

包
雯
翟海峰
王
涛
著

刑法总论 专题研究

- STUDY ON
- SPECIAL ISSUES OF
- GENERAL CRIMINAL LAW

人民法院出版社

刑法总论专题研究

包 雯 翟海峰 王 涛 著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法总论专题研究/包雯,翟海峰,王涛著. —北京:人民法院出版社,2003.9

ISBN 7-80161-436-4

I. 刑 … II. ①包…②翟…③王… III. 刑法-研究-中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 078407 号

刑法总论专题研究

包 雯 翟海峰 王 涛 著

责任编辑 闲 鸥

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号(100101)

电 话 (010)65290561(责任编辑) 65290516(出版部)

(010)65290558 65290559(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市大丰彩印厂

经 销 新华书店

开 本 850×1168 毫米 1/32

字 数 334 千字

印 张 14

版 次 2003 年 8 月第 1 版 2003 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-436-4/D·436

定 价 26.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装、请与出版社联系调换)

序 言

刑法学是一门魅力无穷的学科，古往今来，吸引着无数刑法学者在这块土地上辛勤为它耕耘。我的学生河北经贸大学包雯教授和她的同事们，就是这样虔诚的耕耘者。《刑法总论专题研究》一书，就是他们的教学经验的总结，是青年学者们的收获和最新的创造性成果。

该书在内容上，深入细致地介绍了刑法总论的基本理论问题，特别是犯罪构成和刑事责任问题。每个专题在系统介绍了中外学者的观点之后，都提出了自己的观点。无论是对前人观点的赞同，还是提出新的观点，作者都从理论上进行了充分的论证。对前人理论的评价使得前人的学说得以宣传是为了继承和发扬，提出新的观点和争论使得刑法理论得以补充和创新则是为了发展。

全书始终坚持理论联系实际的原则，注重解决司法实践中的问题；该书在形式上，采用专题研究的形式，与本书的内容相得益彰。专题研究使得该书突出研究重点，更细致、更深入阐述所研究的问题。同时，

各专题之间又保持内在的逻辑结构，把刑法总则问题分为十六个专题连为一体，简明地构成了完整的刑法总则体系，以点带面，纲举目张；该书在写作风格上，先破后立。每一专题，破题在先，立意在后。作者对自己的立意论证严密，论据充分，旁征博引，资料翔实，注释规范，论据有力。虽然是学术文章，却文笔清新，吸引读者。在文字使用上，言简意赅，词义表达恰倒好处。因此，全书既有理论深度，又清晰易懂。该书不足之处是，有些问题应当纳入研究视野，因为篇幅所限未能涉及；有些问题的论述还可以继续深入研究。虽然有不足之处，但瑕不掩瑜，仍不失为是一本有价值的学术著作。

何秉松

2003年6月8日

于北京静斋

目 录

序 言	(1)
第一题 刑法渊源研究	(1)
一、刑法渊源概述	(1)
二、司法解释的地位问题	(7)
三、判例法的地位	(9)
四、刑事政策对刑法的影响	(12)
第二题 刑法的基本原则研究	(16)
一、罪刑法定原则	(16)
二、罪、责、刑相适应原则	(24)
三、适用刑法平等原则	(28)
第三题 刑事管辖权研究	(30)
一、刑事管辖权的原则	(30)
二、我国的刑事管辖权	(35)
第四题 犯罪概念与犯罪构成体系研究	(55)
一、犯罪的概念、特征与分类	(55)
二、犯罪构成体系	(71)
第五题 犯罪客体研究	(86)
一、犯罪客体的含义	(86)
二、犯罪客体的意义	(90)
三、犯罪客体的种类	(91)
四、关于犯罪客体的争论	(93)
五、对传统犯罪客体理论错误的修正	(96)

