



21世纪法学系列教材

刑事法系列

刑法学

张小虎 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



21世纪法学系列教材

刑事法系列

刑法学

张小虎 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法学/张小虎著. —北京:北京大学出版社,2015.5

(21世纪法学系列教材·刑事法系列)

ISBN 978-7-301-25454-7

I. ①刑… II. ①张… 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(2015)第023348号



书 名 刑法学

著作责任者 张小虎 著

责任编辑 冯益娜

标准书号 ISBN 978-7-301-25454-7

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 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印 刷 者 北京大学印刷厂

经 销 者 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 43印张 920千字

2015年5月第1版 2015年5月第1次印刷

定 价 75.00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

作者简介

张小虎,男,1962年生,江苏人。北京大学法学院法学博士,北京大学社会学系博士后。现为中国人民大学法学院暨刑事法律科学研究中心教授,博士研究生导师,中国犯罪学会副会长。曾从事司法实际工作9年。主要教学研究领域:刑法学、犯罪学。在《中国社会科学》、《法学研究》、《社会学研究》等国内外期刊上,独立发表法学学术论文100余篇;独立出版学术著作:《刑法学》、《刑法的基本观念》、《犯罪论的比较与建构》(第一版、第二版)、《刑罚论的比较与建构》(上卷、下卷)、《罪刑分析》(上册、下册)、《刑事法律关系的构造与价值》、《当代中国社会结构与犯罪》、《转型期中国社会犯罪原因探析》等;主编“十五”、“十一五”国家级规划教材《犯罪学》;主编或合作出版其他学术著作10余部。

前 言

本书立于现实刑法的经验性素材,遵循刑法固有规律的思想理念,扎根本土民族文化与社会时代背景,仰重他国优秀立法经验与研究成果。坚持循道立论,依行建构,关切理论与实践的统一。在具体内容上,本书试以如下特点呈现:

价值理念:现代刑法仍处以行为刑法为主导的阶段,就我国法治建设的进程而论,我国现阶段的刑法更是如此。刑法是社会生活的写照。本书坚持如下基本思想:以客观主义为基底兼顾主观主义的犯罪观念,以报应主义为基底兼顾目的主义的刑罚观念。

理论建构:确立双层多阶犯罪构成理论体系,凸显犯罪构成中的肯定性评价与否定性评价;建构双轨的刑法处罚理论体系,即对于责任罪行适用刑罚,对于社会危险行为适用保安处分。注重技术平台与价值理念、法律形式与精神实质、实然规定与应然呈现等的比较分析。

知识要点:系统展开刑法学的知识网络,对于其中的知识要点予以重点分析。既可以看到刑法解释、罪刑法定原则、客观违法性、处罚条件、牵连犯、刑罚种类、行为犯与结果犯等,在本书知识体系土壤中的再生,也可以看到刑事法律关系、法制主义原则、基准实行行为、法益侵害属性、特定心态、规范竞合犯、处分措施、纯粹过失犯与非纯粹过失犯等,在本书知识体系平台上的亮相。

表述简明:力求以简洁、明了、清晰但又不失深入的表述形式,将体系完整、知识全面、概念准确的刑法学知识予以展示。对于各项知识要点,既有理论背景的交待,也有思想前沿的挖掘,更有核心内容的定位。专业术语与基本观点等均以黑体字标明。

张小虎 谨识
2015年2月5日

目 录

第一编 刑法基础知识

第一章 刑法之基础概念	(1)
第一节 刑法学概述	(1)
第二节 刑法的概念	(5)
第三节 刑法的性质	(9)
第四节 刑法的机能	(12)
第二章 刑法之基本观念	(15)
第一节 刑法理论	(15)
第二节 刑法学派思想	(22)
第三节 刑法基本原则	(27)
第四节 刑事法律关系	(35)
第三章 刑法之基阶制度	(40)
第一节 刑法体系	(40)
第二节 刑法规范	(42)
第三节 刑法解释	(44)
第四节 刑法的任务	(53)
第五节 刑法的效力范围	(54)

