



研究生教学用书

刑法学专论

Topics of Criminology

刘宪权 杨兴培 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D924.04

43

2007



研究生教学用书

刑法学专论

Topics of Criminology

刘宪权 杨兴培 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法学专论/刘宪权,杨兴培著. —北京:北京大学出版社,2007.4

(研究生教学用书)

ISBN 978-7-301-11534-3

I. 刑… II. ①刘… ②杨… III. 刑法-法的理论-中国-研究生-教材
IV. D924.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第002875号

书 名: 刑法学专论

著作责任者: 刘宪权 杨兴培 著

责任编辑: 张兴群 朱彦 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-11534-3/D·1677

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 41.25印张 785千字

2007年4月第1版 2007年4月第1次印刷

定 价: 66.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

这是为研究生专门编写的一套教学用书。

研究生是否需要编写教学用书？研究生教学活动中采取教学用书的做法是否会束缚研究生的思维？是否会影响教师开展更加具有创造性的研究生教学与培养活动？研究生教学用书能够在多大程度上面对并且促进研究生培养质量的提高与研究生教育事业的发展？尽管这些问题尚有争议，但我们仍然选择了启动研究生培养改革项目。我们相信，随着研究生人数的扩张、专业学位的发展、研究生培养单位的增加，随着知识的膨胀与研究成果的不断更新以及因此导致的社会对于人才的需求标准的变化，越来越需要有一种能帮助教师与研究生及时对话、沟通信息渠道，同时为研究生展开思考与深入研究提供必要的指引的工具。

在编写过程中，我们形成了几点想法，希望与同行共享：

一、研究生教学用书依然具有教学用书的特点。

研究生教学用书应当是个什么样子呢？这可能是一个仁者见仁、智者见智的问题。有的学者理解，编写教科书，是一门学科里的学问臻于成熟、教学自成体系的显著标志，在某些时候，也是创建、恢复或移植学科体系的便捷方式。本科教材就给很多人这样的预期：教材是通说或定论的载体，是理论大厦的地基，是知识宝库的钥匙。我们认为，尽管研究生教育的知识深度有所不同，研究生培养仍需承载类似的任务，研究生教学用书仍应具有这种功能。有鉴于此，系列用书将充分正面肯定各个专业领域已有的研究成果，适当阐述该学科的基础理论知识体系。读者通过研读这些著作，有望对相关学科领域的研究成果特别是研究现状形成一个较为便捷、全面、系统、权威的把握。

二、研究生教学用书要充分体现研究生培养的特殊性，凸现研究生教育的特点与规律。

研究生培养不同于本科生，研究生教学用书也不同于本科生教材。通常的教材编写惯例与研究生的培养目标不甚兼容。有的院校坚持“百花齐放”，不统一使用研究生教材，有的慎重出版了具有特色的研究生教材。这些做法都值得我们借鉴。研究生教育素有专题、互动、讨论、指导与学生自主学习相结合等的经验，以更加个性化的方式与创新思想、创新知识、创新技能培养目标等为核心介绍相关问题的研究方法和理论成果，强调教学内容的创新价值和启发意义。

我们力图在内容、体例和使用方法等方面拥有自己的不同特色：更多是专题

性的、启发性的、创新性的,注重反映法学不同学科教学科研的最新成果和发展方向;更多地反映方法论的价值与相关研究专题的核心内容,而不拘泥于体例统一,不强求观点一致,目的是启发或帮助研究生培养学习的方法和研究的激情,培养不懈钻研的精神气质和严谨周详的思维习惯;更多地引导研究生通过教学用书的使用拓展学习、研究与思考的空间,鼓励使用本教学用书的老师和学生及其他有兴趣的同行可以灵活使用此教材的各个章节;教师不必单纯以此教材作为教学的基础,学生也不能仅以此教材作为学习的主要内容。

华东政法大学是新中国创办的第一批高等政法院校,由原圣约翰大学、东吴大学等9所院校的法律系、政治系和社会系等合并组建成立。经过几代华政人的努力,华东政法大学现已发展为一所以法学学科为主,兼有经济、管理、金融、外语等专业的多科性院校,成为享誉海内外的“法学教育的东方明珠”。自1981年起创办研究生教育以来,目前已设有法学博士后科研流动站,拥有法学一级学科博士学位授予权。如果说可以把这套系列研究生教学用书大致看成是我们在研究生教育培养方面阶段性研究成果的汇总和多年研究经验的结晶的话,我们愿意与大家共同努力,进一步繁荣我国的法学研究生教育事业。

