



EXPLORING PROBLEMS ON
GENERAL PROVISIONS OF CRIMINAL LAW

刑法总论疑难问题探究

张 平 周铭川◎著



中国政法大学出版社

EXPLORING PROBLEMS ON
GENERAL PROVISIONS OF CRIMINAL LAW

刑法总论疑难问题探究



中国政法大学出版社

2016·北京

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

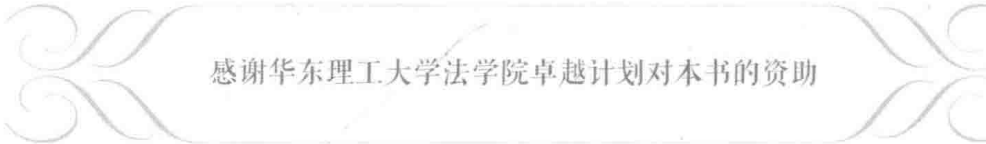
刑法总论疑难问题探究/张平, 周铭川著. —北京: 中国政法大学出版社,
2016. 10

ISBN 978-7-5620-6687-3

I. ①刑… II. ①张… ②周… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第227759号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	14.5
字 数	375 千字
版 次	2016 年 11 月第 1 版
印 次	2016 年 11 月第 1 次印刷
定 价	56.00 元



感谢华东理工大学法学院卓越计划对本书的资助

《华东理工大学卓越法学文库》编委会

编委会主任：张 昱

编委会成员：（按姓氏音序排列）

邓刚宏 丁 灏 董溯战 郭日君

李瑜青 刘金祥 阮赞林 于杨曜

张 平 张 昱

总序

General Preface

东海之滨，黄浦江畔，乘着依法治国建设社会主义法治国家的东风，一所年轻的法学院正以追求卓越的精神砥砺前行，她就是华东理工大学法学院。

华东理工大学法学院于 2006 年成立，其前身是始建于 2000 年的人文学院法律系。建院以来，法学院依托学校理工优势学科，努力探索一条以文理交叉为特色的新型法学院发展之路。法学院现有在编教职员工 35 人，拥有一支高素质的专职教师队伍。在 27 名专职教师中，教授 8 人、副教授 11 人，博士和博士候选人 20 人，有海外留学经历的 13 人。此外，还有国内外兼职教授 16 人。

根据法学院“十二五发展规划”，法学院确立了三个重点研究方向：一是以法社会学为特色的法学理论方向；二是发挥我校化工科学基础学科与法学专业有机结合的优势，文理兼容，以知识产权法、能源法、食品药品安全监管法为特色的经济法

方向；三是充分关注我国当前乃至相当长的时间内非常重要且法学界基本处于相同研究水平的社会立法研究领域，以司法制度创新、劳动与社会保障法、社会管理法为特色的社会法方向。以这三个学科带动法学院学科建设整体水平的提高，形成“强化优势、突出特色、相互支撑”的学科体系，把法学院建成优势学科与特色方向居于国内法学先进行列、在相同和相近学科领域拥有较高国际知名度的研究型法学院。

为凝聚研究力量，培育和发展优势学科，法学院先后成立了能源和资源环境法研究中心、知识产权法研究中心、法社会学研究中心、食品药品监管研究中心、人权与法治研究中心等研究机构，有效地推动了学院科研水平的提高。2010年以来，法学院教师共承担科研项目116项，其中省部级以上纵向课题32项，横向课题84项；发表论文300多篇，其中核心期刊论文150多篇；出版学术专著和教材共计28本，参编专著和教材共计11本。科研水平的提高带动了法学院的学科建设，学院现有法律社会学二级博士点，法学专业一级学科硕士点，法律硕士（法学、非法学）专业学位授予点以及法学、知识产权第二学士学位两个本科专业。

2011年，为支持法学院的发展，学校制订了“法学学科建设暨青年教师卓越促进计划”。2012年10月，法学院在激烈的竞争中脱颖而出，获得“上海市卓越法律人才培养基地”建设立项。通过“卓越促进计划”和“卓越法律人才培养基地”的建设，建设一支卓越的教师队伍，产出一批卓越的科研成果，培养出一大批卓越的法律人才，将华东理工大学法学院建设成为一所卓越的法学院。呈现在读者面前的这套“华东理工大学