第二编 犯罪构成理论

第四章 犯罪概念与犯罪构成概述	(61)
第一节 犯罪概念	(61)
第二节 犯罪构成理论体系	(64)
第三节 犯罪构成的理论分类	(77)
第五章 犯罪构成之积极阶层:犯罪的本体构成	(81)
第一节 客观要件之事实要素	(81)
第二节 客观要件之规范要素	(102)
第三节 主观要件之故意与过失的要素	(106)
第四节 主观要件之故意与过失的缺乏	(127)

第五节 主观要件之特定心态要素	(136)
第六章 犯罪构成之消极阶层:犯罪的严重危害阻却	(141)
第一节 违法阻却事由	(141)
第二节 责任阻却事由	(173)
第三节 严重危害阻却事由	(197)

第三编 犯罪修正形态

第七章 犯罪修正之停止形态	(201)
第一节 犯罪停止形态概说	(201)
第二节 犯罪既遂形态	(202)
第三节 犯罪预备形态	(208)
第四节 犯罪未遂形态	(212)
第五节 犯罪中止形态	(219)
第八章 犯罪修正之共犯形态	(227)
第一节 正犯与共犯的基础理论	(227)
第二节 正犯与共犯的构造与处罚	(232)
第三节 共犯与身份	(247)
第四节 共犯与未遂	(249)
第五节 我国刑法的共同犯罪	(252)
第九章 犯罪修正之罪数形态	(260)
第一节 罪数形态概述	(260)
第二节 一行为法定一罪	(265)
第三节 一行为处断一罪	(272)
第四节 数行为法定一罪	(279)
第五节 数行为处断一罪	(285)

第四编 犯罪扩张形态

第十章 不纯正不作为犯	(293)
第一节 不纯正不作为犯的概念	(293)
第二节 不纯正不作为犯的等价值性	(294)
第三节 不纯正不作为犯的客观要件	(297)
第四节 不纯正不作为犯的作为义务	(298)
第五节 不纯正不作为犯的构成与定性	(301)

第五编 犯罪刑事后果

第十一章	刑罚基础知识	(305)
第一节	刑罚的概念与特征	(305)
第二节	刑罚权	(306)
第三节	刑罚本质	(307)
第四节	刑罚目的	(308)
第五节	刑罚机能	(308)
第十二章	刑罚种类	(310)
第一节	刑罚体系	(310)
第二节	主刑	(311)
第三节	附加刑	(326)
第十三章	刑罚适用	(341)
第一节	量刑基本原理	(341)
第二节	量刑从严制度	(352)
第三节	量刑从宽制度	(355)
第四节	数罪并罚制度	(363)
第十四章	刑罚执行	(370)
第一节	行刑基本原理	(370)
第二节	缓刑制度	(372)
第三节	减刑制度	(380)
第四节	假释制度	(385)
第五节	社区矫正	(392)
第十五章	刑罚消灭	(396)
第一节	刑罚消灭概述	(396)
第二节	时效制度	(399)
第三节	赦免制度	(410)
第四节	其他刑罚消灭制度	(413)
第十六章	保安处分制度	(417)
第一节	保安处分制度概述	(417)
第二节	我国保安处分制度的建构	(418)
第十七章	犯罪其他处置	(426)
第一节	刑事特别处置	(426)