第六题 犯罪主体研究	(98)
一、犯罪主体的含义	(98)
二、自然人犯罪主体	(102)
三、单位犯罪主体	(121)
第七题 犯罪客观方面研究	(129)
一、犯罪客观方面概说	(129)
二、危害行为	(134)
三、行为对象	(142)
四、犯罪的时间、地点、方法	(145)
五、危害结果	(146)
六、行为与结果的因果关系	(152)
第八题 犯罪主观方面研究	(166)
一、犯罪主观方面概述	(166)
二、罪过的概念	(171)
三、犯罪故意	(177)
四、犯罪过失	(186)
五、犯罪动机与目的	(194)
六、认识错误与意外事件	(198)
七、期待可能性理论述评	(203)
第九题 正当防卫与紧急避险研究	(215)
一、正当防卫	(215)
二、紧急避险	(231)
第十题 故意犯罪的停止形态研究	(239)
一、概述	(239)
二、犯罪既遂	(243)
三、犯罪预备	(246)
四、犯罪未遂	(250)
五、犯罪中止	(254)

第十一题 共同犯罪研究	(260)
一、共同犯罪的概念.....	(260)
二、共同犯罪的构成条件.....	(263)
三、共同犯罪的类型.....	(267)
四、国外刑法中共同犯罪人的分类.....	(270)
五、我国刑法中共同犯罪人的分类及其刑事责任.....	(274)
六、共同犯罪的特殊问题.....	(281)
第十二题 定罪问题研究	(287)
一、定罪.....	(287)
二、罪数形态.....	(298)
三、一罪的经验.....	(301)
四、数罪的类型.....	(316)
第十三题 刑事责任研究	(319)
一、刑事责任的变迁.....	(319)
二、刑事责任的根据.....	(324)
三、刑事责任的发展阶段和实现方式.....	(325)
四、刑事责任的终结与消灭.....	(328)
第十四题 刑罚问题研究	(330)
一、刑罚的本质、功能和目的.....	(330)
二、刑罚种类及评价.....	(349)
第十五题 量刑研究	(380)
一、量刑的意义.....	(380)
二、量刑的原则.....	(382)
三、量刑情节.....	(384)
四、自首、立功.....	(391)
五、累犯.....	(397)
六、数罪并罚.....	(401)
第十六题 刑罚的执行与消灭研究	(408)

一、刑罚执行概述·····	(408)
二、缓刑制度·····	(411)
三、减刑制度·····	(417)
四、假释制度·····	(422)
五、刑罚消灭概述·····	(428)
六、时效·····	(430)
七、赦免·····	(433)
后 记 ·····	(436)

第一题

刑法渊源研究

一、刑法渊源概述

(一) 刑法渊源的概念和意义

刑法的渊源指刑法的表现形式,即有哪些法属于刑法。从适用的角度看,刑法的渊源是法官在定罪量刑时所应遵循的依据,因此,有必要明确界定其范围。

(二) 大陆法系刑法的渊源

由于历史、文化的差异,各国刑法的渊源有所不同,总体来看,各国刑法的渊源有制定法、判例法、习惯法、国际协定与条约和法理等。在大陆法系,按照罪刑法定原则,刑法的渊源原则上限于国会制定的成文法律,称法律主义。在成文法律中,刑法典是其主要形式,是刑法所有渊源中的基本法。行政法规一般不可创设罪刑规范,但有例外:一是当存在特定委任时,政令中创设的法则能够成为刑法的渊源;二是在空白刑法规范中,刑法只明确规定了法定刑,犯罪构成要件的一部分或全部都由非刑事法律如行政法规、经济法规来补充。^①习惯和

^① 赵秉志主编:《外国刑法原理》(大陆法系),中国人民大学出版社2000年版,第8页。

法理不是刑法的直接渊源，但在解释法律所规定的构成要件的内容、违法性判断或法官在刑法规定的范围内裁量刑罚时，习惯和法理具有补充的功能。

排斥判例法是罪刑法定原则的应有之义，因而在大陆法系各国，学者普遍认为，判例仅就法律中某一规范在特定类型案件中的适用问题对下级法院有拘束力，而不具有一般规范效力。但自近代以来，各国又对判例有所重视。在日本，其刑事诉讼法第405条规定，凡认为和最高法院的判决相反的均可成为上告（向最高法院提出不服高等法院判决的申诉）的理由。因此，日本学者西原春夫认为，“从实质上来看，判例如同法源一般约束着法院的判决。”^①在我国历史上，有以判例为断案依据的传统，自汉唐至民国，司法官对成例都非常重视，在明清刑法中甚至将例文与律文并重，统称为律例。

