

新世纪法学教材

General Theory of
Criminal Law

刑法学总论

姚建龙 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

新世纪法学教材

General Theory of
Criminal Law

刑法学总论

姚建龙 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法学总论/姚建龙主编. —北京:北京大学出版社, 2016. 5

(新世纪法学教材)

ISBN 978-7-301-26967-1

I. ①刑… II. ①姚… III. ①刑法—法的理论—中国—高等学校—教材

IV. ①D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 053768 号

- 书 名 刑法学总论
XINGFAXUE ZONGLUN
- 著作责任者 姚建龙 主编
- 责任编辑 刘秀芹
- 标准书号 ISBN 978-7-301-26967-1
- 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>
- 电子信箱 sdyy_2005@126.com
- 新浪微博 @北京大学出版社
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998
- 印 刷 者 北京大学印刷厂
- 经 销 者 新华书店
- 787 毫米×1092 毫米 16 开本 24.75 印张 513 千字
- 2016 年 5 月第 1 版 2016 年 5 月第 1 次印刷
- 定 价 48.00 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 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

主 编 简 介

姚建龙,上海政法学院刑事司法学院院长、刑法教研室教授、博士生导师,复旦大学、南京大学、中国政法大学、华东政法大学、北京师范大学、鲁东大学等十余所高校兼职教授、博导、硕导、特邀研究员等。曾为重庆市劳教戒毒所民警、上海市长宁区人民检察院副检察长(分管公诉、未检、研究室)、华东政法大学教授、《青少年犯罪问题》杂志主编、北京师范大学刑事法律科学研究院博士后等。

受聘为北京市高级人民法院专家咨询委员会专家、北京市海淀区人民检察院咨询专家、上海市长宁区人民检察院咨询专家、上海市嘉定区人民检察院咨询专家、福建省诏安县人民法院及诏安县公安局咨询专家等。

主要研究方向是刑法学、犯罪学、禁毒学、矫正学、未成年人法学。在刑法学领域的代表性著作有:《少年刑法与刑法变革》(独著)、《刑法思潮与理论进展》(主编)、《中华刑法论》(校勘)、《中国刑罚改革研究》(合著)等。其中,《少年刑法与刑法变革》一书获首届“全国刑法学优秀学术著作奖(1984—2014)”一等奖。《论刑法的民法化》等五篇论文被人大复印资料《刑事法学》全文转载,两篇论文被《中国社会科学文摘》转载。

主要荣誉有:上海市十大杰出青年(第十八届)、上海市优秀中青年法学家(第五届)、上海市杰出青年岗位能手(第十二届)、上海市禁毒先进工作者、上海市曙光学者、上海市教学成果一等奖等。

副主编简介

江维龙，上海政法学院副教授。1986年毕业于华东师范大学物理系，获物理学学士学位；1989年毕业于华东政法学院，获法学硕士学位；毕业后曾在上海政法管理干部学院、上海法律专科学校、上海大学法学院工作，现任上海政法学院刑法教研室主任，中国犯罪学研究会预防专业委员会常务理事。独著、合著《经济犯罪研究》《经济刑法学》《中国刑法学纲要》《刑法案例教程》《中国刑法基本原理》《中国刑法罪刑适用》等著作；在《法学》等刊物上发表论文数十篇。

卫磊，上海政法学院副教授、华东政法大学刑法学博士后、法学博士。2015年以高级研究学者身份公派日本国立一桥大学法学研究科访学。2012年—2013年挂职上海市金山区人民检察院副检察长。主持国家社会科学基金项目、教育部人文社会科学青年基金项目、上海哲学社会科学规划项目、上海市“晨光计划”项目、上海市教委科研创新项目等多项课题，参与国家哲学社会科学基金项目、司法部国家法治与法学理论研究项目、中国法学会项目、中国犯罪学学会项目、上海市教委重点科研项目等。在核心期刊发表论文十余篇，独著、合著学术著作七部。获得“上海市司法行政系统先进个人”等荣誉称号。连续两年被评为校“教学示范岗”。