我们也希望研究生们能够踩在我们以本系列教材这种形式提供的这个肩膀上,将兢兢业业、勤勤恳恳,大胆反思、小心求证,竭力超越、求真务实的学术火炬代代相传、越烧越旺。如果说可以把这套系列教材形象地比喻为全体编者虽已经殚精竭虑、精挑细选但却仍然忐忑不安地播下的一粒粒种子的话,我们希望:在我们祖国法治春风的吹拂下,它们能够慢慢长成一株又一株嫩芽,将来还会茁壮成长、硕果累累……

是为序,并共勉。

何勤华

2007年1月20日

目 录

绪论 刑法学的历史和最新发展	(1)
第一专题 罪刑法定原则与刑法新理念	(19)
第一节 罪刑法定原则概述	(19)
第二节 罪刑法定原则的产生和思想渊源	(21)
第三节 罪刑法定原则的内容及其基本精神	(25)
第四节 贯彻罪刑法定原则应排除的几个观念	(32)
第五节 贯彻罪刑法定原则应树立的刑法新理念	(37)
第二专题 刑法与司法解释溯及力问题研究	(44)
第一节 刑法溯及力问题概述	(44)
第二节 有关刑法溯及力问题研究	(46)
第三节 有关刑法司法解释的时间效力问题研究	(57)
第三专题 犯罪概念基本理论研究	(69)
第一节 犯罪概念基本理论概述	(69)
第二节 我国刑法学中的犯罪概念及其基本特征	(76)
第三节 犯罪的法律与理论分类	(86)
第四专题 犯罪构成基本理论研究	(90)
第一节 犯罪构成概述	(90)
第二节 犯罪构成理论的形成与历史发展	(90)
第三节 犯罪构成的概念与基本要件	(92)
第四节 犯罪构成基本结构要件的反思	(93)
第五节 犯罪构成的重构	(106)
第六节 犯罪构成在刑法学中的地位	(110)
第五专题 刑法中因果关系理论研究	(113)
第一节 刑法中因果关系概述	(113)
第二节 刑法中因果关系的性质和特征	(115)
第三节 正确区分因果关系中的原因与条件	(124)
第四节 刑法中不作为行为的因果关系	(126)
第五节 正确理解因果关系在刑法中的地位	(129)

第六专题 单位犯罪研究	(133)
第一节 单位犯罪概述	(133)
第二节 单位犯罪的概念及特征	(136)
第三节 单位犯罪的性质、范围和类型	(145)
第四节 单位犯罪的处罚及法定刑的完善	(151)
第五节 单位共同犯罪的认定	(153)
第七专题 主观罪过形式理论研究	(163)
第一节 主观罪过概述	(163)
第二节 犯罪故意	(164)
第三节 犯罪过失	(173)
第八专题 犯罪阻却事由理论研究	(182)
第一节 犯罪阻却事由的法律属性	(182)
第二节 犯罪阻却事由与犯罪构成的关系	(188)
第三节 正当防卫	(197)
第四节 紧急避险	(204)
第五节 其他阻却犯罪的事由	(209)
第九专题 故意犯罪停止形态问题研究	(213)
第一节 故意犯罪停止形态概述	(213)
第二节 故意犯罪停止形态存在的范围	(215)
第三节 犯罪实行行为是否“着手”的界定	(227)
第四节 犯罪既遂与未遂界限的确定	(238)
第五节 放弃重复侵害行为的定性	(242)
第六节 危险状态出现后是否存在中止	(244)
第十专题 共同犯罪理论研究	(246)
第一节 共同犯罪概述	(246)
第二节 共同犯罪的主体资格研究	(247)
第三节 共同犯罪的故意问题研究	(251)
第四节 共同犯罪的行为问题研究	(257)
第十一专题 罪数形态和数罪并罚理论研究	(262)
第一节 罪数形态研究	(262)
第二节 数罪并罚研究	(281)
第十二专题 量刑问题研究	(290)
第一节 量刑的概念和特征	(290)
第二节 量刑原则和模式	(292)
第三节 量刑情节	(300)