卓越法学文库”的成果就是我们的阶段性成果，是法学院教师特别是青年教师科研成果的一次集体亮相，我们很高兴能够与各位读者分享我们的成果并接受学界同行的检验。

华东理工大学卓越法学文库编委会
2015年4月28日

序

Preface

2005年7月，我来到同济大学法律系任教，从实务界转入“实务与学术（理论）相结合”的工作状态，秉承我的同乡张明楷教授倡导的“心中永远充满正义，目光不断地往返于规范与事实之间”之理念，不管是在“实务”方面的工作还是“学术”方面的工作，都“试图采用各种适当方法将刑法解释为良法、正义之法”，换句话说，不管是基于实务的立场还是学术的立场，我采取的是“良法观”（解释为良法、正义之法），不因不合己意而批判刑法。

从同济大学到现在任教的华东理工大学，一晃十多年过去了。其间，有幸与本书的合作者周铭川博士，在实务与学术方面均进行了诸多有益的合作。而作为法律的“实践者”，或者说法学的“学习者”，经过较长时间的探索，我们二人均有一些“私人性叙述”（陈兴良教授的提法）的冲动，本书正是这种“冲动”的结晶。对于本书中的“刑法的基本概念、基本观念”，“犯罪构成体系的本质”，“我国犯罪构成理论”，“罪过问题”，“排除犯罪性事由中的疑难问题”，“犯罪停止形态研究的

若干新观点”和“共犯论中的有关疑难问题”等七个方面的问题，我们试图在学说林立的背景下，以“公共话语”为基调，多少表达一些我们的“私语”，以此“缅怀”我们所走过的“艰辛”的岁月。

刑法处于不断的修订完善之中，在这一背景下，刑事司法及其理论研究均出现了一些新情况新问题，需要刑法学界对此予以回应，并结合现实问题展开深入研究。

本书试图以自己特定的视角和一定的时效性对刑法总论中的若干疑难问题展开研究，期望本书的出版对刑事立法及刑事司法中呈现的重大实践与理论疑难问题研究起一定的推动作用。

对于本书中不成熟的、不正确的观点或者其他瑕疵，恳请读者批评指正。

张 平

2016年11月11日

目录

Contents

总 序/ I

序/ IV

第一章 刑法的基本概念、基本观念之争/ 1

- 一、刑法的基本概念/ 1
- 二、刑法规范的构造及性质/ 11
- 三、刑法中的客观主义与主观主义/ 17

第二章 犯罪构成体系的本质之争/ 29

- 一、大陆法系犯罪构成体系的各种学说/ 29
- 二、我国犯罪构成体系理论沿革及新学说/ 52
- 三、己见：两大犯罪构成体系质的同一性/ 65
- 四、对目前学界流行的有关观点的商榷与简要评析/ 109