编写分工(按编写章节顺序):

姚建龙,第一章

朱沅沅(上海政法学院刑事司法学院刑法教研室副教授),第二章、第三章、第九章

卫磊,第四章、第五章、第六章、第七章、第八章

江维龙,第十章、第十一章、第十四章、第十五章、第十六章、第十七章

王娜(上海政法学院刑事司法学院刑法教研室副教授),第十二章、第十三章

陈丽天(上海政法学院刑事司法学院刑法教研室副教授),第十八章、第十九章

目 录 | Contents

第一篇 刑法论

第一章 刑法概述 / 003

- 003 | 第一节 刑法的沿革
- 007 | 第二节 刑法的概念、分类与性质
- 010 | 第三节 刑法的根据、任务与机能
- 013 | 第四节 刑法的体系与用语
- 016 | 第五节 刑法的解释与研究

第二章 刑法的基本原则 / 022

- 022 | 第一节 刑法基本原则的概念和意义
- 024 | 第二节 罪刑法定原则
- 033 | 第三节 平等适用刑法原则
- 037 | 第四节 罪责刑相适应原则

第三章 刑法的效力范围 / 044

- 045 | 第一节 刑法的空间效力
- 054 | 第二节 刑法的时间效力

第二篇 犯罪论

第四章 犯罪概念与犯罪构成 / 069

069 | 第一节 犯罪概念

081 | 第二节 犯罪构成

第五章 犯罪客体要件 / 091

091 | 第一节 犯罪客体的范畴与特征

095 | 第二节 犯罪客体的分类

098 | 第三节 犯罪客体与犯罪对象的关系

第六章 犯罪客观要件 / 100

100 | 第一节 犯罪客观要件概述

103 | 第二节 危害行为

111 | 第三节 危害结果

117 | 第四节 刑法上的因果关系

127 | 第五节 犯罪的其他客观条件

第七章 犯罪主体 / 129

130 | 第一节 犯罪主体概述

132 | 第二节 刑事责任能力

136 | 第三节 自然人犯罪主体

151 | 第四节 单位犯罪主体

第八章 犯罪主观要件 / 156

156 | 第一节 犯罪主观要件概述

160 | 第二节 犯罪故意

168	第三节	犯罪过失
172	第四节	无罪过事件
177	第五节	犯罪的目的和动机
178	第六节	刑法上的认识错误
第九章 正当行为 / 184		
184	第一节	正当行为概述
188	第二节	正当防卫
200	第三节	紧急避险
第十章 故意犯罪过程中的犯罪形态 / 206		
206	第一节	故意犯罪过程形态概述
208	第二节	犯罪预备
211	第三节	犯罪未遂
216	第四节	犯罪中止
225	第五节	犯罪既遂
第十一章 共同犯罪 / 228		
228	第一节	共同犯罪概述
236	第二节	共同犯罪的形式
239	第三节	共同犯罪人及其刑事责任
第十二章 罪数形态 / 250		
250	第一节	罪数判断的标准
253	第二节	罪数的判断方法
256	第三节	一罪的类型



第三篇 责任论

第十三章 刑事责任 / 275

- 275 | 第一节 刑事责任概述
- 278 | 第二节 刑事责任的根据
- 280 | 第三节 刑事责任的功能
- 283 | 第四节 刑事责任的实现与终结

第十四章 刑罚概说 / 287

- 287 | 第一节 刑罚的概念
- 290 | 第二节 刑罚权
- 295 | 第三节 刑罚的功能
- 297 | 第四节 刑罚的目的

第十五章 刑罚的体系与种类 / 300

- 300 | 第一节 刑罚的体系
- 302 | 第二节 主刑
- 309 | 第三节 附加刑
- 316 | 第四节 非刑罚处理方法
- 317 | 第五节 完善我国现行刑罚体系的基本思路