第十三专题	刑罚制度改革理论研究	(317)
第一节	刑罚制度概述	(317)
第二节	刑法中法定刑的刑格改革与设定	(319)
第三节	死刑的存废和我国的刑法选择	(324)
第四节	管制刑的改革	(333)
第十四专题	刑事和解制度理论研究	(341)
第一节	刑事和解制度概述	(341)
第二节	中国为什么应当移植和实行刑事和解制度	(342)
第三节	中国移植和实行刑事和解制度的社会基础	(345)
第四节	中国应当怎样构建自己的刑事和解制度	(347)
第十五专题	证券、期货犯罪若干问题研究	(351)
第一节	证券、期货犯罪概述	(351)
第二节	证券、期货犯罪的概念和构成特征	(360)
第三节	证券、期货犯罪的法定刑研究	(370)
第四节	证券、期货犯罪的刑法完善	(374)
第十六专题	洗钱罪若干问题研究	(383)
第一节	洗钱罪概述	(383)
第二节	洗钱罪的概念和构成要件	(386)
第三节	洗钱罪的刑事立法完善	(389)
第十七专题	金融诈骗罪若干问题研究	(397)
第一节	金融诈骗罪概述	(397)
第二节	金融诈骗罪中的非法占有目的	(398)
第三节	贷款诈骗罪的司法认定	(405)
第四节	信用卡诈骗罪的司法认定	(415)
第五节	保险诈骗罪的司法认定	(436)
第十八专题	侵犯知识产权犯罪若干问题研究	(447)
第一节	侵犯知识产权犯罪概述	(447)
第二节	侵犯知识产权罪的概念及构成特征	(474)
第十九专题	强奸罪若干问题研究	(484)
第一节	强奸罪概述	(484)
第二节	普通强奸犯罪的构成特征	(487)
第三节	奸淫幼女犯罪是否应以明知幼女为要件	(491)
第四节	少男幼女性行为的处理	(496)
第五节	强奸罪认定中需要注意的几个问题	(497)

第二十专题 绑架罪若干问题研究	(500)
第一节 绑架罪概述	(500)
第二节 绑架罪的构成特征	(501)
第三节 绑架罪的加重构成及处罚	(506)
第四节 绑架罪与其他相关犯罪的区别	(510)
第二十一专题 拐卖人口犯罪若干问题研究	(514)
第一节 拐卖人口犯罪概述	(514)
第二节 拐卖人口犯罪的法律特征	(518)
第三节 拐卖妇女、儿童罪的司法认定	(522)
第四节 收买被拐卖的妇女、儿童罪的司法认定	(525)
第五节 我国惩治拐卖人口犯罪的刑事法律完善	(528)
第二十二专题 抢劫罪若干问题研究	(535)
第一节 抢劫罪概述	(535)
第二节 抢劫罪的基本构成要件	(535)
第三节 抢劫罪的几个特殊问题	(539)
第四节 抢劫罪的转化问题	(542)
第五节 抢劫罪的处罚规定	(546)
第二十三专题 盗窃犯罪若干问题研究	(550)
第一节 盗窃罪的概念及构成要件	(550)
第二节 盗窃罪的几个争议问题的研究	(555)
第三节 盗窃罪的处罚	(570)
第二十四专题 诈骗罪若干问题研究	(572)
第一节 诈骗罪概述	(572)
第二节 诈骗罪客观行为表现形式分析	(576)
第二十五专题 侵占罪若干问题研究	(592)
第一节 侵占罪概述	(592)
第二节 侵占罪概念及构成特征	(594)
第三节 侵占罪的认定	(606)
第二十六专题 毒品犯罪若干问题研究	(612)
第一节 毒品犯罪概述	(612)
第二节 毒品犯罪的概念和构成特征	(615)
第三节 毒品犯罪的认定	(624)
第二十七专题 贪污贿赂犯罪若干问题研究	(630)
第一节 贪污贿赂犯罪概述	(630)
第二节 国家工作人员的概念与范围	(630)

第三节	贪污罪的概念与基本特征	(634)
第四节	贪污罪的认定	(635)
第五节	受贿罪的概念与基本特征	(643)
第六节	受贿罪的认定	(645)
后记	(650)