第二节 刑事特别司法	(430)
------------------	-------

第六编 各罪罪刑

第十八章 各罪基础知识	(435)
第一节 总则与分则	(435)
第二节 分则罪名的体系结构	(437)
第三节 分则条文的逻辑结构	(438)
第十九章 危害国家安全罪	(454)
第一节 危害国家安全罪概述	(454)
第二节 本章具体犯罪重点分析	(455)
第三节 本章具体犯罪扼要阐释	(465)
第二十章 危害公共安全罪	(467)
第一节 危害公共安全罪概述	(467)
第二节 本章具体犯罪重点分析	(471)
第三节 本章具体犯罪扼要阐释	(492)
第二十一章 破坏市场秩序罪	(501)
第一节 破坏市场秩序罪概述	(501)
第二节 本章具体犯罪重点分析	(504)
第三节 本章具体犯罪扼要阐释	(524)
第二十二章 侵犯公民人身罪	(533)
第一节 侵犯公民人身罪概述	(533)
第二节 本章具体犯罪重点分析	(535)
第三节 本章具体犯罪扼要阐释	(559)
第二十三章 侵犯财产秩序罪	(563)
第一节 侵犯财产秩序罪概述	(563)
第二节 本章具体犯罪重点分析	(566)
第三节 本章具体犯罪扼要阐释	(599)
第二十四章 妨害日常管理罪	(601)
第一节 妨害日常管理罪概述	(601)
第二节 本章具体犯罪重点分析	(604)
第三节 本章具体犯罪扼要阐释	(614)

第二十五章 危害国防利益罪	(623)
第一节 危害国防利益罪概述	(623)
第二节 本章具体犯罪重点分析	(624)
第三节 本章具体犯罪扼要阐释	(627)
第二十六章 危害廉政建设罪	(629)
第一节 危害廉政建设罪概述	(629)
第二节 本章具体犯罪重点分析	(630)
第三节 本章具体犯罪扼要阐释	(645)
第二十七章 背离公务职责罪	(646)
第一节 背离公务职责罪概述	(646)
第二节 本章具体犯罪重点分析	(647)
第三节 本章具体犯罪扼要阐释	(652)
第二十八章 背离军人职责罪	(656)
第一节 背离军人职责罪概述	(656)
第二节 本章具体犯罪重点分析	(657)
第三节 本章具体犯罪扼要阐释	(659)
术语索引	(663)

第一编 刑法基础知识

第一章 刑法之基础概念

第一节 刑法学概述

一、刑法学的诞生

人类有关犯罪与刑罚的思想、规范源远流长。“根据中国古籍记载和考古发掘的实物证明,在中国历史上,早在原始社会末期就有了‘犯罪’,同时也就产生了与‘犯罪’作斗争的‘刑罚’。”^①《通鉴前编》称:“帝尧七十有六载,制五刑”。《祥刑典》称:“帝尧命舜居摄,制五刑及流有鞭扑赎赦之法”^②。夏朝确立了五刑:辟(死刑)、髡(砍脚)、宫(毁坏生殖器)、剕(割鼻)、墨(黥额)。古希腊是西方法理学和哲学思想的发源地,古希腊一些著名的思想家苏格拉底、柏拉图、亚里士多德等等,都对犯罪现象发表了一些至今引人关注的思想。柏拉图、亚里士多德曾经指出:“犯罪不外是一种疾病,故刑罚不应是对既往的,而应是对将来的。”从而与现代刑法的目的刑思想不谋而合。^③古罗马为现代世界的法律制度构造了近于完美的框架。^④古罗马的许多思想家对犯罪与刑罚作了极为精辟的阐述。西塞罗指出:“对于违犯任何法律的惩罚应与犯法行为相符合。”^⑤这构建了罪刑相适应的思想。古罗马法将违法行为分为“私犯”和犯罪两种。所谓犯罪,是指违反整个国家利益,或目的虽为侵犯个人利益但违反了统治阶级共同利益的行为。^⑥在一定程度上可以说,按照现代法律体系的划分,越是溯及远古,则刑法所占比重越大。“法典愈古老,它的刑事立法就愈详细、愈完备。”^⑦

然而,这些有关罪与刑的学说、规范,就形式而论,尚未形成独立、系统的知识体系,从实质来看,缺乏现代意义上的民主政治思想根基。1764年7月16日,意大利学者、刑事古典学派的创始人贝卡利亚发表了《论犯罪与刑罚》一书,在人类历史上首次