第十六章 刑罚裁量 / 321

- 321 | 第一节 刑罚裁量概述
- 323 | 第二节 量刑的原则
- 324 | 第三节 量刑情节

第十七章 刑罚裁量制度 / 331

- 332 | 第一节 累犯

336	第二节	自首、坦白与立功
344	第三节	数罪并罚
350	第四节	缓刑制度

第十八章 刑罚执行制度 / 355

356	第一节	刑罚执行制度概述
357	第二节	减刑
363	第三节	假释
368	第四节	社区矫正

第十九章 刑罚消灭 / 373

373	第一节	刑罚消灭概述
374	第二节	时效
380	第三节	赦免

主要参考书目 / 383

后记 / 385

第一篇

刑法论

第一章 刑法概述

学习要求

了解：刑法的概念、性质、任务

理解：刑法的机能

熟悉并能够运用：解释刑法的各种方法

主要涉及的法条：

第一条 【立法目的】为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法。

第二条 【任务】中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。

第一节 刑法的沿革

我国现行刑法是1997年制定的《中华人民共和国刑法》，但近代意义上的刑法始于1911年的《大清新刑律》。从《大清新刑律》至今，我国先后出现了六部刑法典。

一、近代刑法典

（一）《大清新刑律》

源远流长的中华法系以厚重的刑法文化为重要特征，而其近代化转型也始于近代刑法典的创制。深谙中国传统法治及法文化的沈家本认为：“各法之中，尤以刑法为切要。”遂于光绪二十九年奏请将大清律例先行修订，以为将来新律之过渡，至光绪三十四年完成，是为大清刑律。^①又“聘日本冈田氏，参酌各国刑法^②，折衷历朝旧制，而成新刑律”，即《大清新刑律》，并于宣统二年十二月二十五日颁布，议定宣统五年实行，

^① 参见谢振民编著：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社2000年版，第882页。

^② 清朝末年翻译了德国、日本、俄罗斯、印度、法国、意大利、荷兰、比利时、美国、瑞士、芬兰等十余个国家的刑法典。参见田涛：《第二法门》，法律出版社2004年版，第155—157页。

“于是我国刑制，始告革新。”^①《大清新刑律》分为总则和分则两篇。总则十七章，分则三十六章，它继受日本刑法^②，引入了近代刑法典的体例、罪刑法定等基本原则，奠定了中国近代刑法典的基本模型及未来走势。

（二）《暂行新刑律》

民国元年（1912年）三月十日，临时政府明令宣示《大清新刑律》除与民国国体抵触的外，其余的均暂行援用。四月三十日，又公布删修新刑律与国体抵触各章、条及文字，并撤销暂行章程五条，改名称为《暂行新刑律》。同时，司法部通告各省施行。《暂行新刑律》基本上沿用《大清新刑律》，所增删者少。

（三）1928年刑法

民国三年，法律编查会将《暂行新刑律》加以修改，并于民国四年二月完成修正刑法草案。民国七年，修订法律馆又将修正刑法草案加以修订，是为刑法第二次修正案。民国十六年四月，司法部依据第二次刑法修正案，略加增删，编成新的刑法典，提请中央常务会议通过，并于民国十七年四月十日公布，七月一日施行，这就是一九二八年《中华民国刑法》。这部刑法典延续总则、分则体例，“认刑罚个别主义，而犹不脱事实主义之旧思想”^③。

（四）1935年刑法

由于1928年刑法典存在与其他法律之间的矛盾颇多等弊端，民国二十年十二月，又由刘克俊、郝朝俊等人组织刑法委员会，以宝道和赖班亚为顾问，对其进行修订。民国二十三年十一月，立法院制定新的中华民国刑法，由国民政府于二十四年一月一日公布，同年七月一日施行，此即1935年《中华民国刑法》。^④这部刑法典最引人注目之处是引入了保安处分制度，由“客观事实主义，倾向于主观人格主义”^⑤。这与数十年后新中国1979年刑法倾向主观主义，1997年刑法则转而倾向客观主义^⑥的转变正好相反。^⑦

