

关于刑法总则的 几个问题

高 铭 暄



河北省法学学会印

一九八二年十二月

关于刑法总则的 几个问题

高 铭 暄

河北省法学学会印

一九八二年十二月

说 明

为了适应法学研究的需要，我们特将中国人民大学副教授高铭暄同志《关于刑法总则的几个问题》的讲课录音稿，翻印出来，供法学研究工作者、政法实际工作者和我会会员参考。

翻印前，高铭暄副教授抱病对录音稿进行了审阅，在文字上、内容上又作了修改和补充，对此，我们表示谢意。

河北省法学学会办公室

一九八二年十二月一日

写 在 前 面

一九八一年四月，我在司法部委托西北政法学院举办的全国第一期法律专业师资进修班上，作了几次关于刑法总则问题的补充讲课。现应河北省法学学会的需要，根据新情况，将讲课内容略作增删修订后付印，供内部学习研究刑法时参考。由于时间和个人水平的限制，缺点错误在所难免，敬希读者予以批评指正。

高 铭 暄

一九八二年十二月

目 录

一、我国刑法立法工作概况·····	(1)
二、我国刑法的特点·····	(9)
三、刑法中的因果关系·····	(18)
四、正当防卫和紧急避险·····	(33)
五、故意犯罪的阶段·····	(49)
六、共同犯罪·····	(63)
七、刑罚的概念和目的·····	(82)
八、我国刑罚的种类·····	(93)
九、量刑的一般原则·····	(120)
十、缓刑、减刑和假释·····	(137)
十一、时效、赦免·····	(150)

一、我国刑法立法工作概况

我国刑法是在彻底摧毁旧法制的基础上，随着革命形势的发展而不断发展、不断完善的。在新民主主义革命时期公布了一些单行法规。随着革命政权的建立，第二次国内革命战争时期，在中央苏区制定了《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》；抗日战争时期，陕甘宁边区公布了《惩治汉奸条例（草案）》，晋冀鲁豫边区公布了《妨害婚姻治罪暂行条例》；解放战争时期，东北解放区公布了《惩治贪污暂行条例》等等。这些单行法规虽然比较简单而且不可避免地带有地方性质，但都体现了党的有关政策，反映了人民的愿望和要求，起到刑法应有的作用。解放区时期的单行法规可以说是新中国刑法的萌芽。中华人民共和国成立以后，根据当时革命斗争的需要，相应地又制定了一些单行法规：如《中华人民共和国惩治反革命条例》、《中华人民共和国惩治贪污条例》、《中华人民共和国妨害国家货币治罪暂行条例》等等。这些单行法规是同具体罪行作斗争的，不是系统的刑法。建国初期，在颁布单行法规的同时，又考虑到要系统地总结解放区以来同犯罪作斗争的经验，所以也着手刑法的起草工作。

刑法有广义和狭义的理解。一般有三种理解：广义指一切同犯罪作斗争的刑事法规；狭义指系统刑法典；还有一个含义就是指刑法学，刑法是一门学科。大体有以上三

种理解，常用的是前两种。

我国刑法起草工作，可以说从一九五〇年开始，但正式起草应是一九五四年第一届全国人民代表大会通过第一个宪法以后于一九五四年十月开始的。刑法起草工作过程是比较曲折的。前中央人民政府法制委员会起草了两个稿子，一个是一九五〇年七月二十五日的《中华人民共和国刑法大纲（草案）》，有条文一百五十七条，有总则、分则；另一个是一九五四年九月三十日的《中华人民共和国刑法指导原则（初稿）》，有条文七十六条，主要是总则，也搞了几类犯罪。建国初期，三大改造没有进行，所有制问题也没有解决，从当时看来，要颁布一个系统的刑法，条件还不成熟。一九五四年九月召开的第一届全国人民代表大会第一次会议，通过了第一个宪法和五个组织法，即：《全国人民代表大会组织法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民委员会组织法》、《国务院组织法》、《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》。这是件大事情，对于立法工作起了很大的推动作用，从此刑法的起草工作就由全国人大常委会办公厅法律室来抓。说刑法多少稿，就是从这个时候第一稿开始算起。从一九五四年十月到一九五六年十一月搞到了十三稿。一九五六年是形势特别好的年头，社会主义三大改造取得基本胜利，党的“八大”召开，真是鼓舞人心。当时刘少奇同志所作的政治报告和“八大”决议都明确指出：由于社会主义革命基本完成，国家的主要任务已经由解放生产力转到保护和发展生产力，为此必须进一步加强人民民主法制，巩固社会主义建设的秩序。国家必须根据需要，逐步地系统地制定完备的

