

刑法学参考资料

(内部发行)

四川省法学会编

一九八五年三月

刑法学参考资料

(内部发行)

四川省法学会编

一九八五年三月

前 言

中国法学会于1984年10月在成都召开了中国法学会刑法学研究会、诉讼法学研究会成立会议，与会同志都是全国各政法院校、法学研究单位和公、检、法、司等部门选派的代表，在大会上提交了不少学术论文，现选编印为两册。作为内部资料，供研究参考。

四川省法学会

1984年12月10日

目 录

关于统编教材《刑法学》编写修订的几个问题	
.....中国人民大学法律系教授高铭喧	(1)
建立具有中国特色的刑法学科学体系的设想	
.....湖北财经学院副教授曾宪信	(15)
对刑法学研究对象及其体系的探讨	
.....北京大学法律系副教授杨春洗、教员张文	(38)
进一步完善我国刑法学的科学体系	
.....内蒙古大学法律系刑法教研室主任刘树栋	(48)
实施刑事二审程序的几个问题	
.....天津市高级人民法院赵定华、范春明	(62)
浅析綦江县刑事犯罪活动特点及预防问题	
.....西南政法学院讲师辛明	(77)
关于深圳经济特区社会治安所面临的主要问题的调 查报告.....深圳大学法律系	(92)
我国刑法学科学体系中的刑事政策学	
.....北京大学法律系教授甘雨沛	(110)
建立具有中国特色的犯罪构成理论新体系 (讨论稿)	
.....中国政法大学何秉松	(148)

试论刑法中的类推

.....中国社会科学院法研所助研员陈宝树 (181)

对流氓犯罪的比较研究

.....吉林大学讲师高格 (197)

试论流氓团伙犯罪的两个问题

.....西南政法学院副教授邓又天 (216)

试论流氓犯罪团伙的认定和处理

.....湖南省政法管理干部学院李鑫、谌贻绵 (225)

流氓犯罪和猥亵行为

.....上海社科院法研所顾尚荣 (237)

强奸罪的比较研究

.....中国社会科学院法研所副研究员欧阳涛 (265)

略论强奸罪的几个问题

.....中国政法大学曹子丹 (副教授)、罗瑛 (292)

关于强奸罪的两个理论问题

.....孙占隆 (301)

试谈认定强奸罪的几个问题

.....最高人民法院刑一庭副庭长陈嘉宾、研究室审判员单长宗 (307)

论奸淫幼女罪

.....武汉大学法律系主任、教授马克昌 (319)

如何正确认定奸淫幼女罪

.....中国人民公安大学讲师李文燕 (334)

关于统编教材《刑法学》编写 修订的几个问题

高 铭 暄

一、编写修订工作概况

高等学校法学试用教材《刑法学》从1982年5月出版以来，至今已两年半了。这部教材从开始组建编写班子到第一次出书，总共经历了一年零十个月的时间。先是1980年7月，法学教材编辑部召集我们从十个单位推荐出来的十二名撰稿人在北戴河开会，讨论确定了编写体例和编写提纲，民主推选了正副主编，落实了各项分工。1981年3月，在北京召开统稿会议，所有的撰稿人都参加了。会上对各人所写的初稿进行了认真的讨论并提出了修改的意见。会后由撰稿人斟酌意见进行修改。从5月2日到6月底将近两个月的时间，由正副主编统改定稿，交法学教材编辑部审阅。在这个过程中，根据1981年6月10日第五届全国人大常委会第十九次会议通过的几个重要的法律文件，即《关于加强法律解释工作的决议》、《关于死刑案件核准问题的决定》、《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》和《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》，我们对书稿进行了修改补充，教材编辑部并责成我们增写一章“军人违反职责罪”，作为本书的第三十二章。此后，教材编辑部对书稿