① 周密著:《中国刑法史纲》,北京大学出版社1998年版,第4页。

② 转引自高绍先著:《中国刑法史精要》,法律出版社2001年版,第25页。

③ 张甘妹著:《刑事政策》,台湾三民书局1979年版,第15页。

④ 参见[美]约翰·麦·赞恩著:《法律的故事》,刘昕、胡凝译,江苏人民出版社1998年版,第142页。

⑤ 《法律篇》,转引自《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第83页。

⑥ 参见陈盛清主编:《外国法制史》,北京大学出版社1982年版,第66页。

⑦ [英]梅因著:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第207页。

对犯罪与刑罚的一系列问题进行了深入系统的论述,确立了罪刑法定、罪刑均衡、刑罚人道等作为刑法学支柱的基本原则,奠定了刑法理论的根基,标志着现代意义上刑法学的形成。这部书先后被翻译成二十多种文字,成为流传极为广泛的西方经典名著。贝卡利亚被人们誉为“刑法学之父”。在这种思想与规则的强力推进下,刑法由个人意志转向公共意志、由不确定转向确定,刑罚由任意残酷转向谦抑人道,随之也逐步形成了体系性的科学知识。经由诸多刑法大师们前赴后继孜孜以求的不断努力,如今刑法学已成为一门拥有精湛、丰富理论的传统学科。

二、刑法学的概念

刑法学,是研究刑法及其所规定的犯罪、社会危险行为与刑罚、保安处分的科学,是法律规范学中一门重要的学科。从**内部构成**来看,刑法学包括注释刑法学、理论刑法学、哲学刑法学、中国刑法学、外国刑法学、比较刑法学、国际刑法学、沿革刑法学等。就**相邻学科**而论,犯罪学(包括犯罪社会学、犯罪心理学、犯罪生物学、犯罪被害人学等)、监狱学、刑事诉讼法学、刑事侦查学等,是刑法学的相关学科,它们共同构成刑事科学。需予特别说明的是,我国《刑法》并未设置**保安处分制度**,从这个意义上说,我国刑法学是研究刑法及其所规定的犯罪与刑罚的科学。不过,从刑法学发展的趋势来看,或者基于刑法理论的视角,除了犯罪与刑罚的知识线索之外,社会危险行为与保安处分制度也应成为刑法学知识内容的另一线索。

刑事科学,是有关研究犯罪及其处置的、集刑事实体与程序、事实与规范为一体的一系列学科群。刑事规范学与刑事事实学是刑事科学的两大主体成分。**刑事规范学**,以刑事法律规范为研究素材,侧重于思辩方法,考究法律文本、建构法律分析工具、揭示法律哲学思想,其构建的理论是规则的框架和应然的法则。刑法学与刑事诉讼法学等,是刑事规范学的重要组成部分。**刑事事实学**,以社会犯罪事实为研究素材,侧重于经验方法,观测犯罪现象、探索犯罪机制、寻求犯罪对策,其构建的理论并不强调应当如何,而是说明事实如何。犯罪学、刑事侦查学等,是刑事事实学的重要组成部分。

注释刑法学、理论刑法学、哲学刑法学,是从刑法学研究的理论深度对刑法学所作的划分。**注释刑法学**,是对刑法条文予以具体注解而构成的知识体系。注释刑法学直接承载于刑法条文,以刑法典的结构框架为体系结构;注解的对象是刑法条文,注解的结论为司法适用;而注解须用刑法理论,由注解也可能演绎与归纳出新的理论。由此,注释刑法学也可称为条文刑法学。**理论刑法学**,是基于对刑法条文的抽象分析与综合,把握刑法固有的规律,揭示出其概念、原理、原则的知识体系。理论刑法学超越于刑法条文,构建自身的展示学科规律的体系结构;知识内容既是刑法注释的学科基础,又是刑法立法的合理引导。由此,理论刑法学也可称为概念刑法学。**哲学刑法学**,是从刑法固有的规律中,揭示出刑法应有的思想、精神、灵魂的知识体系。哲学刑法学展示刑法概念与原理背后的价值理念,可谓理论刑法学脉络中的灵魂线索;这种价值灵魂指引着概念刑法学的建构,指导着立法的完善与司法的正当。由此,哲学刑法学也可称为理念刑法学。应当注意,**刑法注释与刑法解释**并不等同。刑法注