依大陆法系各国学者的通说，解释和判例一样，同为司法机关就法律点所表示的意见，没有一般的拘束力，而且，司法机关只能解释既存法律的内容，而没有创造法律的权力，因此，解释不是刑法的法源。但在我国台湾地区，其“宪法”第78条规定“司法院解释宪法并有统一解释法律及命令之权”，因此，“司法院”对“刑法”的解释，具有一般拘束力，为“刑法”的法源。^②

（三）英美法系刑法的渊源

在英美法系各国，普通法和制定法是刑法的主要渊源。英国的普通法是在1066年诺曼底征服之后，国王为了削弱封建领主势力，加强王权，除发布敕令作为全国适用的法律外，还设王室法院，实行巡回审判制度，通过巡回审判有选择地适用

① [日] 西原春夫著：《日本刑事法的形成与特色》，法律出版社1996年版。

② 韩忠谟著：《刑法原理》，中国政法大学出版社2002年版，第50页。

各地的习惯法而形成的通行于全国的判例。普通法以判例的形式存在,有关犯罪的判例成为刑事审判的根据,这些判例一般都经过汇编,从而有利于找法。在英国的殖民运动中,英国的普通法被输出到各殖民地,成为当地法律的渊源。但是,自19世纪以来,英美法系各国均开始重视刑法的法典化,通过制定法的形式将普通法中的判例改造为明确的罪刑规范,美国各州都制定了自己的刑法典或者成文的刑法文件,普通法原来在其法源中的统治地位逐渐被制定法代替,仅有少数普通法规则仍起作用。

(四) 我国刑法渊源的学说

我国学说中对刑法渊源进行深入阐述的并不多,教科书和学者论著中一般使用“刑法体系”的概念,刑法体系指刑法的组成和结构。我国刑法的体系如何?主要有两种观点:一种将刑法体系等同于刑法典的体系。^①还有一种观点,认为刑法体系指刑法典、单行刑法、附属刑法之间以及刑法典内部的组成和结构。^②也有学者使用了刑法渊源的概念,但仅探讨了刑法的各种表现形式,包括刑法典、单行刑法和附属刑法,没有说明各种表现形式之间的关系。^③

学者普遍认为,我国刑法的渊源有:(1)刑法典,指以“刑法”或“刑法典”命名的,系统规定犯罪及刑事责任问题的法律文件。它由总则、分则和附则三编构成。总则编规定了有关犯罪与刑事责任的一般性问题,是对分则的抽象;分则规定了各具体罪名的罪状及法定刑,它是对总则的具体化。从立

① 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第19页。

② 何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社1997年版,第108页。

③ 张明楷著:《刑法学》(上),法律出版社1997年版,第13页。

法技术上考虑,凡是各罪名共同的问题都在总则中规定,分则只规定了每一罪名的个别性问题。总则对分则具有指导作用,定罪量刑时,除适用分则的相关罪名外,还要适用总则的有关规定。(2)单行刑法,它是在刑法典之外单独制定的专门规定某一类特定罪刑规范的法律文件,一般以决定、规定、补充规定、条例等命名。单行刑法的内容具有特定性,一般只规定某一类犯罪或刑法的某一项。(3)附属刑法,它是附带规定于经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范。附属刑法与单行刑法的区别在于:单行刑法全文乃对刑法的专门规定,附属刑法则掺杂于经济、行政法律中。附属刑法一般不规定独立的法定刑,而适用刑法分则有关罪名的规定。单行刑法与附属刑法的内容与刑法典分则类似,是对刑法典分则的补充。它们在适用中,按照刑法典总则的原则进行解释,受刑法典总则的指导,当它们和刑法典分则的有关规范冲突时,按照特别法优于一般法的原则处理。

