

中国刑事法学研究丛书

总主编 康树华 副总主编 王顺安

刑事法总论

陈兴良 主编

群众出版社

夏 014062.1
9

中国刑事法学研究丛书

刑法总论

陈兴良 主编

群众出版社

二〇〇〇·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法总论/陈兴良主编. —北京: 群众出版社, 2000

(刑事法研究丛书)

ISBN 7-5014-2145-5

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 75873 号

中国刑事法学研究丛书

刑事法总论

陈兴良 主编

群众出版社出版、发行 新华书店经销

京安印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 16.5 印张 395 千字

2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-5014-2145-5/D · 1009 定价: 28.00 元

印数: 0001—5000 册

刑法总论

主 编 陈兴良

撰稿人 (以写作章节为序)

张小虎	祝二军	丁泽芸
陈兴良	刘树德	田宏杰
周光权		

《中国刑事法法学研究丛书》编委会

主任 康树华 (北京大学教授、中国犯罪学研究会会长)

编委 (按姓氏笔划为序)

王 牧 (中国政法大学教授、博士生导师、中国犯罪学研究会副会长)

王作富 (中国人民大学法学院教授、博士生导师、中国犯罪学研究会副会长)

王 岱 (中国犯罪学研究会副会长)

王明迪 (中国犯罪学研究会副会长)

王顺安 (中国政法大学副教授、中国犯罪学研究会副秘书长)

冯树梁 (司法部司法研究所研究员、中国犯罪学研究会副会长)

白建军 (北京大学法律系副教授、中国犯罪学研究会副秘书长)

田文昌 (副教授、北京京都律师事务所主任)

皮艺军 (中国政法大学副教授、中国犯罪学研究会副秘书长)

刘广三 (烟台大学法学院副院长、教授)

刘生荣 (最高人民检察院检察理论研究所学术部主任、博士、副研究员、中国犯罪学研究会副秘书长)

刘灿璞 (上海大学法学院教授、中国犯罪学研究会副会长)

刘家琛 (最高人民法院副院长、中国犯罪学研究会副会长)

江小川 (中央政法管理干部学院副院长、教授)

孙 铤 (中国人民公安大学教授、中国犯罪学研究会副会长)

何秉松 (中国政法大学教授、博士生导师)

周 密 (北京大学教授、中国犯罪学研究会副会长)

陈兴良 (北京大学教授、博士生导师、中国犯罪学研究会副会长)

汪建成 (北京大学教授)

郑 禄 (中央政法管理干部学院院长、教授)

武 汉 (华东政法学院教授)

张晓秦 (北京大学出版社副社长、副编审、中国犯罪学研究会副秘书长)

胡康生 (全国人大常委会法制工作委员会副主任、中国犯罪学研究会副会长)

赵 可 (公安部四所副所长、研究员、中国犯罪学研究会副会长)

赵国玲 (北京大学教授、中国犯罪学研究会副会长)

郭 翔 (中国政法大学教授、中国犯罪学研究会副会长)

郝宏奎 (中国人民公安大学副教授、中国犯罪学研究会副秘书长)

黄京平 (中国人民大学法学院副教授、中国犯罪学研究会副秘书长)

总 序

在人类跨入二十一世纪的时候，我们回眸二十世纪的历程，在惊叹科学技术高速发展，人们生活日新月异的同时，亦为环境污染、毒品泛滥、青少年犯罪猖獗的一面扼腕。而此“三大国际灾害”或与犯罪有联系或直接就是犯罪或本身构成犯罪的的主力。我国改革开放二十多年来，取得了举世瞩目的伟大成就，可社会治安与犯罪问题，却叫人忧心忡忡。尽管我国政府竭尽全力打击犯罪，并采取了综合治理的措施，但结果还是不尽理想。这就有必要深入研究犯罪产生的根源，检讨治理犯罪的手段。