二、新中国刑法典

（一）1979年刑法

新中国成立后不久，就开始了刑法典的起草工作。1950年中央人民政府法制委

① 王觐：《中华刑法论·上卷》，北平朝阳书院1933年增订7版，序。

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

③ 王觐：《中华刑法论·上卷》，北平朝阳书院1933年增订7版，第33页。

④ 关于民国时期刑法典的沿革，参见谢振民编著：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社2000年版，第881页。

⑤ 谢振民编著：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社2000年版，第920页。

⑥ 参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第60—78页。

⑦ 以上内容参见姚建龙：《1997年近代刑法典的沿革与〈中华刑法论〉》，载王觐：《中华刑法论》，姚建龙校勘，中国方正出版社2005年版，校勘前言。

员会先后起草了《中华人民共和国刑法大纲草案》(共 157 条)、《中华人民共和国刑法指导原则草案》(共 76 条)。1954 年 10 月,又正式启动了《中华人民共和国刑法草案》的起草工作,1956 年 11 月已经写出了第 13 稿,1957 年 6 月写出了第 22 稿。这一稿的刑法草案经过全国人大常委会讨论审议后,在 1957 年 7 月第一届全国人大第四次会议上发给全体代表征求意见,并拟再修改后提请全国人大审议通过。遗憾的是,由于“反右”斗争的影响等原因,刑法起草工作停顿了下来。

刑法典的起草工作在 1962 年再次启动,并在 1963 年 10 月写出了第 33 稿——《中华人民共和国刑法草案(修正稿)》,共 206 条。这一草案修正稿经过中共中央政治局常委审查,并考虑准备按全国人大第四次会议决定公布试行。遗憾的是,这次刑法典的出台再次因“四清运动”和十年“文革”等原因搁置十余年。

“文革”结束后,我国重新开始重视民主与法治建设,刑法的制定成为重点之一。1978 年 10 月,国家再次组成刑法草案修订班子,对 1962 年第 33 稿刑法草案进行修订。1979 年 2 月,全国人大常委会成立了法制委员会,并由法制委员会抓紧刑事立法工作。1979 年 3 月,法制委员会对刑法草案作了较大的修改。同年 5 月 29 日,刑法草案获得中央政治局原则通过。随后,法制委员会进行了全体讨论,并于 6 月 7 日提交第五届全国人大常委会第八次会议审议,在审议中又根据代表的意见进行了修改和补充。1979 年 7 月 1 日,第五届全国人民代表大会第二次会议正式通过了《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》),并于 7 月 6 日以全国人大常委会委员长第 5 号令公布,决定自 1980 年 1 月 1 日起施行,新中国第一部刑法典由此正式诞生。

1979 年刑法共 192 条,所规定的罪名仅有 130 余个。这部刑法是在计划经济的背景下制定的,带有强烈的计划体制痕迹。在制定过程中较多地参考借鉴了苏联的刑法,同时遵循了“宜粗不宜细”的立法思路。这部刑法典无论在体系结构、规范内容还是立法技术上,都存在一些问题,对有些犯罪行为在制定刑法时研究不够。例如,规定了玩忽职守罪、流氓罪、投机倒把罪等“口袋罪”,执行起来随意性较大。再如,对有些犯罪行为如走私犯罪、毒品犯罪量刑偏轻,不利于有效地打击此类犯罪。随着改革开放的不断深入,我国政治、经济、文化等各方面发生了巨大的变化,大量的新情况、新问题不断出现,对刑法的修改也提出了迫切要求。