释,直接依附于刑法条文,系属直接针对刑法条文的意义予以阐明。而刑法解释,可以是超越于刑法条文之上,对于解释刑法条文所需的刑法理论的知识根据与内容予以阐明。也不应将刑法解释等同于刑法解释论。同时,应当注意,刑法理论之于**刑法解释论与刑法立法论**的意义。在相对意义上,刑法解释论强调以实然的刑法规定为基原,对之予以形式与实质的意义的阐明,使之切合于社会现实的需要;而刑法立法论则强调以应然的刑法完善为基原,对之予以内容与形式的合理性建构,使之切合于社会现实的需要。两者均需运用刑法理论对刑法予以分析与综合。

刑法信条学可谓独特视角的刑法学。大陆法系刑法理论常论及**刑法信条学**或**刑法教义学**。“刑法信条学是研究刑法领域中各种法律规定和各种学术观点的解释、体系化和进一步发展的学科。”^①这是对刑法信条学的基原与内容作了阐释,在此“刑法规定”与“刑法学术”均为刑法信条学的基原,而刑法信条学则是对这一基原的“解释”、“发展”与“体系化”的知识体系。从这个意义上说,刑法信条学囊括了规范刑法学的具体内容与理论层面。不过,立于“**信条**”的术语,刑法信条学应有其独特的视角。信条意旨信守的准则,最初被表述为希腊语中“正确的东西”。由此,刑法信条学是关于刑法的信守准则的知识体系。立于刑法规定的基原,刑法信条学须将现有的刑法规定作为信守准则确立刑法知识,这是存在论的问题;立于刑法学术的基原,刑法信条学须将科学的刑法规则作为信守准则确立刑法知识,这也关涉决定论的问题。而作为“**桥梁**”的刑法信条学^②,其为使刑法更为合理地适用于司法,基于刑法规定的抽象提升而构建刑法理论,又运用刑法理论予刑法规定以合理的解释,使刑法不断适合于现实的需要。由此,就主导指向而论,刑法信条学不失刑法适用论;就主导内容而论,刑法信条学依附理论刑法学;就主导模式而论,刑法信条学不失刑法解释论;就法文平台而论,刑法信条学可谓规范刑法学。

中国刑法学、外国刑法学、比较刑法学等,是从刑法学所研究刑法之国别的角度对刑法学所作的划分。**中国刑法学**,是以中国刑法为研究对象,对之进行注释,阐明其原理、原则,揭示其应有的价值目标的知识体系。**外国刑法学**,是以外国刑法为研究对象,尤其是探寻外国刑法的原理、原则,分析其所追寻的价值目标的知识体系。**比较刑法学**,是针对世界各国现行刑法的立法与司法、理论与观念等,进行全面、系统、深入的比较与分析,揭示其异同与优劣,进而为完善本国刑法及其理论提供依据的知识体系。**国际刑法学**,是以国际刑法为研究对象的科学。**国际刑法**是国际公约中旨在制裁国际犯罪、维护各国共同利益的各种刑事法规范的总称,包括制裁国际犯罪的实体法、程序法和执行法。国际刑法学既不同于外国刑法学,也不同于比较刑法学。**沿革刑法学**,是运用历史的方法,阐明世界各国古今刑法思想、制度发展的轨迹,揭示其嬗变规律的科学。