深入研究犯罪产生的根源，目的在于寻找作为社会病之一的犯罪发生的病根、病因，从而对症下药，有的放矢地治理犯罪。近二十年来，我国犯罪学界的同仁们殚精竭虑，对犯罪根源、原因展开了空前规模的研究，初步取得了共识。犯罪原因不是单一的，而是多元的；不是静态的，而是动态的；不是诸多致罪因素的简单结合，而是各种致罪因素相互作用、有机结合的多质多元多层次多变量的罪因系统。这就告诫我们，犯罪的存在是客观的、复杂的，也是长期的。

检讨治理犯罪的手段，目的在于寻找出控制与减少犯罪的最有效的方法。针对犯罪根源及原因的客观性、综合性，治理犯罪必须采取综合治理的方针。而综合治理的关键是预防和打击。过去，在司法实践中只重视了打击，忽视了预防，是不对的。为此理论与实践部门的同志对预防犯罪问题进行了深入研究，取得了一系列的科研成果，如前司法部部长、现最高法院院长肖扬主持

的国家哲学社会科学九五重点科研项目——《中国预防犯罪通鉴》。现在，在犯罪研究中，重视了预防，忽视了打击，也是不对的。因为打击与预防两手，均需要理论的指导，从某方面而言，打击更需要理论的指导。

基于上述的认识，结合我国犯罪学研究的进程，我们在系统研究出版了一系列有关犯罪学基础理论、犯罪原因和预防犯罪的理论著作之后，决定对治理犯罪中打击环节的理论问题进行研究。从犯罪学角度而言，“打击”犯罪的理论，即刑事司法机构——公安、检察、法院和监狱——运用刑事法律揭露证实犯罪、准确适用刑罚、惩罚改造罪犯的科学体系。由于此类学科理论研究的犯罪，严格局限在刑法典确立的法定犯罪之内，又由于此类学科理论研究的核心是如何科学地运用刑罚，以便充分发挥刑罚惩罚与改造罪犯的一般与特殊预防功效。此外，由于此类学科理论的研究既重点研究现行刑事法律（刑法、刑事诉讼法和监狱法），同时又不仅囿于此，更要研究如何制定、运用与操作刑事法律的刑事政策、刑事立法与刑事司法。

关于《中国刑事法学研究丛书》的酝酿起于1996年，1997年，经学会会长、副会长、秘书长和副秘书长联席会议通过，将其列入中国犯罪学研究会“九五”重点科研项目。

《中国刑事法学研究丛书》，由11本书组成，分别是：《刑法总论》、《刑事犯罪学》、《刑事政策学》、《刑事实体法学》、《刑事程序法学》、《刑事侦查学》、《刑事证据学》、《刑事检察学》、《刑事审判学》、《刑事辩护学》、《刑事执行法学》。本套丛书是从学术上整合研究刑事法律与实务的著作，要求一定要有学术的深度，同时还应有自己的特色。只有“深”与“特”，才可能有创造性。深，以各书所研究领域目前所达到的水平而定；特，则应从本套丛书的整体设计与各分册著作的内容特点而定。无论是哪部著作，其体系均要求不是现有著作与教科书的翻版，同时，应

在形式与内容上有所创新与突破。创新与突破,是本套丛书的特色,亦是本套丛书的生命。

编辑与出版《中国刑事法学研究丛书》,其意义是十分重大与深远的。

——从学术意义上看,《中国刑事法学研究丛书》的写作与出版具有开拓性、整合性与建设性。所谓开拓,是指新中国迄今为止还没有一套专门论述刑事法学的系列丛书。我们开展这项研究工作无疑具有敢为天下先的勇气和填补学术空白的气概。当然,本套丛书中有些内容是已经开展过研究了,并已出版了专著。如《刑事政策学》、《刑事侦查学》、《刑事证据学》、《刑事检察学》、《刑事执行法学》等,但随着社会的发展,迫切需要更新。特别是将其组合在一起,前后呼应,深化研究,仍然具有创新意义。所谓整合,是指学科内容的整合与学科队伍的整合。刑事法学是一门研究刑事犯罪活动与防治规律的综合科学,其涵盖面涉及到一些与刑事犯罪作斗争的领域。从刑事法律而言,涉及刑法、刑事诉讼法、监狱法的全部内容;就刑事司法活动而言,涉及到侦查、检察、审判与执行的各个方面。如果对这些环节的研究不从整体上把握和系统上考虑,即便是对某一领域的问题研究透了也会存在协调上的问题与漏洞,因此需要运用多种学科知识、多种手段,多视角进行研究,并通过科际整合的方式,才能达到较为理想的结果。我们这次组织参加主编的同志,涉及到犯罪学、刑法学、刑事政策学、刑事诉讼法、监狱法学的专家学者,也涉及到公安、检察、法院、司法行政等部门的领导与专家,可谓刑事法学人才空前的大整合。所谓建设,是指对刑事法学理论体系的建构与刑事法学内容的建树。这套丛书共为11本,其内容是根据刑事法学应有的内容与规律设计的,比较全面,也比较科学。从我们所了解的中外刑事法学研究现状来看,如此大规模的系列丛书,还是没有的。在内容上,我们力图有新意,从理论与实践上全面地

