

刑法学

上

◎主编
李晓明

法律出版社

本书由一些青年学者撰写，是一部颇具特点的学术力作。主要表现在：（1）学科体系的新颖性。该书一改解释刑法学的传统体系，在吸收刑法学最新研究成果的基础上，构架了包括刑法学导论、刑法论、犯罪论、刑事责任论、定罪论、量刑论、行刑论、罪刑各论8编内容的全新体系。（2）理论上的科学性。突出确立了“罪责关系”的刑法学主线，增添了刑法学的思想渊源、刑法学基础理论、刑法学基本原理、刑事责任论和定罪论等内容，在犯罪构成理论上采用的是“新三要件说”（犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客观方面），将传统的刑罚理论归并入刑事责任论和量刑论中，使整个理论体系更趋科学、合理与完备。（3）内容上的实用性。尤其在罪行各论上完善和加大了罪名认定的内容与力度，并采取了罪名均在目录中列出的方式，使全书更具实用性和可操作性。

刑 法 学

(上)

主 编 李晓明

副主编 汪明亮 孙燕山 刘 文

法律出版社

序

高铭暄*

半个多世纪以来,我国刑法学虽历经坎坷,但又日趋繁荣,目前可以说已成为我国法学研究领域较为发达的主要学科之一。回顾这段历史,我们不仅在学科建设、理论研究、实际立法与司法及推动国家整个民主化、法制化进程等方面取得了举世瞩目的成就,而且在培养新一代刑法学理论研究人才方面效果丰硕,尤其是青年学者,是我国刑法学理论研究的希望所在,更是进入 21 世纪以后我国刑法学研究事业取得胜利的中坚力量。摆在我们面前的这套精美的《刑法学》著作,就是由一群青年学者编写而成的。他们思想活跃、敢于直言、努力探索、勇于创新,这种探求真理的精神是难能可贵的。仔细阅读这部书稿,你会发现它的确是一部很有特点的刑法学力作。主要表现在:

(1)学科体系的新颖性。该书一改解释刑法学的传统体系,在吸收了刑法学大量最新研究成果的基础上,构架了包括刑法学导论、刑法论、犯罪论、刑事责任论、定罪论、量刑论、行刑论、罪行各论 8 编内容的全新体系。尤其是书中打破了长期以来刑法学学科体系总论(总则)和分论(分则)的传统旧格局,系统梳理了刑法学各大块理论

* 高铭暄:我国著名刑法学家,中国人民大学法学院教授、博士研究生导师,中国人民大学国际刑法研究所所长,中国法学会刑法研究会会长,国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。

中的内在逻辑关系,使整个刑法学的学科体系与建设在原有的基础上有所创新和发展。

(2)理论上的讲求科学性。全书突出确立了“罪责关系”的刑法学主线,增添了刑法学的思想渊源、刑法学基础理论、刑法学基本原理、刑事责任论和定罪论等内容,在犯罪构成理论上作者采用的是“新三要件说”(犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客观方面),并对犯罪客体提出了质疑。尤其是他们将传统的“刑罚论”,按照一定的逻辑关系和科学方法,分别归入刑事责任论和量刑论中,力图使整个刑法学的理论体系更趋合理、科学与完善。

(3)内容上的实用性。全书不仅重视理论研究,而且针对刑事司法实际工作的需要,坚持理论和实践并重的原则,尤其在罪刑各论上加大了对罪名认定的力度,也相应完备了区分罪与非罪、此罪与彼罪、既遂与未遂等的界限之内容,并采取了所有罪名均在目录中一一列出的方式,在一定程度上解决了刑法罪名认定难、查找难的问题,使罪刑各论可操作性和实用性的特点更加突出。

