

创新思维法学教材
Legal Textbooks of Creative Thinking



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

General Theory of Criminal Law

本书分为三部分。刑法绪论部分讨论刑法的基本概念、刑法理论的演变、刑法的基本原则与效力范围；犯罪论部分阐释犯罪论体系、犯罪概说、犯罪构成及其要件、排除犯罪性的行为及犯罪形态；刑事责任论部分论述刑事责任的概念、原则，刑罚与非刑罚刑事责任措施，刑罚的裁量与执行。

刑法总论

主编 ▶ 李希慧

副主编 ▶ 康均心 黄明儒



创新思维法学教材

Legal Textbooks of Creative Thinking

刑法总论

General Theory of Criminal Law

主编 ▶ 李希慧

副主编 ▶ 康均心 黄明儒



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法总论/李希慧主编;康均心,黄明儒副主编. —武汉:武汉大学出版社,2008.12

创新思维法学教材

ISBN 978-7-307-06775-2

I. 刑… II. ①李… ②康… ③黄… III. 刑法—总则—中国—高等学校—教材 IV. D924.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 198735 号

责任编辑:钱 静 责任校对:刘 欣 版式设计:马 佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:通山金地印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 32.75 字数: 587 千字 插页: 1

版次: 2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-06775-2/D · 864 定价: 43.00 元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

第一编 刑法绪论

第一章 刑法概说	3
第一节 刑法的概念与性质	3
第二节 刑法的创制和完善	8
第三节 刑法规范与刑法解释	17
第四节 刑法的目的与功能	26
第二章 刑法理论的演变	31
第一节 刑法理论流派	31
第二节 刑法理论流派的主要争议	35
第三节 现代刑法理论发展与我国刑法理论	44
第三章 刑法的基本原则	48
第一节 刑法的基本原则概说	48
第二节 罪刑法定原则	49
第三节 刑法适用平等原则	54
第四节 罪责刑相适应原则	58
第四章 刑法的效力范围	62
第一节 刑法的效力范围概说	62
第二节 刑法的空间效力	63
第三节 刑法的时间效力	76

第二编 犯罪论

第五章 犯罪论体系	87
-----------	----

第一节 犯罪论体系概说	87
第二节 大陆法系的犯罪构成体系	88
第三节 英美法系的犯罪构成体系	89
第四节 我国的犯罪构成体系	91
 第六章 犯罪概说	98
第一节 犯罪的概念	98
第二节 犯罪的特征	100
第三节 犯罪的类型	105
 第七章 犯罪构成	109
第一节 犯罪构成概说	109
第二节 犯罪构成的要件	112
第三节 犯罪构成的类型	116
 第八章 犯罪客体	119
第一节 犯罪客体概说	119
第二节 犯罪客体的类型	128
第三节 犯罪客体与犯罪对象	135
 第九章 犯罪客观方面	138
第一节 犯罪客观方面概说	138
第二节 危害行为	141
第三节 危害结果	160
第四节 刑法上的因果关系	167
 第十章 犯罪主体	181
第一节 犯罪主体的概念和特征	181
第二节 自然人犯罪主体	182
第三节 单位犯罪主体	211



第十一章 犯罪主观方面	218
第一节 犯罪主观方面概说	218
第二节 犯罪故意	220
第三节 犯罪过失	234
第四节 主观罪过的附随情状	247
第五节 主观罪过的排除	249
第六节 刑法上的认识错误	254
第十二章 排除犯罪性的行为	261
第一节 排除犯罪性的行为概说	261
第二节 正当防卫	263
第三节 紧急避险	278
第四节 其他排除犯罪性的行为	284
第十三章 犯罪停止形态	292
第一节 犯罪停止形态概说	292
第二节 犯罪既遂	296
第三节 犯罪预备	301
第四节 犯罪未遂	309
第五节 犯罪中止	318
第十四章 共犯形态	328
第一节 共犯概说	328
第二节 共犯的形式	335
第三节 共犯的范围	340
第四节 共犯人的类型及其刑事责任	347
第五节 共犯的特殊问题	356
第十五章 罪数形态	363
第一节 罪数概说	363
第二节 一罪的类型	368
第三节 数罪的类型	396