又作了一些技术处理，随即于10月交印刷厂发排，到1982年1月出校样，5月正式出书。第一版印刷两次，共印11万2千册。

《刑法学》问世以后，由于这部教材注意了坚持四项基本原则，坚持理论联系立法司法实际，同时贯彻了“三基”（基本理论、基本知识、基本资料）、“三性”（科学性、系统性、相对稳定性），因此受到了法学界特别是政法院系师生和有志于研究刑法者的欢迎。有些读者给我们写信，赞扬了这本书，同时也有人提出了中肯的批评和建议。这些对我们都是莫大的鼓舞和鞭策，我们深表感谢。鉴于本书发稿以后，国家在刑事立法方面又有新的发展：1982年3月8日第五届全国人大常委会第二十二次会议通过了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，1983年9月2日第六届全国人大常委会第二次会议通过了《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》，这是两个极其重要的法律文件，是对《刑法》相应条文的修改和补充，而且还增加了传授犯罪方法罪这样一个新的罪名。与此同时，全国人大常委会《关于修改〈中华人民共和国人民法院组织法〉的决定》，还对死刑案件的核准权作了修改规定。所有这些，都与刑法学的内容有着直接的密切的联系。因此，1983年12月，我们三位正副主编又对本书部分章节作了一次修订。修订版已于今年5月出版，印数16万册。

二、若干学术问题的探讨意见

《刑法学》在集体编写过程中，对许多问题进行过讨论甚至争论。也有的是作者集体针对社会上的某种看法提出我

们的意见。限于篇幅，这里选择几个比较重要的问题作一些概括的介绍。

（一）刑法学的定义如何下？

这个问题在初稿集体讨论中一共摆了六种意见：①刑法学是对刑法规范本质意义的认识体系。②刑法学是研究犯罪与刑罚的科学。③刑法学是研究犯罪与刑罚规范的科学。④刑法学是研究刑法理论和实践的科学。⑤刑法学是研究刑法理论的科学。⑥刑法学是研究刑法规范的原理和审判实践的法律科学。这六种意见都有其合理性，但又都不够理想。经过讨论，进一步作了概括。方法是：先讲刑法学是以刑法为研究对象的科学，接着讲刑法是国家颁布的关于什么行为是犯罪和如何惩罚犯罪的法律，也即明确犯罪与刑罚是刑法调整的对象，然后再回过头来讲刑法学是对犯罪和刑罚的规律、对刑事立法和司法实践进行理论概括的科学。这样就把上面几种意见的合理部分吸收进去了。这就是现在书上给刑法学下的定义。

（二）《刑法学》的体系与《刑法》的体系是什么关系？

有的同志主张，《刑法学》应以《刑法》的体系为体系，《刑法》的体系就是《刑法学》的体系。这个意见不很正确，也不尽合理，我们未加采取。

我们认为，刑法学是以刑法为研究对象的科学。没有刑法，就没有刑法学；脱离刑法，也不成其为刑法学。因此，我们的刑法学必须充分阐述我国《刑法》的精神和各章各节各个条文所规定的具体内容。但刑法学又不是单纯地注释条文，它还要联系中外古今作一些比较研究和历史研究，力求

从理论和实践的结合上讲清道理、说明问题，以便使学员和实际工作者能在理论上有所武装。从而更好地理解法律、运用法律。基于这点想法，所以《刑法学》安排的体系与我国《刑法》的体系既相类似，又不尽相同。《刑法》的体系是法律条文的体系。它是根据条文的内容及其相互关系，按照一定的逻辑次序排列起来的。《刑法学》的体系则是理论的体系，它既参照《刑法》，又不受限于《刑法》，而是按照理论的内在联系，照顾到叙述的方便而排列起来的。