(五) 对我国刑法渊源的思考

在我国学说中,法的渊源指法律的表现形式,从法的适用角度来看,法的渊源是法官发现法律的地方,是判决的依据。确定刑法的渊源就是确定定罪量刑所可以遵循的依据。根据罪刑法定原则,何为犯罪,何为刑罚,都必须由法律明文规定,因此,深入研究、明确界定刑法渊源的范围,具有更为重要的作用。

在法理学中,何谓法的渊源,有不同的解释。美国著名法理学家、综合法理学派的代表埃德加·博登海默认为,法的渊源有两种类型:正式渊源和非正式渊源。正式渊源是指那些可以从体现为权威性法律文件的明确文本形式中得到的渊源,如宪法和法律、行政命令、行政法规、条例、自主或半自主机构或组织的章程或规章、条约与其他协议及司法先例。法的非正

式渊源指那些具有法律意义的资料和值得考虑的材料，而这些资料和值得考虑的材料尚未在正式法律文件中得到权威性的或至少是明文的阐述与体现，包括：正义标准、推理和思考事物本质的原则、衡平法、公共政策、道德信念、社会倾向和习惯法。

法的渊源的作用在于提供审判规则，当法的正式渊源表现出可能会产生两种解释的模棱两可性和不确定性，甚至完全不能为案件的解决提供审判规则时，就应当诉诸非正式渊源。^①

中国的法律体系与英美法系不同，但博登海默的观点却有着重要的参考价值。由于罪刑法定原则的约束，我国刑法中能够直接适用而作为定罪量刑依据的渊源只能是刑法典、单行刑法和附属刑法和我国参加与缔结的国际条约与协定。但是，在刑法的解释、适用时，仅仅有这四种渊源是远远不够的，宪法、非刑法法律法规、司法解释、判例，都起到了提供解释规则甚至直接提供确定罪刑规范的作用。比如，在确定不作为犯的义务源时，或者在对刑法分则的空白罪状进行解释，寻找犯罪构成时，非刑法的法律规范就成为重要的根据。因此，我们认为刑法典、单行刑法、附属刑法、国际条约与协定是我国刑法的正式渊源，这些法律文件能够提供必须遵守的确定的罪刑规则。宪法、非刑法法律法规、司法解释、判例、刑事政策是我国刑法的非正式渊源，它们一般也具有成文的形式，但不提供直接适用的明确的罪刑规范。刑法典、单行刑法、附属刑法的概念及相互关系，在上文中已述，司法解释、判例、刑事政策在下文中专门探讨，此不赘述。下面就其他形式具体述之：

1. 国际条约与协定

国际条约与协定是指两国或多国缔结的双边或多边条约、

① [美] 博登海默著，邓正来译：《法理学·法哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1999年版，第415页。

协定和其他具有条约、协定性质的文件。国际条约是国际法的主要渊源，由于它对签约国有约束力，因而凡是我国政府签订的国际条约也属于我国法的渊源之一。我国参与缔结的刑法领域的国际公约主要有：1983年7月17日对我国生效的《防止及惩治灭绝种族罪公约》，1983年5月18日对我国生效的《禁止并惩治种族隔离罪行的国际公约》；1985年6月加入的《精神药物公约》和《麻醉品单一公约》。除此之外，我国还加入了有关打击贩卖奴隶、妇女和儿童、海盗行为、非法劫持航空器和破坏民用航空安全、伪造货币、恐怖活动包括侵犯享有国际保护的人员等国际犯罪活动的公约。

2. 宪法

宪法是否为刑法的渊源？我们认为，在我国宪法中并没有明确的罪刑规范，因此宪法不能直接作为定罪量刑的根据，不是刑法的正式渊源。但是，确定刑法渊源的目的在于寻找定罪量刑所应依据的规范或所应遵循的原则。从这一角度考虑，我国宪法所确定的国家、社会、公民的根本利益以及对这些利益保护的原则，不仅是制定刑法的重要依据，也是解释刑法的重要依据。因此，应认为，宪法所确定的有关国家、社会、公民的法益及其保护原则，乃是刑法的重要非正式法源，刑法适用中对具体罪刑规范的解释，应在遵循这些原则的前提下进行。