法律。在“八大”精神鼓舞下，刑法起草工作也加紧进行，到一九五七年六月二十八日，刑法草案搞到二十二稿。这个稿子是比较有名的，有代表性的。二十二稿为什么有代表性呢？主要是这个稿子经过中共中央法律委员会和中共中央书记处审查修改，同时经过人大法案委员会审议，并提到第一届人大第四次会议上，发给全体代表征求意见。而且这次会议还作出一个决议：授权人大常委会，根据人大代表和其他方面所提的意见，将二十二稿进行修改后，作为草案公布试行。按这个决议，就是想要公布，但后来没有公布，原因是什么？大家都知道，一九五七年搞反右派斗争，反右派斗争后，“左”的思想倾向抬头，反映到法律工作方面，否定法律，轻视法制，认为法律可有可无，法律束缚手脚，或者说政策就是法律，有了政策可以不要法律等等错误思想开始滋长起来。因此，足足有三、四年时间，刑法起草工作停了下来。五八年大跃进，五九年反右倾，一直到一九六一年十月，才又开始对刑法起草工作进行一些座谈、研究，想搞，还不是正式搞。一九六二年一月开了一个七千人大会，毛泽东同志在这次会议上讲话，总结前几年的经验教训，重点讲民主集中制和认识客观世界问题，指出工、农、商、学、兵、政、党七个方面都要很好总结经验，制定一整套的方针、政策和办法，还要求制定一些条例。特别是一九六二年三月二十二日，毛泽东同志对法律工作做了明确指示：“不仅刑法要，民法也需要，现在是无法无天。没有法律不行。刑法、民法一定要搞。不仅要制定法律，还要编案例”。这个指示是个很大的鼓舞，它说明刑法起草工作要搞。因此从一九六二

年五月开始，人大常委会法律室组织一些同志对二十二稿进行了全面、多次的重大修改，包括中央政法小组开了几次会审查修改，一直到一九六三年十月九日搞出第三十三稿。这个稿子也是比较重要的，为什么？因为这个稿子是经过中共中央政治局常委和毛泽东同志审查过的。当时也想公布，但也没有公布，因为很快“四清”运动开始，接着又进行了“文化大革命”，这个稿子就束之高阁，放在箱底足足放了十五个年头。

粉碎“四人帮”以后，第五届全国人民代表大会第一次会议对法制工作提出了要求，指出要实现天下大治，必须加强社会主义法制。根据七八年五届人大第一次会议通过的第三个宪法，需要制定各种法律和条例。从这个时候开始，谈论民主和法制的气氛逐渐地浓厚起来。特别是邓小平同志七八年十月一次谈话，对民主与法制的问题讲得很透彻。他说：“法制问题也就是民主问题。这个问题，要在报纸刊物、政治生活中展开讨论。”“非常需要搞社会主义法制。没有法不行，没有法，就乱搞一气。过去和现在，都是这么一种情况：领导人说了话就叫法；不赞成领导人说的话，就是违法、犯法。这种情况不能继续。”还说：“过去‘文化大革命’前，曾经搞过刑法草案，经过多次修改，准备公布。‘四清’一来，事情就放下了。”现在“很需要搞个机构，集中些人，着手研究这方面的问题。起草有关法律。”这次谈话，直接地推动了我们刑法起草工作。接着，中央政法小组召开了法制建设问题座谈会，提出组织各方面力量，通力合作来搞法制建设。从七八年十月下旬开始，组成修订刑法班子，修订三十三稿，先后搞了