刑法领域存在全体刑法学的概念。德国刑法学家李斯特,将刑事政策、犯罪学、

① [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第117页。

② [德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第53页。

刑罚学、行刑学等纳入全体刑法学的范畴。^①从科学研究来讲,应当开拓视野,注重刑事科学各学科间的交融,乃至合理运用社会学、统计学、心理学、经济学等知识;同时,刑法的实际运作,也不可避免地要与刑事诉讼、刑事侦查等协调、整合,需要犯罪学、刑事政策学等基本理念的具体指导。不过,就刑事科学领域内学科间的相对意义而言,这里的刑法学是狭义上的,刑法学不包括犯罪学、监狱学、刑事诉讼法学、刑事侦查学等,但是与这些学科之间密切相关,它们共同构成刑事科学。**犯罪学**,是融合各种有关学科的知识,阐释犯罪本质,表述犯罪现象,揭示犯罪原因,寻求犯罪对策的刑事科学。**刑事侦查学**,是运用刑案规律以及奠定于刑案规律之上的策略方法和技术手段,揭露、证实犯罪的刑事科学。

三、刑法学的体系

1810年《法国刑法典》开创了总则与分则的刑法体例。该刑法典一经颁行,即成为世界上大多数国家仿效的范本,遂使总则与分则的体例成为大陆法系国家刑法典结构的通例。法典是刑法理论的经验基础与承载平台,基于这一总则与分则的刑法体例,刑法理论也形成了总论与分论的体系结构。其中,总论包括刑法论、犯罪论、刑罚论,分论即罪刑各论。这种体系结构在中外诸多较为系统阐释刑法学知识的著作中有着典型的表现。^②具体而论,刑法论的内容包括:刑法学的概念、刑法的历史、刑法的概念、刑法的任务、刑法的基本原则、刑法的效力范围等,有的还将主观主义、客观主义、报应主义、目的主义、古典学派、实证学派等纳入刑法论。大陆法系国家**犯罪论**体系的主导模式为:行为·构成要件该当性^③(主体、客体、行为、因果关系等),违法性(违法性、阻却违法事由等),有责性(责任能力、责任形式、期待可能性等),未遂犯(未遂犯与中止犯),共犯(正犯与共犯),罪数论(科刑的一罪与并合罪);英美法系国家**犯罪论**体系主要表现为:犯罪要件(犯罪行为、犯罪心态等),共同犯罪,未完成犯罪,辩护理由(责任能力、正当行为、其他可恕情由等);我国大陆**犯罪论**体系主要表现为:犯罪概念,犯罪构成(犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面),正当行为,犯罪形态(停止形态、共同犯罪、罪数形态)。**刑罚论**的体系结构为:刑罚的概念(刑罚意义、刑罚本质、刑罚权等),刑罚的种类(主刑、从刑等),刑罚的适用(法定刑、处断刑、宣告刑与执行刑、科刑的轻重与免除等),刑罚的执行(各类刑罚的执行、易刑处分、羁押折抵、缓刑、刑罚执行的减免、假释等),刑罚的消灭(时效、赦免、复权等),

^① 参见[波兰]布鲁诺·霍尼斯特著:《比较犯罪学》,高明等译,辽宁人民出版社1989年版,第3—4页。

^② [日]野村稔著:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版;〔意〕杜里奥·帕多瓦尼著:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版;〔德〕汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版;〔英〕J. C. 史密斯、B. 霍根著:《英国刑法》,马清升等译,法律出版社2000年版;高仰止著:《刑法总则之理论与实用》,台湾五南图书出版公司1981年版;韩忠谟著:《刑法原理》,中国政法大学出版社2002年版;高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年版;马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版;马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版。