《刑法学》一书由四编组成：第一编为绪论，共五章，除第一章为刑法学概述外，依次各章分别论述刑法的阶级本质和任务，刑法的指导思想和基本原则，刑法的体系和解释，以及刑法的效力范围。第二编为犯罪总论，共十章（第六至第十五章）。依次论述犯罪概念，犯罪现象及其原因，犯罪构成及其要件，排除社会危害性的行为，故意犯罪的阶段以及共同犯罪等有关犯罪的普遍性问题。第三编为刑罚总论，共七章（第十六至第二十二章），论述有关刑罚的普遍性问题，包括：刑罚的概念和目的，刑罚的体系和种类，量刑，数罪并罚，缓刑，减刑、假释、时效、赦免。第四编为罪刑各论，共十章（第二十三至第三十二章），除开头一章概述犯罪的分类和分则条文的结构外，依次各章分别论述《刑法》分则所规定的八类犯罪以及《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》所规定的军人违反职责罪，具体阐明各种罪名的犯罪构成和量刑原则。《刑法学》作这样的体系安排是一个初步的尝试，用意是要把总则和分则的内容结合在一个严整的学科体系之中，使一般读者接触到本书，就能对整个刑法学体系概览无遗。

（三）我国刑法学有哪些基本属性？

初稿提出有五个性都是刑法学概念的内涵，在给刑法学下了定义之后紧接着就论述这五个性：①事实性，指刑法学反映的是犯罪、刑罚等客观存在的事物的现象及其本质，认为刑法学首先必须从研究事实出发。②规范性，指刑法学通过适用和解释刑法规范来维护统治阶级的利益。刑法规范包括犯罪规范、刑罚规范、审判规范、行刑规范等。③实践性，有两层意思：一是刑法规范对一切公民一律平等、无一例外，执法者要必依必行；二是现行刑法不能脱离现实社会的实践，也不能脱离社会历史经验的总结，否则刑法制定出来就会失去妥当性、合理性、有效性。④哲学性，指刑法在哲学上的解释和理解，也即从法哲学的高度系统地认识和理解刑法各个规范的本质属性以及它们之间的相互关系。刑法规范所包括的犯罪、刑罚等总是处于一定的时间、空间，通过反映一定社会现象的概念和推理的形式来构成的。也就是说，刑事立法、刑法的适用、刑法的施行都是在法哲学的理论基础上实现的。刑法理论之争在一定程度上也是哲学之争。⑤阶级性，指刑法是社会分裂为阶级以后的产物，它始终是为统治阶级的利益服务的，同时，一定的阶级都有自己的生活习惯。思想感情和哲学观点、法律观点，从而给刑法学带来明显的阶级烙印。上述五个性在集体讨论中认为好象摆得多了些，有一定重复，而且内容较为抽象，不太通俗。因此提出能否简化一些。后来定稿时概括为只提两个性，即阶级性、科学性，而且不是紧跟刑法学的定义之后讲的，而是把我国刑法学与资产阶级刑法学加以对比，作为我们的鲜明特点来讲的。明确宣布，我们的刑法学是为无产阶级服

务，是以马列主义、毛泽东思想为指针，具有鲜明的阶级性；同时，我们正确地概括同犯罪作斗争的实践，研究的是带有规律性的现象，所以真正符合客观实际，具有科学性。

（四）犯罪的基本特征有几个？

有的同志主张只提社会危害性和刑事违法性两个基本特征就可以了，不必提应受惩罚性，因为后者是前两者派生出来的法律后果；也有的主张社会危害性和依法应受惩罚是犯罪的基本特征；还有的主张不仅社会危害性、刑事违法性、应受惩罚性、而且主观上具有罪过性（故意或过失），也是犯罪的基本特征。经过讨论，维持初稿三个基本特征说，认为只有三个基本特征的紧密结合，才组成完整的犯罪概念。说应受惩罚性是前两个特征派生出来的法律后果，这从执法的角度说是对的；但是，从立法过程来考察，行为的应受惩罚性刑对事违法性也起着制约作用。某种危害社会的行为，只有当立法者认为应当动用刑罚加以处罚的时候，才会在刑事法律上作禁止性的规定，从而赋予该行为以刑事违法性的特征。同时，应受惩罚性这个特征正是表明一事物（犯罪）与他事物（刑罚）之间的紧密关系，这是揭露犯罪这个事物的本质的一个不可缺少的方面。可见，行为的应受惩罚性这个特征并不是可有可无的，而是有其独立存在的意义的。至于罪过即故意或过失，我们认为是犯罪构成的一个必要要件。刑事违法性是要由整个犯罪构成来体现的。提出刑事违法性作为犯罪的基本特征之一，就意味着包含罪过在内，用不着再单独划分出来。