第三编 刑事责任论

第十六章 刑事责任概说	401
第一节 刑事责任的概念与特征	401
第二节 刑事责任的根据与原则	408
第三节 刑事责任的实现	413
第十七章 刑罚的本体	418
第一节 刑罚的概念和本质	418
第二节 刑罚权	424
第三节 刑罚的目的	427
第四节 刑罚的功能	436
第十八章 刑罚与非刑罚刑事责任措施	440
第一节 刑罚的体系	440
第二节 主刑	443
第三节 附加刑	452
第四节 非刑罚刑事责任措施	460
第十九章 刑罚的裁量	463
第一节 刑罚裁量概说	463
第二节 刑罚裁量情节	468
第三节 累犯	477
第四节 自首和立功	480
第五节 数罪并罚	487
第六节 缓刑	492
第二十章 刑罚的执行	497
第一节 刑罚执行概说	497
第二节 减刑	499
第三节 假释	504
第二十一章 刑罚的消灭	509



第一节 刑罚消灭概说.....	509
第二节 时效.....	510
第三节 赦免.....	516
后 记.....	518



■ 刑法总论

第一编 刑法绪论



第一章 刑法概说

第一节 刑法的概念与性质

一、刑法的概念

刑法是规定犯罪与刑罚的法律。即规定什么行为是犯罪，对于犯罪行为给予何种刑罚处罚的法律。外文对于“刑法”一词有不同的称呼。英文中称为 Criminal Law 或 Penal Law 或 Law of Crime and Punishment；德文中称为 Strafrecht；法文中称为 Droit Pénal；意大利文中称为 La Legge Penale。这些不同的用语是由于观察角度不同使然。Criminal Law 是以犯罪为中心、以事实为重点的“刑法”；Penal Law 是以刑罚为中心的“刑法”；Law of Crime and Punishment 则是以犯罪和刑罚并重的“刑法”；Strafrecht、La Legge Penale 是以规范为重点、作为法律规范的“刑法”。事实上，无论是以犯罪为中心或是以事实为中心或是以规范为重点的“刑法”，它们在实质上并无不同。因为“无犯罪则无刑罚”、“除却刑罚亦无所谓犯罪”，犯罪行为事实是刑罚的前提，而刑罚则是犯罪事实的法律效果，二者间密不可分；因为“法无明文规定不为罪”、“法无明文规定不为刑”，什么样的行为事实是犯罪事实，作为犯罪事实的行为应该遭受什么样的刑罚处罚，都是而且只能是由刑法规范明文规定的。因此，现代意义的刑法虽然在表述上有异，但含义却是相同的。

（一）刑法的特征

1. 道德性

历经自然法学派与分析实证法学派的交互辩论，法律源于道德、法律与道德具有紧密联系的观点成为基本法学命题。刑法体现了维护善良风俗和健康道德秩序的伦理属性，追随了尊重人性的道德目标，遵循了合乎自然法的正义、公平、美德、善恶等价值内涵。可以说，刑法在所有的法律部门中与道德的联系最为紧密，它具有天然的伦理属性。



刑法是道德的最后底线，是“底线伦理”。刑法中的自然犯往往既侵犯了法益也侵犯了社会道德秩序，例如强奸、抢劫、杀人等犯罪，但是这些犯罪的规定只能维持最低限度的道德而不能期待它们提高社会的道德水准。有些犯罪规定直接体现了对道德秩序的维护，体现了道德伦理法律化。例如，德国、意大利、法国、奥地利、加拿大、西班牙等国刑法关于见危不救犯罪的规定，法国、德国、西班牙、韩国等国刑法关于故意杀害或毒杀合法直系尊亲、非婚尊亲或养父母的规定，法国等国刑法“亲属相盗”不为罪的规定等。也有观点认为行政犯同样体现了对社会伦理道德的维护，“行政刑法只不过是强制的手段来重新唤起沉睡的或被人们遗忘的伦理意识和规范意识”。

虽然刑法和道德都是约束人们行为的社会规范，虽然现代各国刑法仍有众多将违反道德规范的行为作为犯罪处理的规定，但二者毕竟不是同一事物：前者具有外在性、客观性、强制性，后者则体现为内在性、主观性、自愿性。因此，在刑事立法和司法实践中，为了充分发挥刑法作为法益保护法的人权保障机能，避免刑法成为维护社会道德秩序的工具，应尽量强调区分刑法与道德的界限，反对随意使用刑法强行推行道德价值观或维护道德义务。1995年日本刑法修改时删去了旧刑法第200条和第203条尊亲属杀人罪及其未遂罪的规定，正是从刑事立法上竭力划分刑法与道德之间界限的一种体现。