两个稿子：“修订一稿”、“修订二稿”。正在这时，中央召开了有历史意义的十一届三中全会，提出解放思想、开动脑筋、实事求是、团结一致向前看的方针，并且明确指出：“为了保障人民民主，必须加强社会主义法制，使民主制度化、法律化，使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权威，做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。”三中全会的精神，对刑法起草工作无疑是巨大的指导和强大的推动力。一九七九年二月，人大常委会成立了法制委员会，在彭真同志主持下，从三月中旬开始，对刑法起草工作抓得很紧。刑法草案以三十三稿为基础，根据新的经验和情况，征求了有关部门的意见，作了比较大的修改。先后搞了三个稿子，其中第二个稿子于一九七九年五月二十九日得到中共中央政治局的原则通过，接着在法制委员会全体会议上和五届人大常委会第八次会议上讨论，提了意见，作了一些修改，然后提交五届人大二次会议讨论，听取了人大代表意见，又作了修改和补充。最后，于一九七九年七月一日在人大会议上获得通过，七月六日由叶剑英委员长发布命令正式公布。

回顾这一段历史，可以看出，我国这部刑法制定过程，道路确实是不平坦的。当党的正确路线得到贯彻时，立法工作就蓬勃开展，刑法起草工作也就进行得比较顺利；相反，当不重视法制的思想进行干扰时，法制工作包括刑法起草工作就停滞不前。我国刑法起草工作从五四年开始到七九年七月一日，经历了二十五个年头，拖得很长，真正工作时间只用了五年多不到六年时间，即五四年至五七年，六二年至六三年，后就是七八至七九年。粗略地算一

下，总共大约二千天，空了十九年。尽管这样，花的人力物力不少，开了多次座谈会，跑了不少地方征求意见。刑法起草工作前后一共是三十八稿，其中真正大的修改也就是十次、八次。有名的就是二十二稿和三十三稿，加上最后几个稿子。从这个情况看，用了二千天时间搞出这个刑法，一百九十二条，二万来字，平均每一天写十个字，真可以说“一字千金”。从整个过程来看，受不重视法制的错误思想的干扰很大。特别是五七年和六三年，国家曾两次设想公布刑法，但都没有公布。原因是多方面的，但主要是“左”的思想，不重视法律的思想在作怪。那时对于国家需要用法律来进行治理，不象现在认识这样深。林彪、“四人帮”横行时期，有什么法！他们出于篡党夺权的反革命目的，诬蔑我们的法律是什么资产阶级和修正主义的东西，从而使整个人民民主的法制工作陷于瘫痪状态。我们吃了苦头，从反面得到了教训，认识到不加强民主和法制不行，认识到社会主义国家，法不是可有可无，有法才能治国，无法就要祸国。花了很长时间，我们总算总结了这条历史经验教训。一九七九年一下子通过了七个重要法律。这在我国法制建设历史上是少有的。

制定刑法有什么好处呢？有很大好处，归结起来至少有下面几点：

1、有了刑法，可以使人们知道什么是犯罪，什么不是犯罪，什么是刑法保护的，什么是刑法禁止的，这样有助于提高人们的法律知识水平和遵纪守法观念，创造出一种抵制、谴责犯罪的气氛，从而可以预防犯罪，减少犯罪。过去没有刑法，什么是犯罪，什么不是犯罪都不清

楚，刑法公布后就不同了。

2、有了刑法，可以打击敌人，惩罚犯罪，使国家和人民利益得到强有力的保护，从而为四化建设创立一个安全的社会环境，使人民群众能更好地聚精会神搞四化。

3、有了刑法，可以给政法机关处理刑事案件提供强大法律武器，如弄清罪与非罪界限，这个罪和那个罪界限，如何定罪量刑等等，对武装政法工作人员思想有很大帮助。过去没有刑法，一个时期，一个变化，搞得晕头转向，办案没有一个标准。有了刑法，在很大程度上克服了以前有些地方发生的划不清罪与非罪的界限，罪名分歧，量刑畸重畸轻的混乱现象。有了刑法，就能严格按法律办事了。

4、有了刑法，可以从一个方面堵塞林彪、“四人帮”一类野心家、阴谋家利用法律虚无主义和无法状态来进行反革命活动的漏洞。谁要是搞反革命就可以用刑法来惩治他。林彪、江青反革命集团做了大量坏事，都受到了惩罚，受到了这部刑法的惩罚，受到了人民的正义审判，得到应有的下场。

总之，这部刑法对于违法犯罪的人是压力和束缚；对于破坏社会主义革命和社会主义建设的敌人是无情的铁腕；对于国家和人民的利益是有力的保障；对于亿万群众和政法机关来说，是自觉遵守的行为准则，是强大的法律斗争武器。所以，这部刑法的公布施行，是历史的要求，时代的需要，人心的所向。