对现有刑事法律与制度进行审视、检讨与学术修正。

——从实践意义上看,《中国刑事法学研究丛书》,具有吸纳性、操作性与导向性。所谓吸纳是指刑事法学研究能够将刑事司法实践中已经取得的成功经验总结出来,并将已不适应现实生活的陈旧理论及观点予以扬弃。所谓操作,是指中国刑事法学研究不仅是理论上的研究与思辨,而且更强调学术研究的运用价值与可操作性。如刑事侦查学、刑事检察学、刑事审判学和刑事辩护学,主要是对刑事司法活动的可操作性研究,其主编也是此领域的负责人与专家。所谓导向,是指中国刑事法学研究对实践的指导及方向性指引的作用与价值。从1983年“严打”以来的中国刑事司法活动一再表明,面对现实中严峻的社会治安形势,离开了“严打”这一手段是不行的,但单纯在口头上讲综合治理,实践中还是强调“严打”的做法也是不行的。然而如何解决“打防并举,标本兼治,预防为主”的问题,主要还是理论上未能说清楚以及理论与实践相结合的问题。根本的一点是理论未搞透,同时正确的理论未能很好地得以运用。此外,我国整个刑事司法制度是否完善,是否就能承担现在乃至下个世纪初期的治理犯罪的艰巨任务,也是值得思考的重大问题,对这些问题的回答,涉及到未来刑事司法制度的走向与发展的重大课题,需要加强研究。《中国刑事法学研究丛书》,力争对此作出回答,并希望能给予刑事司法工作的改革与完善作出理论性探索。

——从立法意义上看,《中国刑事法学研究丛书》具有检讨性、完善性与前瞻性。所谓检讨,是指刑事法学研究可以对近几年颁布施行的刑事基本法(刑法、刑事诉讼法和监狱法)在适用过程中存在的问题予以检验与研讨,从而提出具有针对性与科学性的处理方法。所谓完善,是指刑事法学研究通过对刑事法律及其适用过程存在的问题的研究从而达到不断修正与完善的目的,尤其是对这些法律适用和实施细则的制定,都将会发挥重要作

用。如《监狱法实施细则》的制定就迫切需要有关监狱法理论问题研究结果的指导。所谓前瞻,是指刑事法学研究对未来刑事立法活动的预测及其展望。如我国现已公布了《未成年人保护法》、《预防未成年人犯罪法》。在二十一世纪,我们应该着手研究与制定《未成年人刑法》、《未成年人刑事诉讼法》和《未成年人监管改造法》等。此外,在立法上的最大意义,还在于促进《中华人民共和国社会治安(或违法犯罪)综合治理基本法》的出台。

组织编撰与编辑出版大规模的《中国刑事法学研究丛书》是一项十分繁重的工程。我们要感谢各位分科主编及其参与撰稿的所有专家学者,这些分科主编及撰稿者,大部分是在该领域学术造诣很深,本职工作与科研任务很重的著名专家学者和实际部门的领导人,是他们无私的奉献与努力,才使得本套丛书的研究任务得以完成。同时,我们还要特意感谢出版社的领导与编辑,尤其是前副总编季青编审和本套丛书的策划编辑张忠华副编审,如果没有他们的慧眼赏识并列入群众出版社向国庆 50 周年献礼的重点图书规划,恐怕本套丛书的出版,不会有如此迅速。