2. 不完整性

刑法规范在内容上具有不完整性，这是宾丁最早所创的刑法理论。他指出，刑法在事实上不可能将所有应予刑罚制裁的不法行为，毫无遗漏地加以规范，因为犯罪的实质内涵并非一成不变，而是随着社会状况及价值观相对地呈现浮动现象。为了使刑法规范的内容更为完整，刑法应该针对这种变迁不断地作出修正。然而，刑事立法总是落后于司法实践，加上立法功能之不健全，刑法往往未能适时加以修订。一些新兴犯罪，因刑法尚未加以规定，故形成刑法规范内容之不完整。^①在宾丁看来，不完整是针对现实生活中形形色色的犯罪行为而言的，是针对那些严重侵害了法益但是尚未被刑法规定为犯罪的行为而言的。但是，笔者以为，刑法规范的不完整性应该还有另一层意思，即对于已经规定在刑法中的犯罪类型来说，刑法规范是不完整的。规范内容本身存在着欠缺，欠缺对构成要件完整而无疏漏的描述，导致存在某些构成要件要素未能

^① K. Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, BT. Bd. 1, 2. Aufl. 1902, S. 20 ff. 转引自林山田：《刑法通论》（上册），台湾台兴印刷厂股份有限公司1996年版，第21页。

出现在规范之中；欠缺对构成要件详细而无遗漏的记述，导致诸多构成要件过于抽象难以确定其意义。

3. 政治性

国家作为刑罚权的发动者和独占者，从根本上而言使用刑法是为了维护国家生存所必需的政治体制和健全的社会秩序，因此，作为国家法律重心，刑法受到社会政治的制约最为明显。“刑法上规定的行为有政治色彩，国家把某些行为规定为犯罪的行为原本就具有政治色彩。”^①刑法中对政治犯的规定就直接体现了刑法的政治性；刑法对某些犯罪的犯罪化和非犯罪化也充分体现了政治性；等等。总之，刑法的政治性体现在刑事立法、刑事司法、刑法解释等各个方面。了解刑法的政治特性，有利于合理地组织对犯罪的控制。“由于犯罪这个论题反映的是社会秩序和社会责任的内涵，表现的是个人行为自由与压制受社会规定的越轨行为之间的平衡，所以，从本质上讲注意它并对它起反映的方面是政治。因此，历史地理解犯罪概念与试图控制犯罪而采用的各种对策间的关系，把握这样广泛的来龙去脉，才能充分地了解犯罪。”^②

4. 谦抑性

“刑法在根本上与其说是一种特别法，还不如说是其他一切法律的制裁力量。”^③自18世纪卢梭在《社会契约论》中首次提出了刑法的这一论断之后，刑法的二次性和保障性成为最显著的特性之一。刑法在根本上是一种特别的法律，因为它是法律体系内正义维护的最后防线，是所有部门法的保障法，是社会调控的最后一道防线。这决定了刑法具有谦抑的特性。

刑法是所有法领域中性质最为严重的法律，它涉及生杀予夺、财产剥夺等公民最基本权利的变更，是国家以侵犯公民权利方式的以恶制恶，也是违法行为不可突破的最后底线；通过国家制定或认可并以国家强制力保障实施的刑事制裁方式即刑罚，刑法发挥着其他法律部门所不具有的威慑力，它是防止犯罪的最后手段，补充调整其他法律部门所调整不了的社会关系；刑法作为国家权力的一部分，应当只限于维持市民生活安全的最小必要限度内。^④刑法的最后

① [美] 理查德·昆尼等：《新犯罪学》，陈兴良等译，中国国际广播公司1988年版，第144页。

② [英] R. 胡德：《关于犯罪学在社会政策中的地位的若干思考》，杜强、陆永康译，载《当代国外犯罪学》（第一集），中国人民公安大学出版社1991年版，第34页。

③ [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1997年版，第63页。

④ 参见[意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第8~9页。

手段性、补充性、片段性和宽容性共同构成了刑法谦抑性的内容。刑法谦抑性的特点要求刑事立法的范围必须限定在严重侵犯法益的行为,刑事司法和刑法解释也应该限定在将实质上达到了可罚必要程度的法益侵害行为解释为犯罪,以合理地限制国家刑罚权的行使,实现刑罚的人权保障与对社会保护机能的有效统一。

(二) 刑法的分类

根据不同的标准,对刑法可作如下分类:

1. 狭义刑法与广义刑法。狭义刑法是指系统规定犯罪与刑罚的刑法典。刑法典具有基本法的性质,因而在其他的刑罚法规没有特别规定的情况下,均适用刑法典的规定。在我国,刑法典即是指1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过、1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订的《中华人民共和国刑法》,该部刑法典即为我国现行刑法典。