我国这部刑法在中国历史上是第一部人民的系统的刑法典。过去我们虽然有单行法规，但始终没有系统的刑

法。我国封建社会历史上有过《秦律》、《唐律》、《明律》、《清律》等，那是封建刑法，是保护封建地主阶级利益的。民国以后有北洋政府的《暂行新刑律》，这部法律原来是清朝末年搞的，当时搞变法，受资产阶级的影响。《大清新刑律》是请日本人冈田朝太郎帮忙搞的，刚公布，清王朝就倒台。接着北洋军阀政府就把《大清新刑律》拿来用，只是把其中和民国国体不符的废除了几条。后来国民党上台，先后又搞了两个刑法，一个是一九二八年搞的，到一九三五年又搞了一个（即台湾现行的）。北洋军阀刑法也好，国民党刑法也好，都是保护大地主大资产阶级利益的。只有我们这部刑法，才是真正保护广大人民利益的。我们这部刑法体现了十亿人民的意志和利益，反映了保护人民民主和坚持对敌专政的愿望和要求，适应了新时期社会主义现代化建设的需要。它是人民民主专政的工具，是护保人民、打击敌人、惩罚犯罪、保卫四化的有力武器。这个武器是来之不易的，从起草工作拖得很长这一点就证明它来之不易，特别是它的许多条文是无数受林彪、“四人帮”残杀迫害的烈士们用鲜血和生命换来的，这句话是一个人民代表、电影《创业》编者张天民同志说的。可以说，它是经历了曲折道路，战胜了种种干扰得来的。这部刑法不仅在国内受到广大人民和广大司法干部的欢迎，而且在国外反应一般也比较好。国外有的评论说我国这部刑法“极为民主”，“充分反映了民意”，充分运用了“中国自身的经验，尤其是‘文化大革命’中无法无天时代血的教训而制定的刑法典”，它“不仅是司法的成果，而且是和政治现代化有联系的成果”。说明国际评价

一般是比较好的，比较中肯的。对这部刑法我们要珍惜它，爱护它，研究它，掌握它，并且要善于在实践中运用它。

研究刑法学是不可能脱离开刑法的。刑法学作为法律的部门科学，就是研究刑法的科学。刑法调整对象是两个基本东西，一个叫犯罪，一个叫刑罚，这是刑法中的两个基本范畴。刑法就是调整犯罪和刑罚，而我们刑法学就是研究刑法。研究的具体方法很多，可以用注释条文方法，一百九十二条，一条一条地注释；也可以是追本求源，作一些历史研究，这个条文是怎么来的；也可以古今中外进行比较研究，我们的条文为什么这样定，外国为什么那样定，作些比较。这些方法都可以用，但作为新中国的刑法学，总的要以我们自己这部刑法为主进行研究和阐述，不能平分秋色，更不能轻重倒置。统编教材《刑法学》就是力图这样做的。这部教材是以我国这部刑法为主，对刑法进行一些学理解释，结合进行比较研究和历史研究。教材编写水平如何，将来大家可以评论，但教材坚持以研究本国的经验为主，从理论和实践的结合上系统地阐述我国这部刑法，我认为这个方向是应当肯定的。

二、我国刑法的特点

我国刑法有哪些特点，我们各个人可以从不同的角度去分析，讲三点，讲四点，也许讲五点都行。我国刑法的特点很多，譬如说，我国刑法起草时间长，前后搞了二十五年，如果从五〇年算起，就有二十九年，与外国刑法比较谁有这么

长的？没有。一七八九年法国大革命，一七九一年就颁布了刑法典，仅是两年时间。又譬如说，我国刑法的条文有192条，比其他法律多，但是拿到国际上去比，就不是多了，恐怕是最少的。我举几个例子：印度刑法典551条，法国刑法典484条，苏俄1960年通过的刑法典269条，蒙古刑法典225条。这样，条数少也是一个特点。又譬如，我国刑法总则与分则的比例，比哪个国家都大。我国刑法总则是89条，占192条的46.3%，外国刑法典一般总则条文占20%至30%，例如苏俄刑法典总则63条，占269条的23.4%，我国比它大一倍，这也是一个特点。再譬如，外国刑法分则中有军职罪。例如，苏俄刑法典中就有。有的国家单搞军事刑法，专门解决军人犯罪的问题。国民党有陆、海、空军刑法。我们刑法中没有这方面的条文。原来打算在刑法分则中搞一个第九章，后来考虑到有平时的，有战时的，比较复杂，所以单独制定了一个法规，叫《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》，经五届人大常委会第十九次会议通过，已于1982年1月1日起施行。从军事刑法法规方面来看，我国和外国的做法不完全相同，这也是一个特点。象这样的特点可以举出很多。但是，如果概括起来说，我国刑法有哪些基本特点呢？我认为最基本的有两条：