不可否认,半个多世纪以来我国刑法学的研究几乎是追随着刑事立法与司法进行的,相对缺乏的是深入系统的学科理论研究。这可从1979年我国刑法的颁布和1997年对刑法的大幅度修订所掀起的两次大的注释热中看出。当然其中也有理论刑法学的研究,但注释刑法学的研究仍是绝对的主流。我曾经在《刑法学研究五十年回顾与21世纪展望》一文中说过:“刑法学研究应是注释刑法学研究 with 理论刑法学研究并重,这是由刑法学自身的特点所决定的。”“要维护刑法学的科学性,就必须进行理论性研究,运用哲学、伦理学、社会学、政治经济学等知识来揭示刑法内在客观规律,其根本在于揭示规律,有意识引导现行刑法运作。”可以说,本书正是在该方面进行了极其艰苦的探索和十分有益的尝试,如其中对刑法学思想渊源的系统研究,对刑法学基础理论和刑法学基本原理的提出与完善,对犯罪构成理论的新见解等,均是对刑法理论所进行的认真、深入的探讨。当然,也许其中有些观点和理论还值得进一步研究和商榷,但这种勇于

探索的精神是非常可贵的,也是应当大力提倡的。

总之,这部书在学科体系与内容上的确有一定的开创性和新颖性,它将我国刑法学学科体系的理论研究向前推进了一步。我相信这部书的出版会引起刑法学界的关注,我更期望有更多有分量的刑法学著作问世,从而进一步繁荣我国刑法学的研究事业,促进和推动我国的社会主义民主化、法制化进程。

前 言

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来,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。古今中外的每一个政权或统治阶级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。尤其是具有中国特色的社会主义刑法学的创建与发展,已是1949年建国以后的事了。加之由于众所周知的原因,我国社会主义刑法学真正的成长期也只不过20年左右的时间。

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,使我国的社会主义刑事法制实体规范基本具备。其后在改革开放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。同时自1988年始,我国立法机关将全面系统地修订1979年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于1997年3月14日在第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,且也更应冷静思考我国社会主义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年刑法典的公布和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。进一步审视刑法学这20余年的历史轨迹,我国刑法学的理论的确得到了相当程度的发展,但总的说来,还是注释性的味道比理论性的味道要浓,这些均可从已发表的研究文章、教材、专著中略见一斑。当然,注释性的刑法研究是十分必要的,尤其是在刑法典刚刚颁布的伊始,它的兴起以至烂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、贯彻和执行。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。由此也使我们想到社会上对刑法学科研究的一些议论,认为如今我国的刑法学已经达到了相当完备或成熟的地步,甚至断言刑法学已无多大发展潜力。其实这是一种浅薄之见,我们倒认为刑法学理论研究的序幕才刚刚拉开。如果说1979年刑法典的颁布及1997年的全面系统的修订给我们的注释刑法研究带来两次发展机遇的话,那么此后的刑法学就应转入对其基础理论或理论根基更深层次的研究与探讨。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,注释刑法研究也就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。因此,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。

而且我们注意到,从两次注释性刑法研究的高潮来看,前一次的研究基本上是围绕学习、宣传与普及刑法典而进行的,这就注定了其只能对刑法的一些基本概念、术语、原则以及刑事司法实践中遇到的一些浅近的问题进行圈释,而少有理论上的突破、批评和建树。后一次的研究则多少透露出一些批判法学的色彩,部分学者从应然的角

度对新刑法的得失进行了总结和评价,并提出了许多建设性的宝贵意见。应当说注释刑法研究中评论成分的增多是一次历史的进步。这主要表现在,一是思想观念上的更新与进步;二是认识上的提高与完善。我们注意到,新一轮注释刑法研究已不再局限于我国刑法学的内容而进行,而是试着将我国刑法与世界各国及各个历史时期的刑法加以对比分析,从中寻找理论上的差距及存在的缺陷与症结。尤其可喜的是,学界已经有人开始对我国传统的刑法学体系及社会主义前苏联的刑法学模式开始反思,进而打破惟政策、惟长官意志及“御用刑法学”的僵化局面,重新开掘出了刑法学研究的一些个新的领域和资源,使我国刑法学正植根于整个人类刑事法律文化的根基之中,甚至呈现出一种自然开放的态势,从而真正与世界刑法学发展的潮流同步,以至超越。