广义刑法是指一切规定犯罪和刑罚处罚的法律规范的总和。它既包括刑法典,也包括单行刑法和附属刑法规范。单行刑法是指刑法典之外,为补充、修改刑法而由最高立法机关颁布的单行刑法规范。例如,1998年12月29日第九届全国人大常委会第六次会议通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》,就是针对骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇的犯罪行为而作出的单行刑法规范。

附属刑法规范,也就是非刑事法律中的刑法规范,即由立法机关颁布的经济法、民事法、行政法等法律中附加规定的有关刑事责任条款。

2. 形式刑法与实质刑法。形式刑法是指从外形或名称等形式上即可判断为刑法的法律。例如刑法典或单行刑法。实质刑法是指外形或名称等形式上判断并不是刑法,但是其内容规定了犯罪与刑罚的法律,这主要是指附属刑法。例如中华人民共和国水利部2003年7月15日实施的《长江河道采砂管理条例实施办法》第73条规定,“侵占、盗窃或者抢夺防汛物资,防洪排涝、农田水利、水文监测和测量以及其他水土工程设备和器材,贪污或者挪用国家救灾、抢险、防汛、移民安置和补偿及其他水利建设款物,构成犯罪的,依照刑法的有关规定追究刑事责任”。《长江河道采砂管理条例实施办法》从名称上看并不是刑法而是行政法规,但是第73条规定的内容则是犯罪与刑罚,所以,该条的规定即为实质刑法。

3. 刑事刑法与行政刑法。以规定自然犯为处罚对象的刑法规范为刑事刑法;以规定行政犯为处罚对象的刑法规范则被称为行政刑法。

4. 普通刑法与特别刑法。普通刑法是指具有普遍适用效力的刑法,实际



上就是指刑法典。特别刑法是指在适用效力上有所限制的刑法,即只适用于特定的人、特定的时间、特定的地域或特定的犯罪的刑法。一般来说,单行刑法与附属刑法均属于特别刑法。

二、刑法的性质

刑法作为国家的基本法律,是通过国家强制力即刑罚处罚犯罪人以保障国家、社会及个人合法权益的法律,它在整个法律体系中具有如下性质:

1. 刑法是公法。公法和私法的划分是现代法律理论和实践中最重要的划分之一。公私法的划分是罗马法以来法的传统分类。根据现代法学对于公私法划分标准的通说——生活关系说,凡是规定有关国家组成人员——公民的国家生活关系的法为公法;而规定公民个人生活关系的法为私法。^① 易言之,凡是涉及公共权力、公共关系、公共利益和上下服从关系、管理关系、强制关系的法,即为公法;凡是属于个人利益、个人权利、自由选择、平权关系的法即为私法。^② 刑法是规定国家对犯罪予以刑罚制裁的法律,体现的是国家与犯罪人之间权力服从的强制关系,因此,刑法是公法。

2. 刑法是实体法。实体法是确定人们权利和义务的实际关系的法律,即确定权利和义务的产生、变更、消灭的法。程序法是规定保证权利和义务得以实施的程序的法律。刑法是规定何种行为是犯罪以及对犯罪处以什么刑罚的法律,而不是规定对犯罪行为的追诉方法与程序的法律,因此,刑法是实体法。

3. 刑法是强行法。依据法的效力,可以将法区分为强行法与任意法。凡法律规定的事项,不问个人意思如何均须受其适用的法为强行法;反之,可以根据当事人的意思变更其适用的法为任意法,例如民法。刑法是规定国家对公民的刑罚权作用的法律,只要行为人的行为构成犯罪——除了少数“告诉才处理”的犯罪之外,即应科处刑罚,而不能依据当事人的意思选择适用与否,所以刑法是强行法。^③

4. 刑法是国内法。根据法的创制主体和适用主体进行分类,凡是在一国之内,由特定国家法律创制机关制定的规定一国内部关系且在一国主权所及的范围之内适用的法律,是国内法;由参与国际关系的国家通过协议制定或认可