打击与预防犯罪是一项长期而艰巨的工作,研究犯罪与防治科学理论任重而道远。江泽民总书记曾多次告诫政法部门的领导与同志们,要大力开展犯罪与犯罪心理科学的研究,搞好对违法犯罪行为的预防与控制。本套丛书的写作与出版,是中国犯罪学研究会以实际行动响应江泽民总书记号召的又一次重大举措与表现。但愿中国犯罪学研究会在二十一世纪为犯罪科学研究的繁荣,为国家长治久安的事业,作出更大的贡献!

前 言

正如我在《刑事法评论》第1卷的卷首语中指出：刑事法这个概念，目前在我国法学界尚不甚通用。^①随着刑事一体化研究模式的确立，刑事法的概念逐渐被学界认同。本书以《刑事法总论》为名，也正是在推进刑事一体化研究方面所作的努力之一。

刑事法，是以犯罪为起点，围绕着对犯罪的法律处置而形成的一个法律部门，其中，刑法占据着核心的地位。日本学者指出：关于刑罚方面的国家法规，在现代的法制上，大体上由以下三种法来组成：一是刑法，规定什么行为属于犯罪，对该犯罪应处以什么刑罚；二是刑事诉讼法，规定在具体情况下将该刑法付诸实践的程序；三是行刑法，就是将刑罚权付诸执行的法律。这三项法律既保持其各自的特殊性，又有着内在的联系，这样才可以指望国家刑罚制度的圆满实施。有的把这三项法总称为“刑事法”，在这种情况下，刑法也就成为刑事法的一个部门了。^②由此可见，刑事法这个概念在大陆法系是通行的。这里的“刑事”，是指“与刑罚相关”的意思。因而，刑事法是指所有与刑罚相关的法律。与刑事法相关联的是所谓全体刑法学的概念。全体刑法学之所谓全体刑法，具有与刑事法同工异曲之妙。根据全体刑法

① 陈兴良主编：《刑事法评论》（第1卷），1页，中国政法大学出版社，1997。

② （日）福田平、大塚仁著，李乔等译：《日本刑法总论讲义》，2页，辽宁人民出版社，1986。

学的观点。在广义上使用刑法这一概念。例如，法国学者认为，从广义上理解（刑法是研究什么是犯罪以及国家对哪些给社会造成混乱的行为进行处罚的法律分支），刑法包含几个不同的部分。刑法除包括总则、分则以外，还包括刑事诉讼程序与惩戒科学或刑罚学。在实行的犯罪与宣告的刑罚之间，有一个进行追诉的全过程。这是刑法另一分支——刑事诉讼程序法的研究对象。刑事诉讼程序法告诉我们不同法院的组织情况，它们的管辖权限以及运作规则。惩戒科学或刑罚学是研究刑罚最终确定以后，执行刑罚所提出的各种问题。惩戒学或刑罚学所研究并进行实施的主要内容是，如何运用刑罚与保安处分。这是刑法中特别“活”的部分。法国学者指出：在这里，有必要强调刑法不同分支在精神深层的统一性。这种统一性应当对广义上的刑法的不同分支起到支配作用。我们已经说过，刑法不过是刑事政策的一个分支，它必须与其他分支连结起来，组成一个统一的整体。^①显然，这里的广义刑法，实际上就是指刑事法。尤其是法国学者强调刑事法的内在统一性，对我们颇有启迪。

在一个国家的法律体系中，刑事法具有重要的地位，成为其不可或缺的重要组成部分。在罗马法的历史上，存在公法与私法之分。以刑法为主体的刑事法是否属于公法的范畴，英美法系国家在理论上不无否认的观点，但至少认为刑事法与公法联系是紧密的。例如《牛津法律大辞典》指出：刑法和刑事诉讼法有时也被包括在公法之中，至少它们与公法的联系较私法更紧密一些，但有时也独立于公法、私法之外。^②而在大陆法系国家，刑事法