第三章 关于我国犯罪构成理论的评介与检讨/ 151

- 一、犯罪构成与犯罪概念/ 151
- 二、犯罪主体要件的实质/ 170

三、刑事责任能力欠缺场合原因自由行为可罚性的新见解/ 174

四、关于行为、结果、因果关系与客观归责的见解/ 194

第四章 罪过问题的诸说与己见/ 231

一、故意概念的相对性与客观性/ 231

二、过失概念的评价性与客观性/ 257

三、超越承担过失问题/ 280

第五章 排除犯罪性事由中的疑难问题/ 300

一、排除犯罪性事由的概念与种类/ 300

二、正当防卫研究/ 305

三、紧急避险研究/ 325

第六章 犯罪停止形态研究的若干新观点/ 338

一、犯罪停止形态的有关基本问题/ 338

二、中止犯新论/ 345

三、准中止犯研究/ 381

第七章 共犯论中的有关疑难问题/ 397

一、共同犯罪的本质/ 397

二、共同犯罪的分类/ 405

三、教唆犯研究/ 414

四、共同犯罪的特殊问题/ 423

主要参考文献/ 436

致 谢/ 447

| 第一章 |

刑法的基本概念、基本观念之争

一、刑法的基本概念

(一) 何谓刑法

关于刑法的称谓，各国有所差异，有的以刑罚为中心称为“刑罚法”或“刑法”，有的以犯罪为中心称为“犯罪法”，名称虽然不同，但含义则无实质差别，主要是基于用语惯例。英美国家一般用“criminal law”（犯罪法），近年来也在与犯罪法相同的意义上使用“penal law”（刑罚法）一词，但较为少见，且主要用于规定刑罚的法律。^{〔1〕}在德国，“Strafrecht”（刑法）的表述自19世纪初叶才开始流行，在此之前流行的表述是“Kriminalrecht”（刑事法律），比之更早的则是“Peinliche”[刑事的（法律）]的表述，该词源于“*Pein*”（痛苦），借用了拉丁文“*poena*”（处罚、刑罚），而拉丁文的该词又来源于希腊文“*poine*”（处罚），1532年德意志帝国首部刑法条例即叫做 *Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V*（《查理五世刑事法院条例》）。在法国，“*droit penal*”（刑法）和“*droit criminel*”（犯罪法）可以通用。在意大利语中用“*diritto penale*”（犯罪法），在西班牙语中用“*derecho*

〔1〕 马克昌：《比较刑法原理——外国刑法学总论》，武汉大学出版社2002年版，第3~4页。

penal”（犯罪法）。〔1〕

对于刑法概念，大凡刑法学者都下过定义，但表述不一。例如，德国刑法学家李斯特（Franz von Liszt）认为，“刑法是将作为犯罪构成的犯罪与作为法律后果的刑罚连接在一起的国家法律规范的总和。……犯罪和刑罚是刑法的两个基本概念。”〔2〕日本刑法学家大塚仁认为，“刑法是关于犯罪和刑罚的法。在广义上，规定了犯罪的要件和作为针对犯罪所科处的法效果的刑罚的所有国家法规范，都被称为刑法（实质意义上的刑法）；在狭义上，把同名的法典即刑法典称为刑法（形式意义上的刑法）。”〔3〕日本刑法学家西田典之认为，“刑法就是规定对违反禁止、命令（规范）的行为给予刑罚制裁的法律。成为刑罚之对象的违反行为就是犯罪。因此，如果采用形式的定义，刑法就是有关犯罪与刑罚的法律。但是，从实质而言，刑法是通过预告刑罚这样的制裁并予以实施，以在精神上控制犯罪人之行动的法律。”〔4〕我国台湾学者林山田认为，“刑法一词系一个多面性的概念，乃是泛指规范国家刑罚权与科处人民刑罚的刑事实体法。在刑法这个上位概念之下，包括采广义概念所指的法律制度中所有的刑事实体法，以及采狭义概念所指的刑法制典，即现行刑法。”〔5〕

由上可见，对于刑法是规定犯罪与刑罚的法律，学界几乎不持异议。不过，也有学者如西田典之认为这只是一形式上的概念，还应从实质上给刑法下定义，林山田的观点亦可归属于所谓实质概念。

〔1〕〔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12页。

〔2〕〔德〕李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2006年版，第1页。

〔3〕〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》（第3版），冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第19页。

〔4〕〔日〕西田典之：《日本刑法总论》（第2版），刘明祥、王昭武译，法律出版社2013年版，第4页。

〔5〕林山田：《刑法通论》（上册·增订10版），作者2008年自版，第38页。

我们认为，这种看法虽有一定道理，但也有画蛇添足及以偏概全之嫌。一则，从“刑法是规定犯罪与刑罚的法律”这一表述中，足以表明刑法具有预告刑罚以预防犯罪的功能，也足以表明刑法是规范国家刑罚权和规定对行为人如何科处刑罚的法律，没有必要另行强调这两点；二则，认为刑法只是“通过预告刑罚这样的制裁并予以实施，以在精神上控制犯罪人之行动的法律”也过于片面，因为这里的“犯罪人”显然应指实施了犯罪行为的人，而不包括尚没有实施犯罪的一般人，而刑法不仅具有预防犯罪人再次犯罪的特殊预防功能，而且具有预防一般人犯罪的一般预防功能，这是大家所公认的，不能认为刑法只对犯罪人有效。

此外，许多国家的刑法中都有关于定罪但免于刑罚处罚的规定，犯罪的法律后果也不仅包括刑罚，还包括保安处分等非刑罚措施。例如，我国《刑法》第37条规定：“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚，但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。”《德国刑法典》第45条规定了犯罪的“附随后果”，即丧失担任公职、选举及投票权，第61条规定了收容于精神病院、收容于戒除瘾癖的机构、保安监督、行为监督、吊销驾驶执照、禁止从事特定的职业等六种矫正与保安处分。这是否意味着通说所谓“刑法是规定犯罪与刑罚的法律”与各国立法司法实际不符呢？答案是否定的。因为这种定罪但免刑以及处以保安处分等非刑罚措施的规定是针对具体个案具体适用法律而言的，它与刑法主要是规定犯罪与刑罚的法律并不矛盾，因为刑法所规定的所有犯罪，其法律后果无一例外均包括刑罚，只是在特定情况下，才可以不判处刑罚而判处非刑罚措施。因此，在通说看来，“刑法是规定犯罪与刑罚的法律”这一表述的“刑罚”，是在与犯罪的法律后果同等意义上使用的，并不意味着通说认为犯罪的法律后果只包括刑罚而不包括非刑罚措施，作为