CONTENTS

Introduction	History and the Latest Development of Criminology	(1)
Chapter 1	The Principle of Prescribed Punishment (“Nullum Crimen Sine Lege, Wulla Poena Sine Lege”) and New Criminological Concept	(19)
Chapter 2	Retroactive Effect of Criminal Law and Related Judicial Interpretation	(44)
Chapter 3	Criminal Concepts	(69)
Chapter 4	Corpus Delicti	(90)
Chapter 5	Causation	(113)
Chapter 6	Unit Crime	(133)
Chapter 7	Subjective Fault	(163)
Chapter 8	Justifiable Acts	(182)
Chapter 9	Crime Suspension	(213)
Chapter 10	Joint Crimes	(246)
Chapter 11	Quantity of Crime and Joint Punishments	(262)
Chapter 12	Measurement of Punishment	(290)
Chapter 13	Reform of Penal System	(317)
Chapter 14	Victim-Offender Mediation	(341)
Chapter 15	Crime of Negotiable Securities and Futures	(351)
Chapter 16	Crime of Money Laundering	(383)
Chapter 17	Crime of Financial Fraud	(397)
Chapter 18	Crime Against Intellectual Property	(447)
Chapter 19	Crime of Rape	(484)
Chapter 20	Crime of Kidnapping	(500)
Chapter 21	Crime of Human Abducting and Trafficking	(514)
Chapter 22	Crime of Robbery	(535)
Chapter 23	Crime of Larceny	(550)

Chapter 24	Crime of Fraud	(572)
Chapter 25	Crime of Embezzlement	(592)
Chapter 26	Crime of Drug	(612)
Chapter 27	Crime of Corruption and Bribery	(630)

绪论 刑法学的历史和最新发展

绵延近两千年的中国传统律学在 19 世纪末 20 世纪初受西学东渐的影响开始发生明显变化,这一时期可以认为是中国传统律学向中国现代法学转变的门槛。反观 20 世纪以及进入 21 世纪后的中国法制建设,经历了由传统的人治到现代法治的转变。回首历史,我们可以看到,我国在 20 世纪以及以后形成了三次伟大的法律革命:辛亥革命的法律制度的建立,新中国的法制建设,与改革开放和随后开始的市场经济体制改革相适应的法治国家建设。与此相对应,从刑法学角度看,20 世纪以后的刑法发展也经历了以下几个阶段:清末刑法的改制与刑法学的转轨,民国时期刑法学的发展,新中国成立至改革开放前刑法学的缓慢进展,改革开放后刑法学的发展。

一、清末刑法学的转轨

1840 年后,西方的坚船利炮轰开了中国封建社会闭关锁国的大门,也打破了国人沉醉于自我供给、自我发展的“泱泱大国,无与伦比”的梦想,震醒了国人,使国人产生了“西人步步东来,中国步步退让,中国意识到自己被纳入新的世界格局,无法挣脱”的危机意识。中国以极不情愿却又是快捷的脚步,追赶着这场世界范围内的变革,由最初的被动、无奈被迫转为以积极、主动的心态去适应这场法学近代化运动。尤其是中日甲午战争后,中国社会发生了几千年未有的大变局,这既是一次痛苦的蜕变,也是一次更生,学术思想的演进也逐渐脱离了传统的轨道,纳入了世界化、西方化的进程。

众所周知,我国传统法律素以刑法见长,正如学者所言:“我国古代历来重视刑事法,言法谓律,通常指刑事法而说,刑事法的发达,远胜于民事法。”^①但是,中国古代刑事法的发达并没有导致出现现代意义上刑法学的研究,而是表现为受儒家思想影响的传统律学。^②然而,法学近代化是一场波及、影响全球的法学变革和改制运动,中国自然不能不受其辐射波的影响。一般认为,20 世纪的

① 戴炎辉:《中国法制史》,三民书局 1979 年版,第 17 页。

② 关于中国古代有无法学,学术界历来未形成统一看法。如李贵连先生在其《二十世纪初期的中国法学》(载《中外法学》1997 年第 5 期)一文中认为,为区别古代与近现代法学的质的差异,将 20 世纪以前称为中国古代法学,20 世纪以后称为中国近现代法学。而张中秋先生在其《中西法律文化比较研究》(南京大学出版社 1991 年版)一书中认为,中国传统的法律学术是律学而非法学。梁治平先生在其《法学盛衰说》(载《比较法研究》第 7 卷第 1 期)一文中也认为,沈家本先生所叙的中国古代的法学,乃律学而非法学,中国法学之兴,实始于 20 世纪初。