（1）开宗明义地公开宣布以马列主义、毛泽东思想为指导思想。

这样的规定在外国刑法中是没有的。资产阶级的刑法不用说了，好多国家的刑法典连犯罪的概念都没有，还谈得上规定指导思想？就是社会主义国家，象我们这样明确地

写上也是没有的。我国刑法第一条的内容很丰富，全面体现和坚持了四项基本原则，同时指明了四个关系，即：刑法与马列主义毛泽东思想的关系，刑法与宪法的关系，刑法与方针政策的关系，以及刑法与司法实践的关系。这条表现出刑法的鲜明的阶级性和社会主义性，很有特色。这个问题我一九七九年在中央政法干校讲了五点，后来在我们学校讲义上写了三点，这次在全国统编教材《刑法学》上写了四点。三点、四点、五点都不是解决定罪量刑的具体问题，这是务虚。但这个务虚不可少，因为是阐述刑法的指导思想问题。这是关系刑法条文全局的。

（2）把我国自己同犯罪作斗争的行之有效的经验和我国独创的一些制度都总结规定进去了。

我国在同犯罪作斗争方面积累了很多经验，譬如，严肃与谨慎相结合，惩办与宽大相结合，原则性与灵活性相结合，缩小打击面、扩大教育面，专门工作与群众路线相结合等等，都是我们的宝贵经验。这些经验，在这部刑法中都有很好的体现。

关于严肃与谨慎相结合的方针。过去在肃反中，我们提出：“提高警惕，肃清一切特务分子”。这是严肃。

“防止偏差，不要冤枉一个好人”。这是谨慎。用今天的话来说，就是不枉不纵，不错不漏。对触犯刑律的要惩办，要严格，不能马马虎虎。对不犯罪的则要保护，不能胡来。我国刑法第10条明确规定了犯罪的概念，第90条又明确地规定了反革命罪的概念，强调要讲规格、标准，一方面不能放纵犯罪，另一方面打击的必须是真正的犯罪，不能是假的。这就是严肃、谨慎。还有死刑、死缓要经过严格

核准手续。对罪大恶极该判死刑的还是要判死刑，但对可杀可不杀的则坚决不杀。死刑事关人头落地，不是割韭菜，割了又长，所以要特别谨慎。这些精神在刑法中都有体现。

关于惩办与宽大相结合的政策。这是同犯罪作斗争的基本政策。这个政策的基本精神，就是根据不同情况实行区别对待。这在我国刑法中也得到了全面的体现。没有区别对待，就没有政策，也就没有刑法。刑法对犯罪做了明确规定，有严有宽，宽严相济。譬如说，在共同犯罪这一节中，我们针对主犯、从犯、胁从犯、教唆犯的不同情况，区别对待；又如，对惯犯、累犯、主犯规定从严处理，而对未成年犯、中止犯、胁从犯、自首分子以及有悔改和立功表现的则规定从宽处理。分清轻重，分清犯罪性质、情节，该严的严，该宽的宽，这就是区别对待。惩办与宽大相结合的政策还有一个重要的内容，是坚持少杀，实行改造，给予出路。刑法中明确规定死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子。对未满十八岁的未成年犯和怀孕的妇女不适用死刑。刑法中还规定了行之有效的死缓制度，即判处死刑，缓期二年执行，实行劳动改造，以观后效。并且还规定了死刑的核准程序。这些规定都是为了保证贯彻少杀政策，总则是这样，分则也是这样。在分则条文中挂死刑的仅是少数几条，严加控制，把死刑压到最低限度。开始讨论贪污罪时，没考虑挂死刑，后来看到黑龙江那个贪污50万元的王守信大贪污案，觉得不挂死刑不行。另外，对那些杀人、抢劫、强奸、放火、投毒、爆炸、破坏交通等严重犯罪，不挂死刑不行。但对已满16岁、未满18岁的未成年