（五）犯罪的因果关系是什么性质的联系？

讨论中主要有两种意见：第一种意见认为犯罪的因果关

系只能是必然的因果关系，否定偶然的因果关系作为犯罪因果关系的可能性。所谓必然的因果关系，就是事物内部具有本质联系的因果关系。它是指人实施的危害社会行为在一定条件下会合乎规律地引起危害社会结果的发生。前者包含着产生后者的内在根据，后者是由前者的本质所决定的。第二种意见则认为犯罪的因果关系不仅包括必然的因果关系，而且包括偶然的因果关系。偶然的因果关系是两个必然的因果关系环节的巧遇和交叉。当某人的行为造成了某种危害社会的结果，在事件的连续发展中，偶然又有其他原因加入其中，以致发生了更严重的危害社会的结果，这时，前行为与后结果之间就存在偶然的因果关系。必然的因果关系在犯罪中是大量存在的，它是犯罪因果关系的主要的、基本的形式；但偶然的因果关系也是客观存在的，它是犯罪因果关系的次要的、补充的形式。如果只承认在刑法中存在必然的因果关系，不承认偶然的因果关系，实际上是把必然性与偶然性绝对地对立起来。把必然性与因果性等同起来，这样在司法实践中就可能放纵利用偶然因果关系进行犯罪的犯罪分子。以上两种意见在讨论中相持不下。为了贯彻“双百”方针，教材尊重撰稿人的意见，按第一种意见来写，但叙述中也照顾到第二种意见的存在，以示客观。

（六）法人能否成为犯罪主体？

在英美等国，法人可以作为犯罪主体，承担刑事责任，接受象罚金之类的刑罚处罚。有的同志也想引进这种观念和作法，主张在我国法人也可作为经济犯罪的主体，对其处以罚金、没收财产这样的刑罚。但是，这种主张并未得到我国立法的承认，我国刑法中有个别条文讲到法人可能作出某种违法

行为，如刑法第127条规定：“违反商标管理法规，工商企业假冒其他企业已经注册的商标的，……”。也有的政策文件，讲到国家机关、团体、企业事业单位和集体经济组织实施行贿、受贿或走私等行为。但是一落实到追究刑事责任，总是写追究主管人员、直接责任人员的刑事责任，而不是追究法人的刑事责任。然而，犯罪主体乃是实施犯罪行为并承担刑事责任的人。法人既然不承担刑事责任，就不能认为是犯罪主体。上述政策、法律上的那些表述和提法，在我们看来，只是说明犯罪行为乃是主管人员或直接责任人员超越法人的章程、条例规定的范围，打着法人的旗号或利用法人的名义干的，实际的犯罪主体是他们，并不是法人。基于这种理解，所以教材始终坚持：法人“可以成为民法、经济法、行政法等法律关系的权利义务主体，但是不能作为承担刑事责任的犯罪主体”。

（七）怎样理解正当防卫的必要限度？

从报刊发表的文章看，在这个问题上主要有两种观点：第一种观点认为，正当防卫的必要限度是正当防卫和不法侵害基本相适应。也就是说，正当防卫是否超过必要限度要看正当防卫的强度与不法侵害的强度及所保卫权益的性质是否基本相适应。所谓“基本相适应”，当然不是指机械地相等，而是说不要过分地悬殊。如果防卫行为给不法侵害者造成的损害与侵害行为的强度、与所保卫权益的性质过分地悬殊，例如为保护苹果园中的苹果而将偷摘少量苹果的人打成重伤，那就是防卫过当。第二种观点认为，正当防卫的必要限度是正当防卫的客观需要。为了制止住不法侵害，正当防卫必须具备足以有效制止侵害行为的应有强度；防卫的强度