① 参见潘念之:《法学总论》,知识出版社1981年版,第24页。

② 参见张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第57页。

③ 参见陈弘毅:《刑法总论》,台湾汉林出版社1983年版,第3页。

并适用于国家之间的法律，是国际法，如国际条约或国际协议。刑法的效力一般仅及于一国领域之内，因此是国内法。

5. 刑法是司法法。国家的法律可分为立法法、司法法与行政法。宪法的主要部分为立法法，因为宪法是所有法律的立法准据。刑法是裁判上所适用的法律，故属于司法法。^①

第二节 刑法的创制和完善

一、刑法的创制

刑法的创制，也即刑事立法，是指国家立法机关制定、修改、补充、废止刑事法律规范的活动。

1979年7月1日通过并于1980年1月1日施行的《中华人民共和国刑法》是中华人民共和国成立以来颁布的第一部刑法典。此后近17年间，为适应不断出现的新情况新问题和惩治犯罪的实际需要，全国人大常委会又陆续颁布了24个单行刑法，并在80余个非刑事法律中增设了附属性刑法条款约130条。

（一）刑法创制的原则

1. 合理性原则。刑事立法的合理性，是指刑事立法活动应该根据刑事犯罪的普遍规律和惩治犯罪的基本原则而进行，具体而言，它要求刑事立法所制定的刑法规范应该在内容上符合公平正义之理念，在形式上符合法律规则的外在技术指标。法律是理性的体现，理性是法律的生命和本质。合理性则是从理性中派生出来的概念，它是指合规律性与客观性。因此，刑事立法的合理性也就是指刑事立法要符合客观规律性。这种客观规律，当然是指犯罪发生发展的规律以及人类打击治理犯罪的现实和原则等普遍性特征。

根据现代法理学的一般见解，合理性分为形式合理性与实质合理性，前者具有形式与手段的特征，后者则关注的是法律内在的正当性。刑事立法的合理性首先要做到形式上的合理性。刑事立法的形式合理性，是指刑事立法活动所创制的刑法规范应该具备法律的外在技术品质，即现实性与规则性、普遍性与可预测性、实践性与可操作性。“法律必须普遍地为人知晓，然后它才有拘束

^① 参见高仰止：《刑法总则之理论与实用》，台湾五南图书出版公司1986年版，第5页。

力。”^① 刑事立法的实质合理性，是指刑事立法的实体内容必须适当，做到犯罪与刑罚的设置符合公平正义的实质要求，只有处罚必要性和合理性的行为才能被规定为犯罪。“法的东西要成为法律，不仅首先必须获得它的普遍性的形式，而且必须获得它的真实的规定性。所以，要想进行立法，不宜只看到一个环节，即把某物表达为对一切人有效的行为规则，而且要看到比这更重要的、内在而本质的环节，即认识它的被规定的普遍性中的内容。”^② 刑法的内在本质是处罚犯罪维护社会正义之底线，如果处罚了不该处罚的行为或者该处罚的没有处罚，就违背了法律的内在价值理念。

2. 科学性原则^③。刑事立法的科学性，是指创制刑事法律规范时要贯穿科学思想，运用科学技术方法，使刑事法律规范内容全面、系统、明确、协调，富于理性。如果说实体的正当性是刑法的灵魂，外在的形式性是刑法的特征，那么，科学性则是刑法的生命。如果说自由与正义是刑法的灵魂，那么科学性就是刑法的生命。《立法法》第6条明确地将科学性作为一项立法基本原则：“立法应当从实际出发，科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任。”

刑事立法的科学性首先要求刑法价值取向科学。刑法的制定必须体现社会利益与个人利益的双重保护机制，注重协调社会秩序与个体自由之间的冲突。其次，刑事立法的科学性要求做到系统性，即刑事立法活动中应当注重刑事法律规范的层次、次序结构。从刑事立法系统工程的层次看，它由刑事立法主体系统、刑事立法程序系统、刑事立法技术系统、刑事立法信息处理系统等低一层次的系统构成。从刑事立法操作过程看，刑事立法系统工程的有序性体现为刑事立法调查、刑事立法预测、刑事立法规划、创制刑事法律。从刑事法律结构看，其内部结构的有序性表现为刑事法律规范内部假定、处理、制裁各组成部分的搭配和排列合理有序；其外部结构的有序性表现为刑事法律规范的各项条款之间、总则、分则、附则的结构形式合理有序。总之，刑事立法是一个复杂的过程，只有使用系统工程的技术和方法，才能创制出科学的刑法规范。

3. 明确性原则。刑事立法的明确性，是指刑事立法活动所制定的刑法规范必须含义明确、内容清晰，以划定合法与违法犯罪行为之间的准确分界线。

① [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1996年版，第224页。

② [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1996年版，第218页。

③ 参见黄明儒：《论刑事立法的科学性》，载《中南大学学报》（社会科学版）2003年第1期。