法的观念相背而行，将“人的意志支配可能性”以客观上是否可能侵害法益加以解释，认为客观上对法益侵害并有法律上重要性的，才可能是人的意志能支配的，从此扭转了主观不法和客观不法的地位。罗克辛和雅克布斯的教科书出版之后，整个理论的构架开始显现。

客观归属论的基础是阻却事由，认为各种构成要件之所以成为归

^① Welzel, Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), S. 718, 720. 转引自许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社 2005 年版，第 75 页。

^② V. WEBER, STRAFRECHT AT, 1935, S. 10. F. 转引自许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社 2005 年版，第 75 页。