3. 香港、澳门、台湾刑法

由于历史的原因，香港特别行政区、澳门特别行政区乃至台湾地区，实际上都构成与我国大陆不同的法域，但是，其刑法仍应认为是我国刑法的渊源。当然，由于所处法域的不同，大陆刑法一般并不适用于港、澳、台地区，港、澳、台地区刑法也不适用于大陆，但它们之间应是中国刑法内部各法域的关系，而不是中国刑法与非中国刑法的关系。

4. 非刑事法律法规

按照传统的罪刑法定原则，非刑法的法律法规一般不应认为是刑法的渊源。但是由于我国刑法分则中存在规定了空白罪状的刑法条文，在这种情况下，犯罪构成要件需要参照非刑法的法律、法规的相关规定才能确定。还有，在不作为犯罪的认定中，确定不作为犯罪的作为义务，也经常需要参照非刑法法律法规。在上述情况下，非刑法的法律法规实际上起到了补充刑法分则的作用，因此，可以认为，有的非刑法法律法规是刑法的非正式渊源。

二、司法解释的地位问题

司法解释指最高人民法院、最高人民检察院对于在刑事审判与刑事检查工作中具体应用刑法的问题所做的解释。它是通过解释形成具有普遍法律效力的一般解释性规定，而非在具体个案的司法裁判活动中与法律适用相联系的一种活动。根据1981年6月全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》的规定，凡关于法律、法令、条文本身需要进一步明确界限或做补充规定的，由全国人大常委会进行解释或由法令加以规定；对于法院刑事审判工作中具体应用刑法的问题，由最高人民法院进行解释；对于检察院在刑事检察工作中具体应用刑法的问题，由最高人民检察院进行解释。两院解释如果存在原则性分歧，报请全国人大常委会解释或决定。另外，人民法院组织法第33条也规定：最高人民法院对于审判过程中如何具体应用法律法令的问题进行解释。由上述规定，我国的司法解释具备如下特征：

1. 司法解释机关是最高人民法院和最高人民检察院。根据1984年11月8日公安部有关文件，凡涉及司法解释问题，以最高人民法院、最高人民检察院下发文件为准，公安机关均

应参照执行，公安部不再印发。

2. 解释的目的是为了解决审判、检察工作中具体适用刑法的问题。它应是在法律原定的范围内以解决刑法具体运用中的问题为目标对刑法规定加以明确和具体化，不能补充更不能修改刑法。司法解释不能超越解释权限与既有刑法规范相抵触，否则不能产生相应的效力。

3. 司法解释的方式是制定成文的法律文件，通常以“意见”、“解释”、“规定”、“决定”、“办法”、“答复”、“通知”、“复函”、“函”、“纪要”等名称命名。判例不属于司法解释。根据1997年6月23日最高人民法院《关于司法解释工作的若干决定》，最高人民法院的解释有“解释”、“规定”和“批复”三种形式。其中“解释”是对如何应用某一法律或者对某类案件、某一类问题如何适用法律所做的规定；“规定”是根据审判工作提出的规范、意见；“批复”是对高级人民法院、解放军法院就审判工作中具体应用法律的请示所做的答复。有学者认为，其中“解释”、“规定”超出了法院审判工作中具体应用法律的范围。^①

4. 刑法的司法解释具有通行全国的司法效力，这种解释对全国各级审判机关与各级检察机关具体运用刑法的工作，具有直接的指导和约束作用。^②学者还认为，刑法的司法解释对于全国其他任何机关运用或涉及运用刑法的工作都具有约束力。

综上所述，我们认为，司法解释虽然并非狭义刑法的内容，认为其具有完全等同与刑法的一般效力，不符合罪刑法定

① 杨焕宁、李国如：《刑法解释体制的重构——兼论罪刑法定原则的贯彻执行》，载《犯罪与改造研究》2001年第4期。

② 赵秉志著：《刑法总论问题研究》，中国法制出版社1996年版，第124页。