从 1981 到 1995 年,刑法的修改、补充主要采取单行刑法和附属刑法的方式进行。自 1981 年以来,全国人大常委会先后通过了 24 个刑法修改补充规定和决定。同时,全国人大及其常委会在一些民事、经济、行政法律中规定了“依照”“比照”刑法的有关规定追究刑事责任的附属性的刑法规范 130 余条。这一时期对刑法的修改具有迷信重刑的特点,刑法的干预范围不断扩大,刑罚的严厉性也不断被加大。

(二) 1997 年刑法

1979 年刑法颁布后,刑法的滞后性弊端很快暴露出来,而单行刑法、附属刑法的大量存在又使刑法的体系过于凌乱,于是从 1982 年开始刑法的修订就被提上了议事日程。1988 年 7 月,《七届全国人大常委会工作要点》中明确提出将刑法修改纳入立

法规划。但是,此次刑法的修改同样经历了较长的时间,直至1996年12月,全国人大常委会才将多方征求意见修改完善后的《刑法》(修订草案)提交第八届全国人大常委会第二十三次会议第一次审议。1997年3月14日,第八届全国人大第五次会议正式通过了修订后的《刑法》,并决定自1997年10月1日起施行。

1997年修订后通过的新刑法共452条,在总则中明确规定了罪刑法定原则、平等适用刑法原则和罪刑相适应原则三个刑法的基本原则,修改完善了关于正当防卫、单位犯罪、减刑、假释、自首、立功等有关规定。在刑法分则中,对体系结构进行了适当的调整,如将反革命罪改为危害国家安全罪,将破坏社会主义经济秩序罪改为破坏社会主义市场经济秩序罪;将原来财产犯罪中的贪污罪和渎职罪中的受贿罪等单列出来,专门设立贪污贿赂罪一章;将原来的妨害婚姻家庭罪并入侵犯公民人身权利和民主权利罪之中。另外,分则对许多犯罪的规定进一步具体化,例如分解了渎职罪、投机倒把罪和流氓罪。同时,刑法分则增加了危害国防利益罪和军人违反职责罪两章犯罪,针对在社会主义市场经济下出现的新情况、新问题,增加了一系列新的罪名。

修订后的《刑法》被评价为一部统一的、完整的、新中国成立以来最完备的刑法典,标志着我国刑事法律的发展进入了一个新的历史阶段。^①

(三) 现行刑法的修订

在1997年对刑法进行“大修”后,刑法的修订与完善仍然是刑事立法需要面对的问题。延续以单行刑法为主修改刑法的惯性,仅在新刑法实施一年两个月后,全国人大常委会即颁布了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》,但是这种刑法修改方式很快受到了质疑,因此此后刑法的修改开始形成了以修正案方式进行的惯例。从新刑法正式实施至今,全国人大常委会总共颁布了一个单行刑法、九个修正案,对刑法进行了补充和修正。

一个单行刑法是1998年12月29日通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》,九个刑法修正案分别是1999年12月25日通过的首个《刑法修正案》、2001年8月31日通过的《刑法修正案(二)》、2001年12月29日通过的《刑法修正案(三)》、2002年12月28日通过的《刑法修正案(四)》、2005年2月28日通过的《刑法修正案(五)》、2006年6月29日通过的《刑法修正案(六)》、2009年2月28日通过的《刑法修正案(七)》、2011年2月25日通过的《刑法修正案(八)》、2015年8月29日通过的《刑法修正案(九)》。

由于刑法修正案通过后不会重新公布刑法文本,这使得对于司法机关如何在裁判文书中援引刑法修正案条文存在一定的争议。为了解决这一问题,最高人民法院作出了《关于在裁判文书中如何引用刑法修正案的批复》(法释[2007]7号),这一批复明确规定:人民法院在裁判文书中适用刑法修正案的规定时,应当直接引用修正后的刑法条文,表述为“《中华人民共和国刑法》第×××条的规定”,或者“《中华人民共和国刑法

^① 参见刘宪权主编:《刑法学》,上海人民出版社2012年版,第14—16页。