大于侵害的强度，只要是为了制止侵害所必需的，就不能认为是超过了正当防卫的必要限度，也就是说，防卫的强度允许大于侵害的强度。只有当防卫的强度超过了应有的或必需的强度，才是防卫过当。这两种观点在我们看来只是分析问题的角度不同，并不是互相对立、彼此排斥的。观察正当防卫行为是否超过必要限度，关键是要看是否为有效制止不法侵害行为所必需，必要限度也就是必需限度；但是，如何认定必需不必需，脱离不了对侵害行为的强度、所保卫权益的性质以及防卫行为的强度作综合的分析研究。因此，教材发表如下见解：“对正当防卫行为不宜要求过严。只要防卫的强度是为制止不法侵害所必需，同侵害的强度相差不大，不是明显地超过侵害行为的强度和受侵害的权益性质，就不能认为是超过正当防卫的必要限度。”

（八）什么是自首？

对自首的范围是限制得严一些好，还是放得宽一些好？有人主张对自首应当限制得严一些，以免放纵犯罪分子，使其得不到应有的惩罚。因此，在自动投案的时间上和交代罪行的彻底程度上都提出较严格的限制条件。在时间上，只有在犯罪事实或犯罪人未被司法机关发觉而自动投案的，才认为是自首；如果犯罪已被发觉，只是尚未缉拿归案，这时投案的，只能算坦白，不能叫自首。在交代的程度上，只有彻底交代全部犯罪事实，没有隐瞒任何情节，才能成立自首；如果只交代基本的、主要的犯罪事实，还有些情节没有交代，也不能叫自首。我们认为，这样理解自首是过于狭窄了，未必有利于感召和分化瓦解犯罪分子，有利于同犯罪作斗争。因此在教材中采取把范围放宽一点的解释，提出：“如果犯罪事实和

犯罪人都已被发觉，在公安、司法机关讯问或采取强制措施以前，或者正在被追捕、通缉时，自动归案的，也应当以自动投案对待。”同时，“犯罪人只要如实交代了犯罪的主要事实，就认为是自首，而不要求其交代全部的犯罪细节。”不过也需要指出，教材中有一个论点，即“共同犯罪的犯罪人，自动交代自己的罪行，该犯罪人本身为自首”的论点，今后应当有所修正。因为根据法检公三机关今年4月16日印发的一个法律解答文件，共同犯罪案件中的犯罪分子，除了交代自己参与犯罪的事实外，“还应当交代出所知的同案犯，主犯则必须揭发同案犯的罪行”，方可认为是自首。

（九）判决宣告前一人犯同种数罪，是否实行并罚？

在这个问题上，刑法学界有较大的分歧，归纳起来主要有三种意见：一是认为同种数罪不实行并罚，理由是我国刑法分则条文规定的法定刑幅度较大，一人犯相同罪名的数罪，乃是某种犯罪的再犯或屡犯，可以在法定刑幅度内从重处罚，不需要搞数罪并罚。二是认为同种数罪要实行并罚，理由是同种数罪也是数罪，刑法第64条所说的数罪，并不排斥同种数罪。如果不允许同种数罪实行并罚，在某种犯罪只有一个法定刑的情况下，就有可能导致违反罪刑相适应的原则。三是认为同种数罪是否实行并罚，应不同情况不同对待，不能一概而论。具体说，分则条文如果对某种犯罪根据“情节严重”、“情节特别严重”、“情节特别恶劣”等另外规定了较重的法定刑的，就不实行并罚；如果只有一个法定刑，就可实行并罚。这样解决问题，既不轻纵罪犯，又能罚当其罪。第三种意见是取前两种意见之所长而避其所短的一种主张。所以，教材在介绍上述三种意见的同时，表态倾向于第三种意见。

(十) 如何区分故意杀人罪与故意伤害罪?