^③ 将行为作为犯罪成立第一要件的犯罪论体系叫做**行为论**,将构成要件符合性作为犯罪成立第一要件的犯罪论体系叫做**构成要件论**。

保安处分(保安处分的种类、宣告、执行、消灭等)。

当代刑法学最为核心的知识内容系犯罪论,犯罪构成体系也是不同刑法学说的焦点与基奠议题,其在众多刑法学体系中也是最富特色的一块。本书建构双层多阶犯罪构成的理论体系,立于这一犯罪构成体系的知识展开,依托我国《刑法》的基本结构与具体规定,并且力求构建简洁明了、重点突出、扩展视野、体系完整的刑法学核心知识,从而确立本书如下刑法学的体系。刑法学总论分述为三个知识块:刑法基础知识(刑法论)、犯罪构成理论(犯罪论)、刑事处置理论(刑罚论);刑法学分论:各罪罪刑分析(罪刑各论),具体章目依循《刑法》分则结构。其中:(1) **刑法基础知识**,基本理论路径为刑法学的基本概念、基本观念、基本制度。具体内容包括:(基础概念)刑法学的概念、体系,刑法的概念、性质;(基本观念)刑法理论、学派思想、基本原则、法律关系;(基阶制度)刑法规范、刑法解释、刑法任务、效力范围。(2) **犯罪构成理论**,立于本体构成与严重危害阻却的犯罪构成体系,展开犯罪构成理论的知识要点。具体内容包括:(犯罪概念与犯罪构成)犯罪构成的理论模式、犯罪概念与犯罪构成的关系;(犯罪的本体构成)事实要素并规范要素的客观要件、故意与过失以及特定心态的主观要件;(犯罪的严重危害阻却)违法阻却事由、责任阻却事由、其他严重危害阻却事由;(犯罪的修正形态)故意犯罪停止形态、共同犯罪、罪数形态。(3) **刑事处置理论**:基于刑事处置之刑罚与保安处分的双轨,同时依循刑法之犯罪与刑罚的主线,展开刑事处置理论的知识要点。具体内容包括:(刑罚理论与制度)刑罚种类、刑罚适用、刑罚执行、刑罚消灭;(保安处分理论与制度)保安处分的内容、保安处分的运作。(4) **各罪罪刑分析**:依循我国《刑法》分则章目,对于各个具体犯罪全面予以界定,并且择取其中20个具体犯罪重点分析。犯罪的本体构成系属分则具体犯罪的轮廓,由此对于分则具体犯罪的展开遵循本体构成的理论框架,其后阐释《刑法》或司法解释特别规定的特定阻却事由。

第二节 刑法的概念

一、刑法的词源

中国古代以法、刑、律来表述关涉罪与刑的法律。例如,公元前11世纪西周初期制定的《九刑》、公元前407年战国时期魏文侯之相李悝“集诸国刑书之大成”编纂的《法经》、公元前206年—前194年汉高祖刘邦在位时制定颁布的《九章律》。^① 不过,不论采用何种名称,中国古代的法、律、刑皆以刑法为主。

关于刑法法规的名称,现代各国不尽相同,英美法系国家大多注重犯罪行为一端而称之为“犯罪法”(criminal law; Kriminalrecht; droit criminel; diritto criminale);德国、法国、日本等大陆法系国家注重刑罚一端而称之为“刑罚法”(penal law; strafrecht;

^① 参见孙明编著:《中国刑法之最》,中国人民公安大学出版社1994年版,第5、8、16页。

droit penal; diritto penale)或“刑法”。“实则,刑罚乃犯罪之法律效果,而犯罪即系科刑之前提,二者密切相依,任举一端,皆可概括全体,故用语唯殊,含义则一。”^①我国通称为刑法。