① （法）卡斯东·斯特法尼等著，罗结珍译：《法国刑法总论精义》，40～45页，中国政法大学出版社，1998。

② 参见（英）戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，733页，光明日报出版社，1989。

之属于公法是没有疑问的。例如日本学者指出：当我们把整个国家法律体系划分为公法与私法时，不言而喻，今天的刑法，并非以调整私人之间的利益为目的，而是规定作为刑罚权主体的国家与作为刑罚权客体的犯人之间的关系，所以它当然属于公法。^①台湾学者韩忠谟以平均的正义与分配的正义分别界定私法与公法之主旨，指出：刑法以规定国家对犯罪者之刑罚权为内容，其所涉者，乃国家与人民间之法律关系，并具权力服从性质，故属于公法范畴，又因国家刑罚权系直接以社会伦理价值观念为运用之准据，故刑法在公法体系中最富伦理性格，国家赖此始可彰是非之公，匡正人民生活而维正义。夫正义云者即公平之谓也，法律所蕲求实现之正义，得自个人相互间及团体与个人间之两面观之，前者在使个人间价值利益之交换维持均衡，以免互相侵夺而冀其平，是为平均的正义 *Corrective justice*，乃私法之指导原则。后者则在使团体能按个人对共同生活实际贡献之高下，定利益分配之多寡，藉以申明赏罚，而资激劝，是为分配的正义 *distributive justice*，乃公法之指导原则。其所以有此原则，盖因个人之立身处世，贤愚各异，贤者贡献其智能，有益于社会，而愚闇不肖者之所为，常使社会蒙其不利，国家本于公平之旨，自须赏善罚恶，对于个人各以其所值者归之，刑法之处罚犯罪，即以实现此分配的正义为主旨者也。^②以平均正义与分配正义来界定私法与公法，无疑是一个视角。但从实质上来说，私法与公法的区分更在于权利与权力之区分。私法领域通行的是权利，公民在权利面前是具有平等的主体地位的。而公法领域则涉及权力以及权力与权利的关系。正是在这个意义上，公法被称为是一种强行法，

① (日)福田平、大塚仁著，李乔等译：《日本刑法总论讲义》，2~3页，辽宁人民出版社，1986。

② 韩忠谟：《刑法原理》，7页，台北台湾大学，1981，增订14版。

而与作为（意思）自治化的私法在性质上有别。随着市场经济的发展，私法越来越受到社会的重视，尤其是与市场经济直接相关的法律制度成为法治建设中的重中之重。私法文化也同时被倡导，被视为法治文化的应有内容。但对于公法，尤其是刑事法，在市场经济条件下应当如何定位，人们的认识并不是那么清楚的。中国古代法律，刑事法格外发达，这是一个不争的事实。由于中国古代并不存在私法与公法的划分，因而还很难说中国古代的刑事法是一种公法。由于刑事法以强制性为特征，表现为国家刑罚权之行使，其内容包括对公民个人的自由与权利的剥夺。因而人们对于刑事法有着一种天然的畏惧，至少是敬而远之的心态。尤其是在市场经济条件下，自由、平等这样一些价值逐渐成为社会主流的意识形态。刑事法在这样一种以市场经济为主导的市民社会的法律建构中，其存在的根据都受到质疑。我们认为，刑事法作为一种公法如欲适应市场经济为基础的市民社会，它面临着自己性质上的转型。因而我们需要建设一种适应市民社会的公法文化，包括刑事法文化。法律体系是一个整体，公法与私法都是法律体系的重要组成部分，两者只有齐头并进的和谐发展，才能真正建成法治国家。在这样一个社会历史背景下，我们认为应当从建设市民社会的公法文化这样一个视角提出刑事法的发展问题。唯其如此，我们应当注重刑事法的一体化。

在《刑事法评论》第2卷的主编絮语中，我对刑事法的一体化问题作了说明。^① 根据我的研究，刑事法存在一个合一分一合的演变过程。刑法作为一门学科的正式诞生，是以意大利著名刑法学家贝卡利亚于1764年出版的《论犯罪与刑罚》一书为标志的。在贝卡利亚的这本名著中，包含着丰富的刑法思想与刑事诉讼法思想。可以说，在《论犯罪与刑罚》一书中，刑法思想与刑