中国刑法学,是指19世纪末20世纪初西学东进以来受西方刑法制度和刑法学说影响而形成和发展起来的近现代法学。

中国刑法学最早的渊源可以追溯到19世纪80年代刊行的黄遵宪的《日本国志·刑法志》一书。黄遵宪1877年出使日本,担任首任驻日参赞,他在任职期间编著的《日本国志·刑法志》,尤其是该书的序,被认为是研究日本刑法的开山之作。^①在该书中,黄遵宪对日本明治维新后“本国家之成宪酌各国之定律”修撰改定的《治罪法》和旧《刑法》逐条译成汉文,并加上自己的注释,对其从体例到内容上作了具体的编译介绍。因此,从严格意义上说,黄遵宪的《日本国志·刑法志》是一本译作而不是著作。由于日本明治维新时期颁布的《治罪法》和旧《刑法》主要是依照法国法制定,因而使用了一套新的法律语言。黄遵宪的译著的刊行,使西方的法律从内容到形式以及法律语言等都得以传入中国,这些都极大地影响和推动了清末的变法修律运动。^②

中国刑法学转型的基本标志是沈家本^③在20世纪初引进西方立宪法治思想和现代法律体系,主持进行具有深远历史影响的变法修律运动。在接受了西洋思想熏陶的维新派思想家和洋务派实力人物的共同推动下,1902年,清廷颁诏:“著派沈家本、伍廷芳,将一切现行律例,按照交涉情形,参酌各国法律,悉心考订,妥为拟议,务期中外通行,有裨治理。”1904年,修订法律馆成立,沈家本、伍廷芳出任修订法律大臣。在此之前,沈家本曾在清朝刑部任职三十余年,得以浏览历代帝王典章、刑狱案例,是谙熟中国古代法律,并在一定程度上给以批判总结的著名法学家和改革清廷法制的执行者。^④

在担任修订法律大臣期间,沈家本遵照“务期中外通行”的修订方针,确立了“参酌古今,博辑中外”、“汇通中西”的修订指导思想。他非常重视对西方法律和法学著作的翻译和研究工作。他认为,“参酌各国法律,首重翻译”,“欲明西法之宗旨,必研究西人之学,尤必翻译西人之书”。在沈家本看来,“各法之中,尤以刑法为切要”^⑤。而在翻译的具体方法上,他主张先从日本的著作着手,主要是因为日本与中国相比邻,著作易得,文字相近,易于翻译,所以翻译日著与翻译西著相比,往往事半功倍。^⑥他积极组织力量编译西方的刑法和刑法学著

① 参见李贵连:《近代中国法律的变革与日本影响》,载《比较法研究》1994年第1期。

② 有学者认为,黄遵宪是中国日本近代法的第一个翻译者和研究者,也是第一个输入日本法的中国人。黄遵宪的《日本国志·刑法志》对于中国古代法与近代法的衔接,有着特殊的地位和价值。参见李贵连主编:《二十世纪的中国法学》,北京大学出版社1998年版,第12、26页。

③ 沈家本(1840—1913),清末著名的法律学家,字子敦,清代归安(今浙江吴兴)人,主要著作有《刺字集》、《历代刑法考》等。

④ 参见张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1997年版,第439页。

⑤ 沈家本:《寄移文存》卷六。

⑥ 参见李贵连:《沈家本与中国法律现代化》,光明日报出版社1989年版,第210页。

作,先后翻译了法国、德国、俄罗斯、日本、意大利、荷兰等国二十多部刑法典,尤其注重向日本学习,翻译了《日本刑法义解》等刑法学著作,并建立法律学堂,派人到日本考查法制,为西方刑事法律和刑法学在中国的传播作出了重大贡献。