一种约定俗成的用法,这种表述无可厚非。当然,如果要更准确一些,不妨采用本书的看法,认为“刑法是规定犯罪及其法律后果的法律”。

(二) 刑法的分类

一般所称刑法,是指所有规定犯罪及其法律后果的实体法,但是,不同学者往往对刑法进行不同的分类。如内田文昭将刑法分为普通刑法和特别刑法;西原春夫将刑法分为实体的刑法和形式的刑法,刑法典、特别刑法和行政刑法,刑法总则和刑法分则。板仓宏将刑法分为实质意义上的刑法(又称广义的刑法)与形式意义上的刑法(又称狭义的刑法);马克昌将刑法分为狭义的刑法与广义的刑法,普通刑法与特别刑法、行政刑法,实体刑法与程序刑法;^[1]高铭喧将刑法分为广义刑法和狭义刑法,普通刑法和特别刑法(包括单行刑法和附属刑法);^[2]林山田将刑法分为普通刑法与特别刑法,广义刑法与狭义刑法,并把刑法典称为主刑法,把刑事单行法和附属刑法称为辅刑法。^[3]

我们认为,在以上几种分类中,至少存在以下不妥:

1. 实体刑法和程序刑法的分类是不可取的,也是没有必要的,它是一种以刑法为本位的价值观的极端表现,有重实体轻程序之嫌,这在日益强调程序正义、强调诉讼价值的今天,似乎有不与时俱进之嫌。

首先,既然所谓程序刑法是指刑事诉讼法,并不涉及犯罪及其法律后果的实体规定,则它根本就不是刑法,将它作为刑法的一个子

[1] 马克昌:《比较刑法原理——外国刑法学总论》,武汉大学出版社2002年版,第6~8页。

[2] 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第7页。

[3] 林山田:《刑法通论》(上册·增订10版),作者2008年自版,第43~50页。

类，没有任何根据。

其次，认为刑法包括实体刑法和程序刑法，实际上是将刑事法与刑法混为一谈，如果可以在刑事法的意义上使用这一概念，则是否还应该将刑事执行法包括进去，从而认为可以将刑法分为实体刑法、程序刑法与刑事执行法呢？程序刑法与刑事执行法之间又是什么关系？对此，林山田认为，刑事法可分为刑事实体法、刑事程序法与刑事执行法，其中，刑事实体法是规定犯罪及其处罚的实体内容的“实体刑法”；刑事程序法是规定用以实现刑事实体法的程序规则的“程序刑法”，包括刑事诉讼法、军事审判法、少年事件处理法等；刑事执行法则指规定刑罚与保安处分的执行以及刑事矫治的刑事法，包括监狱行刑法、外役监条例、行刑累进处遇条例、保安处分执行法等。^{〔1〕}可见，林山田虽然同样混淆了刑法与刑事法的概念，但却清楚地区分了刑事程序法与刑事执行法。

最后，如果可以将刑法分为实体刑法和程序刑法，是否同样可以将刑事诉讼法分为程序刑事诉讼法与实体刑事诉讼法、将民法分为实体民法与程序民法、将行政诉讼法分为实体行政诉讼法与程序行政诉讼法？显然，不能如此随意地使用“实体”与“程序”概念。

2. 将刑法分为实质意义上的刑法与形式意义上的刑法也是不妥的。

首先，“形式”与“实质”的提法极易导致误解，因为当“形式”与“实质”相提并论时，说明“形式的”并不是“实质的”，意味着所谓形式意义的刑法并不是刑法，只有实质意义的刑法才是刑法，这显然与论者的本意相反，因为相对于附属刑法而言，刑法典和单行刑法等“形式意义的刑法”无疑更具有实质意义，更应当称为“实质刑法”而非“形式刑法”。

〔1〕 林山田：《刑法通论》（上册·增订10版），作者2008年自版，第30页。