^① 陈兴良主编：《刑事法评论》（第2卷），1页，中国政法大学出版社，1998。

事诉讼法思想是合为一体的。但在刑事古典学派总的思想框架下，对于犯罪的研究局限在法律的视野之内。刑事古典学派这种法律教条主义的研究方法，使刑事法研究各自为阵，大大地遮蔽了研究视界。为此，刑事实证学派对之进行了尖锐的抨击。刑事实证学派将刑法理论从狭窄的法律概念中解放出来，把犯罪视为一种自然的和社会的现象，从而开拓了刑法研究的广阔视野。尤其是意大利著名刑法学家龙勃罗梭引入实证主义研究方法，创立了犯罪学，使刑事法的研究领域大为扩张。在这种情况下，德国著名刑法学家李斯特率先提出了全体刑法学的概念，把刑事关系的各个部分综合成为全体刑法学，意即真正的整体的刑法学，其内容包括刑事政策、犯罪学、刑罚学、行刑学等。全体刑法学观念的确立，使刑法学这门学科得以充实与膨胀，从而促进了刑法理论的发展。在我国，储槐植教授首先提出刑事一体化思想，指出：刑事一体化的内涵是刑法和刑法运行处于内外协调状态才能实现最佳社会效益。实现刑法最佳效益是刑事一体化的目的；刑事一体化的内涵是刑法和刑法运行内外协调，即刑法内部结构合理（横向协调）与刑法运行前后制约（纵向协调）。^①这种刑事一体化的思想对刑法研究作时间（前后）与空间（左右）的拓展，突破了注释刑法学的狭窄学术樊篱，从而使刑法学在更大程度上成为一门社会科学。刑事一体化思想主张一种大刑法的观念，倡导在刑法之上研究刑法，在刑法之外研究刑法，提升刑法研究的学术品格和思想蕴含。不仅如此，我们还要在刑事法的名目下，将与刑事相关的学科纳入刑事法的研究视野，从而再现大刑事法的理论风采。这是我们所期待的，也是中国刑事法研究的必然走向。如果说，在贝卡利亚那里，刑事法思想是合为一体的。那么，随着学科的发展，刑事法各学科独立出来，形成各自

^① 储槐植：《刑事一体化与关系刑法论》，294页，北京大学出版社，1997。

的研究领域。但随着刑事法研究的深入，这种合的趋势又进一步表现出来。在刑事法理论上，我们更应当注重刑事法的内在统一性与整体性。在此基础上，建构刑事法的理论框架。

《刑事法总论》一书是中国刑事法学研究丛书的一种，最初的书名是《刑事学总论》，后来一度我想改为《刑事法理学》，斟酌再三，定为现在书名。刑事法较之刑事学更为通俗，而且也符合法律学科的特点。至于刑事法理学，作为法理学的一个分支，理论性较强，对体系性要求亦高。本书主要是以专题研究形式出现的，在理论水平上尚未达到刑事法理学的程度，用之不恭。因而，本书以刑事法总论名之。由于将刑事法作为一个整体来研究。本书尚是一种尝试，因而其内容颇费思量。经过研究，我们选择以下10个问题，这就是：刑事法学派、刑事法律关系、刑事法原则、刑事法价值、刑事法功能、刑事法规范、刑事责任、刑事法创制、刑事法适用、刑事法解释。这10个属于刑事法的基本问题，涉及到各刑事法学派，当然主要还是以刑法为主。对这些问题的综合研究，有助于实现刑事一体化。

本书是在我的主持下，由北京大学法学院、中国人民大学法学院的博士研究生完成的。各专题之间有分工，但又有联系，个别内容上的重复在所难免。此外，在写作上虽然尽量从刑事法整体上来把握，但某些专题重点涉及刑事法的某个学科，尤其是刑法，因而难免有所偏重，在此特别说明。书中观点若有不正之处，敬请读者批评指正。我们期望，经过刑事法学者的共同努力，建构一种一体化的刑事法理论是可能的。

陈兴良

谨识于北京海淀稻香园寓所

1998年11月23日