正是基于此,我们组织了一些青年学者,对我国刑法学的学科体系进行了尝试性的重构。当然,本书载现的学科体系还不能说是我们的最终。因为,一是基于我国刑法学理论研究的现实,我们的重构不可能一步臻于完熟;二是考虑到与我国传统刑法学体系的衔接,尤其是作为理论研究和刑法教科书的兼用之作,重构与改革的步子不可能迈得太大。加之我们的水平所限,不甚成熟的观点不敢轻易放入,即便放入的观点及理论体系也未必十分成熟。所以,就刑法学科体系的重构来讲,还只能算刚刚起步或作为一种新的尝试。需要特别说明的是,就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,最后还是不得忍痛割爱,人为地将其分为上下两册。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,实施科学的构架与组合,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:

李晓明:第一章,第三章,第六章,第七至十一章,第二十九章,第三十一章,第四十至四十一章,第四十二章 §—1 至 §—20 罪名,第四十三章第 §—1、§—10、§—20、§—26、§—33、§—57、§—66、

§—84、§—88、§—89 罪名,第四十四章 §—1、§—5、§—9、
§—10、§—18 罪名,第四十五章 §—1、§—2、§—6、§—7、
§—11 罪名,第四十八章 §—1、§—3、§—5、§—8 罪名。

郝如建 李 可:第二章,第四至五章。

孙燕山:第十二至十三章。

寇占奎:第十四至十六章。

梁晓惠:第十七至十八章。

李立众:第十九至二十四章,第四十三章第 §—2 至 §—9、
§—11 至 19、§—21 至 25、§—27 至 32、§—34 至 56、§—58 至
65、§—67 至 83 罪名。

刘 文:第二十五至二十八章。

汪明亮:第三十章,第三十二至三十七章,第四十二章 §—21 至
§—42 罪名,第四十五章 §—3 至 5、§—8 至 10、§—12 罪名,第四
十六章 §—6、§—9 节。

陆 岸:第三十八至三十九章。

包 雯:第四十三章 §—8 节。

吴 江:第四十四章 §—2 至 §—4、§—6 至 §—8、§—11 至
§—17、§—19 至 §—37 罪名,第四十六章 §—7、§—8 节,第四十
八章 §—2、§—4、§—6 至 §—7、§—9 至 §—12 罪名。

李玉华、吕志红:第四十六章 §—1 节。

李文伟:第四十六章 §—2、§—5 节。

王 韬:第四十六章 §—3、§—4 节。

冯 军:第四十六章 §—6 节。

王志祥:第四十六章 §—9 节。

张秋波:第四十七章。

周振晓:第四十九章。

刘红岩、秦 敏:第五十章。

本书大纲最初由主编拟订,全部书稿出来后由主编、副主编分工
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,但由于参编人员众多,加之修改过程繁杂,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小点有益探索,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。

最后,让我们为中国刑法学的繁荣、馨香与进步共同祝之!

李晓明

谨识于苏州大学相门寓所

2000年9月10日

目 录

第一编 刑法学导论

第一章 刑法学的研究对象·····	(1)
§ 1 什么是刑法学·····	(1)
§ 2 刑法学的研究对象·····	(4)
§ 3 刑法学与相邻学科间的关系·····	(8)
第二章 刑法学的思想渊源与发展·····	(11)
§ 1 刑法学的思想渊源·····	(11)
§ 2 刑法学的创立·····	(15)
§ 3 刑法学的发展·····	(21)
§ 4 中国古代刑法学思想·····	(32)
第三章 刑法学的基本原理及学科体系·····	(41)
§ 1 刑法学的基本原理·····	(41)
§ 2 刑法学的学科体系·····	(46)
第四章 刑法学基础理论及研究方法·····	(63)
§ 1 刑法学基础理论的定义和特点·····	(63)
§ 2 刑法学基础理论的主要内容·····	(67)
§ 3 刑法学的基本研究方法·····	(98)
第五章 国外刑法学的研究现状·····	(104)
§ 1 两大学派的新思维·····	(104)
§ 2 方法论上的更新·····	(109)