这是近几年在刑法理论界和司法实践中讨论较多的问题之一。教材也不能不用一定的篇幅反映这个问题。有这样一种提法，认为故意杀人罪和故意伤害罪区分的关键在于犯罪人的动机和目的。教材指出这种提法是有缺陷的、不妥当的，因为它把不具有犯罪目的、动机的间接故意杀人和间接故意伤害排除在外，这样容易放纵一些犯罪。还有一种观点，认为故意杀人罪和故意伤害罪区分的标准在于客观的行为，例如用致命的工具打击被害人致命的部位，即可以认定为故意杀人罪。这种观点把本来是复杂的问题简单化，而且用客观来代替主观，很容易强加于人，造成错案，所以为教材所不取。教材认为，故意杀人罪和故意伤害罪区分的关键在于犯罪故意的内容不同。前者具有非法剥夺他人生命的故意，即使死亡结果没有发生，仍构成故意杀人罪（未遂）；后者只具有非法损害他人健康的故意，即使发生死亡结果，也只构成故意伤害（致死）罪。为了揭示犯罪人犯罪故意的内容，以确定案件的性质，司法工作人员必须深入调查研究，对案件的全面情况，诸如犯罪行为的手段、方法，作案的时间、地点、犯罪的工具，伤害的部位，犯罪的起因，犯罪人与被害人的关系，犯罪人的一贯表现等，联系起来进行分析，综合地作出判断。

(十一) 抢劫中故意杀人是构成一罪还是二罪?

有人认为刑法第150条第2款中的“致人死亡”不包含故意杀人，如果在抢劫财物过程中故意杀人的，就应按抢劫罪和故意杀人罪合并处罚。教材不同意这种观点，理由是：第一，刑法第150条第2款中的“致人重伤、死亡”，也和刑法

第106条规定的放火、决水、爆炸“致人重伤、死亡”一样，并不把故意地造成死亡的情况排除在外。第二，抢劫罪使用的暴力，有多种表现形式。杀害是最严重的暴力。以杀人为手段，以劫取财物为目的，二者构成一个整体行为，不能人为地把它拆开定两个罪名，实行并罚。况且，补充说一句，并罚也会遇到困难：是按第132条与第150条第1款并罚，还是按第132条与第150条第2款并罚？如是前者，说明是以杀人罪为主、抢劫罪为次，这与以杀人为手段达到劫取财物的目的的实际情况不符，如是后者，那么“杀人”既作为第132条的构成要件，同时又作为第150条第2款的构成要件，“一事两头沾”，不合逻辑。第三，刑法第150条第2款的法定刑与刑法第132条故意杀人罪的法定刑比较起来，不仅最高刑（死刑）相同，而且最低刑更高，同时还可以并处没收财产，显然这是立法者考虑到抢劫中杀人比普通杀人性质更加严重，才作出这样规定的。所以，抢劫中杀人按刑法第150条第2款定罪量刑，完全符合犯罪构成的原理和罪刑相适应的原则，并无不妥之处。那种认为抢劫罪定然比故意杀人罪定性轻、处罚宽的习惯看法，是没有立法根据的，是经不起分析的。

三、对如何处理教材和讲授关系的一点看法

《刑法学》教材有四十七万余字，篇幅不小，内容较为详细。这就产生一个问题：有了这个本子以后如何教书？有没有给教书的人留下余地？有哪些余地？这是一部分刑法教师所十分关心的。

教学经验多的同志都有体会，讲课和教材的关系要处理好。照本宣科，学生不欢迎；但完全脱离教材另搞一套，学