沈家本致力于修改和制定新刑律,基本实现了刑法体系从传统到现代的转型。1906年,他开始着手起草新刑律,并聘请日本刑法学家冈田朝太郎等为顾问。沈家本在《刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》中明确指出:“而我中国介于列强之间,迫于交通之势,盖有万难守旧者。”他主张从五个方面变革旧律,即“更定刑名”、“酌减死罪”、“死刑唯一”、“删除比附”和“惩治教育”。用现在的话说就是:废除传统的刑罚制度,转采西方的刑罚体系;废除传统的报应刑主义,接受西方的罪刑法定主义、罪刑相应原则和刑事责任年龄制度。在《进呈刑律分则草案折》中,沈家本又说:“窃维法律之损益随乎世运质递迁,往昔律书,体裁虽专属刑事,而军事、民事、商事以及诉讼等项错综其间……则刑律之大凡自应专注于刑事一部,推诸穷通久变之理,实今昔不宜相袭也。是编修订大旨折衷各国大同之良规,兼采近世最新之学说,而仍不戾乎我国历世相沿之礼教民情。”^①《大清新刑律》的起草、筹备历时六年,七易其稿,于1911年终得以正式颁布。《大清新刑律》以现代刑法思想为观念基础,采用了西方国家(主要是德国、日本)刑法的基本原则和制度,是中国第一部现代意义上的刑法典。这部新刑律打破了封建律例刑民不分的格局,首次按照各国通例将刑律分为总则和分则。总则部分除了包括沈家本上文奏折提及的五点外,还规定了犯罪行为之责任能力与条件、违法阻却之原因,明示犯罪构成之要素,采用缓刑和假释制度,明确规定起诉权、行刑权之时效期间,这些都是旧的律例所没有的。分则的规定,井井有条,要而不繁,简而得当,沟通中外,融贯新旧,实为当时最进步、最完善之法典。^②由此可见,《大清新刑律》的制定与颁布极大地冲击和破坏了中国的封建法律和旧的风俗礼教,使中国刑法迅速与近现代各国刑法典接轨,从而顺利实现了刑法体系的转型。

在修律的过程中,沈家本的刑法思想也渐次成型。他的主要著述被后人汇集为《沈寄移先生遗书》,甲编二十二种,乙编十三种(甲编为法学著作,而乙编则不属于法学著作)。《寄移文存》八卷就是其中的主要著作之一。^③沈家本的刑法思想集中体现在前三卷中。卷一收集了他关于修律的各种奏折,从中可以体现出他改良主义的刑法思想。卷二是他对刑法基本理论的专题论述,包括七篇论文,分别是《论故杀》、《论杀死奸夫》、《论威逼人致死》、《论诬指》、《论诬

^① 转引自朱寿彭:《光绪朝东华录》,中华书局1984年版,总第5809页。

^② 参见谢振民编著:《中华民国立法史》(下),中国政法大学出版社2000年版,第886—887页。

^③ 参见李贵连:《沈家本与中国法律现代化》,光明日报出版社1989年版,第211—215页。

证》、《论附加刑》、《论没收》。卷三中,他提出了死刑唯一说、物与过失分别说、官司出入认罪唐明律比较说等观点,反映了其德主刑辅、明刑弼教、持平用法、严惩官吏的基本刑法思想,以及判例、行刑上均应以减轻为原则的司法主张。可以说,沈家本是晚清时期绝无仅有的真正学贯中西、博古通今的一代法学宗师,他阐发的许多刑法思想不仅在当时对于建树现代刑法制度具有直接的理论推动作用,甚至在今日仍有借鉴和参考意义。^①

综上所述,沈家本主持进行的清末修律是中国近代社会政治、经济以及国际、国内形势发展的必然要求。在修律过程中引发的礼法之争,把历史上法礼派和礼教派的斗争推到了顶峰,西方先进的法律及法学在中国得到传播,带来了中国刑法意识和刑事法制的变革,对后世的影响是巨大的。清末修律标志着近现代刑法体系、刑法观念在中国的落地生根,是中国刑法现代化的发端。这也为民国时期北洋政府、国民党政府的刑事立法奠定了基础。

二、民国时期刑法学的发展

沈家本的变法修律运动未能挽救清王朝的垂危统治。《大清新刑律》刚刚颁布,尚未实施生效,辛亥革命爆发,以共和国立宪理念为建国基础的中华民国即告成立。中华民国自1911年成立起,经历了三个发展时期,即南京临时政府时期、北洋政府时期和南京国民政府时期。民国时期进一步引进和移植西方的法律,并渗透到各个不同时期。每一个时期的刑法都进行了不同程度和规模的制定、修改,二三十年代是中国百年刑法史上刑事立法最为集中的时期。这一时期,中西刑法文化进一步碰撞和融合,在继续学习、仿制以大陆法系为主的外国刑法的基础上,中国刑法学得到了长足发展,中国现代刑法学体系也初步形成。其中,刑事立法和刑法理论两方面的发展表现尤为突出。