§ 3 基础理论的发展	(111)
第六章 我国现代刑法学研究状况	(120)
§ 1 20 世纪初现代刑法学在中国的出现	(120)
§ 2 中华民国时期刑法学的初创	(124)
§ 3 我国社会主义刑法学的创立与研究状况	(128)
§ 4 我国台湾地区“刑法”学的研究状况	(134)
§ 5 香港刑法学的研究状况	(136)
§ 6 澳门刑法学的研究状况	(143)

第二编 刑 法 论

第七章 刑法的性质和任务	(145)
§ 1 刑法的定义及特征	(145)
§ 2 刑法的性质与功能	(151)
§ 3 刑法的目的和任务	(153)
第八章 刑法的渊源和类型	(157)
§ 1 刑法的渊源	(157)
§ 2 刑法的类型	(159)
第九章 刑法的创制和完善	(162)
§ 1 刑法的制定根据	(162)
§ 2 刑法的制定程序	(164)
§ 3 刑法的修改和完善	(166)
§ 4 刑法的体系和特点	(172)
§ 5 刑法的规范 and 解释	(176)
第十章 刑法的基本原则	(182)
§ 1 刑法基本原则概说	(182)
§ 2 罪刑法定原则	(189)
§ 3 罪责刑相适应原则	(204)
§ 4 适用刑法人人平等原则	(215)

第十一章 刑法的效力	(225)
§ 1 刑法的规范效力	(225)
§ 2 刑法的空间效力	(229)
§ 3 刑法的时间效力	(247)

第三编 犯 罪 论

第十二章 犯罪概述	(253)
§ 1 犯罪概念	(253)
§ 2 马克思主义犯罪观	(263)
§ 3 犯罪的分类	(266)
§ 4 犯罪与非犯罪的界限	(269)
第十三章 犯罪构成	(273)
§ 1 犯罪构成理论的历史沿革	(273)
§ 2 我国刑法学中的犯罪构成	(279)
§ 3 犯罪构成的一般要件	(285)
§ 4 犯罪构成的分类	(290)
§ 5 研究犯罪构成的意义及原则	(294)
第十四章 犯罪客观方面	(296)
§ 1 犯罪客观方面概说	(296)
§ 2 危害行为	(299)
§ 3 行为对象	(306)
§ 4 犯罪的时间、地点和方法	(308)
§ 5 危害结果	(309)
§ 6 行为与结果的因果关系	(315)
第十五章 犯罪主体	(327)
§ 1 犯罪主体概说	(327)
§ 2 自然人犯罪主体	(330)
§ 3 决定和影响刑事责任能力的因素	(335)

§ 4	自然人犯罪主体的特殊身份	(342)
§ 5	单位犯罪主体	(344)
第十六章	犯罪主观方面	(348)
§ 1	犯罪主观方面概说	(348)
§ 2	罪过的概念与形式	(352)
§ 3	犯罪故意	(356)
§ 4	犯罪过失	(364)
§ 5	犯罪动机与目的	(370)
§ 6	认识错误与意外事件	(373)
第十七章	故意犯罪过程中的犯罪形态	(379)
§ 1	故意犯罪过程中的犯罪形态概说	(379)
§ 2	犯罪既遂	(381)
§ 3	犯罪预备	(384)
§ 4	犯罪未遂	(387)
§ 5	犯罪中止	(393)
第十八章	排除犯罪性行为	(399)
§ 1	正当防卫	(400)
§ 2	紧急避险	(412)
§ 3	其他排除犯罪性行为	(418)