第一,民国时期刑事立法概况。民国初期,由于南京临时政府存续时间短暂,因而没有制定专门的刑事法律。这一时期的刑事立法主要体现为南京临时政府所发布的若干进行司法改革的刑法法令。例如,当时先后颁布了《大总统令内务司法两部通飭所属禁止刑讯文》和《大总统令内务司法两部通飭所属禁止体罚文》等。这些法令指出,刑法的目的在于“维持国权,保护民安”,国家惩罚犯罪人并非为了报复私仇,也不是严惩以戒后来。惩罚的程度应该以“调剂个人利益与社会利益之平为准”,而不能苛残暴,因而必须废除刑讯,重证据,重调查研究,而不轻信口供。同时,南京临时政府明令宣示《大清新刑律》除与民国国体抵触的条款失去效力外,其余的均暂行援用,随后公布了经过删修后的《大清新刑律》,改名称为《暂行新刑律》,通令全国适用。为了使《暂行新刑律》有与

^① 参见梁根林、何慧新:《二十世纪的中国刑法学》(上),载《中外法学》1999年第2期。

之相适应的施程序,南京临时政府随后颁布了《暂行新刑律实施细则》,共10条。民国三年,大总统袁世凯希图以礼教号召天下,以重典胁服人心,于是颁布了《暂行新刑律补充条例》,共15条,其内容与晚清《大清新刑律》后所加上的《暂行章程》5条大致相同。

《暂行新刑律》既然属于“暂行”,也就是一时权宜之计。刑法作为一个国家的重要法典,自然应该重加编撰,以示慎重。民国三年,法律编查会成立,首先提议修订的即为刑法典,当时聘请冈田朝太郎为顾问,以《暂行新刑律》为模本,草拟了《修正刑法草案》,但是,这一时期是袁氏专制,草案内容更重于强调礼教风俗,加重刑罚。最后,该草案因历史原因未能决议公布。民国七年,北洋政府设立修订法律馆,特派董康、王宠惠为总裁。由于袁世凯、张勋复辟失败,体现袁氏专制思想的《修订刑法草案》受到审查,刑事政策的调整同样成为必要。于是,北洋政府参考各国之刑法,结合中国实际情况,对《暂行新刑律》进行了第二次修正,编成《刑法第二次修正案》,分为总则、分则两编,共377条。此修正案虽称为“改正案”,但实际上在立法时并没有因袭《前暂行刑律》以及民国三年的修正案,从体裁到内容均有诸多重要改进之处,在当时被称为“民国以来最完备之刑法法典”^①。但是,由于当时军阀割据,国家尚未统一,为避免法律适用上的不统一,该草案最终也未能成为正式刑法典。另外,北洋政府还把判例和解释作为重要的法律渊源。据不完全统计,自1912年至1927年,北洋政府大理院汇编的案例达三千九百多件,公布的解释有二千多件。这既补充了成文法的不足,又便于随时根据统治者意志处理案件和解决法律问题。

南京国民政府初期,继续沿用1912年的《暂行新刑律》,但该刑律所受非议颇多,而法定刑又甚为广漠,极不利于司法适用。1927年4月,时任司法部长的王宠惠依据《刑法第二次修正案》编成《刑法草案》,谓为“该草案各编各章于中西法学家学说,及一切现情,斟酌损益,折中至当”^②。这就是后来通过并施行的1928年《中华民国刑法》。由于该刑法编写仓促,条文繁复,施行以来,各地法院经常函电要求司法当局或最高法院进行解释。随着民法、商法等重要法律相继拟制完成,当局遂于1931年令立法委员刘克俊、史尚宽、鄒朝俊等人组成刑法起草委员会,草拟《刑法修正案》。刑法起草委员会历时近三年,先后开会共计148次,易稿4次,较现行刑法新增40条,删去73条,修改的条文共269条,未改动的为45条,1934年修改完毕,1935年1月1日公布,1935年7月1日起施行。^③同时,南京国民政府在其统治时期,还公布了多如牛毛的刑事特别法规,并赋予

① 谢振民编著:《中华民国立法史》(下),中国政法大学出版社2000年版,第903页。

② 同上书,第904页。

③ 同上书,第919—944页。这部刑法分总则、分则2篇,47章,共357条,是民国时期政府六法全书之一,也是我国台湾地区的现行刑法。