第四编 刑事责任论

第十九章	刑事责任概述	(424)
§ 1	刑事责任的概念	(424)
§ 2	刑事责任的目的	(430)
§ 3	刑事责任的变迁	(433)
§ 4	刑事责任的分类	(437)
第二十章	刑事责任与刑罚	(441)
§ 1	刑事责任与刑罚的联系及区别	(441)

§ 2 刑事责任在刑法学中的地位	(444)
第二十一章 刑事责任的根据	(449)
§ 1 刑事责任的正当化根据	(449)
§ 2 刑事责任的司法根据	(452)
第二十二章 刑事责任的原则	(458)
§ 1 刑事责任原则概述	(458)
§ 2 刑事责任必究原则	(461)
§ 3 刑事责任自负原则	(464)
§ 4 刑事责任及时原则	(466)
第二十三章 刑事责任的进程	(469)
§ 1 刑事责任的生产	(469)
§ 2 刑事责任的确认	(472)
§ 3 刑事责任的实现	(474)
§ 4 刑事责任的终结	(479)
第二十四章 几种特殊形态犯罪的刑事责任	(483)
§ 1 防卫过当、避险过当的刑事责任	(483)
§ 2 未完成形态犯罪的刑事责任	(487)
§ 3 共同犯罪人的刑事责任	(492)
§ 4 单位犯罪的刑事责任	(496)

第五编 定罪论

第二十五章 定罪概说	(501)
§ 1 定罪的概念和特征	(501)
§ 2 定罪的内容与作用	(505)
§ 3 定罪的要求和原则	(509)
§ 4 定罪的根据与因素	(513)
§ 5 定罪的方法和过程	(517)
第二十六章 犯罪成立条件与定罪	(522)

§ 1 犯罪构成与定罪	(522)
§ 2 排除犯罪性行为与定罪	(535)
第二十七章 罪数与定罪	(539)
§ 1 罪数概说	(539)
§ 2 一罪的认定	(541)
§ 3 数罪的认定	(548)
第二十八章 其他情形与定罪	(551)
§ 1 犯罪情节与定罪	(551)
§ 2 “两可行为”与定罪	(552)
§ 3 认识错误与定罪	(557)
§ 4 犯罪性质转化与定罪	(564)

第六编 量 刑 论

第二十九章 量刑概述	(567)
§ 1 量刑的定义及特征	(567)
§ 2 量刑的地位	(572)
§ 3 量刑的世界性趋势	(574)
第三十章 刑 种	(576)
§ 1 刑种概述	(576)
§ 2 生命刑	(578)
§ 3 自由刑	(581)
§ 4 财产刑	(587)
§ 5 资格刑	(590)
第三十一章 量刑根据和原则	(594)
§ 1 量刑根据	(594)
§ 2 量刑原则	(598)
第三十二章 量刑情节	(602)
§ 1 量刑情节的概念及特征	(602)

§ 2 法定情节	(604)
§ 3 酌定情节	(608)
§ 4 累犯情节	(610)
§ 5 自首情节	(612)
§ 6 立功情节	(614)
第三十三章 量刑制度	(617)
§ 1 从重、从轻、减轻与免除处罚制度	(617)
§ 2 数罪并罚制度	(621)
§ 3 缓刑制度	(626)
§ 4 死缓制度	(632)
第三十四章 量刑偏差与量刑方法	(637)
§ 1 量刑偏差	(637)
§ 2 量刑方法	(640)

第七编 行 刑 论

第三十五章 行刑概述	(643)
§ 1 行刑的概念	(643)
§ 2 行刑目的	(644)
第三十六章 行刑原则	(646)
§ 1 行刑法治化原则	(646)
§ 2 行刑教育性原则	(647)
§ 3 行刑谦抑性原则	(648)
§ 4 行刑个别化原则	(649)
§ 5 行刑社会化原则	(650)
第三十七章 各种刑罚的执行	(651)
§ 1 生命刑的执行	(651)
§ 2 自由刑的执行	(654)
§ 3 财产刑的执行	(658)