二、刑法的界说

关于刑法的概念,刑法理论存在不同的界说。究其核心议题有二:(1) 应否将社会危险行为与保安处分纳入刑法;(2) 刑事责任与犯罪及刑罚之间的关系。对此,本书认为:(1) 我国刑法并未设置保安处分制度,这是一种立法不足。刑法中是否存在保安处分制度,应以刑法所设刑事制裁类型是否具有保安处分措施为准,而不是在刑罚适用甚或犯罪规定中设置相应措施,严格来讲,没有前者(缺乏类型规定)而有后者(仅有适用规定)是有违罪刑法定原则的^②。在相对罪刑法定原则的前提下,将社会危险行为与保安处分纳入刑法,是当今刑法发展的趋势,符合现代社会的要求。(2) 刑事责任的典型意义在于其对犯罪成立条件之有责性的表述,作为犯罪后果的“刑事责任”虽为我国《刑法》大量表述,但其含义较为宽泛并非属于典型的而具有个性的概念。按照我国刑法的规定,作为犯罪后果的刑法责任承担计有三种形式:定罪处刑、定罪免刑但予非刑处分、仅予定罪。在此,刑事责任与犯罪及刑罚的关系并非呈现“犯罪—刑事责任—刑罚”的模式,而是“犯罪—刑事责任(刑罚)”的模式。有鉴于此,本书对刑法概念作如下界说:刑法是规定犯罪、社会危险行为与刑罚、保安处分的法律。

三、刑法的分类

刑法的分类,是从外延上对刑法作进一步的理解。对于刑法可以从不同的角度进行分类,阐述如下。

(一) 广义刑法与狭义刑法

根据范围的不同,刑法分为广义刑法与狭义刑法。广义刑法,是指一切规定犯罪或社会危险行为与刑罚或保安处分的法律,包括刑法典、单行刑法、附属刑法。狭义刑法,是指集中而系统地规定犯罪社会危险行为与刑罚保安处分的法律,具体指刑法典。不应将广义刑法视同刑事法。刑事法,是关于刑事法律规范的总称,包括刑法(广义的刑法、狭义的刑法)、刑事诉讼法、行刑法(又称监狱法)等。研究刑事法的科学是刑事法学,又称刑事规范学,包括刑法学、刑事诉讼法学等。

(二) 实质刑法与形式刑法

根据内容及表现形式的不同,刑法分为形式刑法与实质刑法。对于实质刑法与形式刑法的界定,说法不一。通常,形式刑法,是指具备刑法法典的形式或名称,其外形明确地显示出其为刑法的法律,包括刑法典、单行刑法。例如,《中华人民共和国刑

^① 韩忠谟著:《刑法原理》,中国政法大学出版社2002年版,第3页。

^② 由此,我国《刑法》第17条第4款后段、第18条第1款后段、第38条第2款、第72条第2款等的规定,缺乏刑事制裁种类的前提设定。

法》、《关于严惩组织、运送他人偷越国(边)境犯罪的补充规定》。**实质刑法**,是指不具刑法法典的形式或名称,而其内容却是规定犯罪、社会危险行为与刑罚、保安处分的法律,包括附属刑法。例如,《中华人民共和国著作权法》、《中华人民共和国商标法》等中有关犯罪与刑事责任的规定。无论是形式刑法还是实质刑法,均限于刑法的范畴,即不包括刑事程序法、行刑法等。

(三) 普通刑法与特别刑法

根据适用范围的不同,刑法分为普通刑法与特别刑法。**普通刑法**,是指具有普遍的适用性,针对一般事项、一般的人、一般时间、一般地域的刑法。刑法典即为普通刑法。**特别刑法**,是指适用的范围特殊,针对特殊事项、特定身份的人、特定时间、特定地域的刑法。单行刑法、附属刑法通常为特别刑法。

(四) 单一刑法与附属刑法

根据立法体例的不同,刑法分为单一刑法与附属刑法。**单一刑法**,是指单纯以规定刑事法律关系为主体而设置罪刑及其相关事项的法律,包括刑法典、单行刑法。**附属刑法**,是指在以规定行政、民事、经济或其他法律关系为主体的法律中,呈现罪状设置或罪刑注意规定^①的有关罪刑规定。即附属于非刑法中的刑法规定。例如,(罪状设置)《中华人民共和国海关法》(1987年)第47条^②, (注意规定)《中华人民共和国传染病防治法》(1989年)第38条。我国附属刑法通常仅涉罪状而援引刑法法定刑,但也有例外。例如,《中国人民解放军军官军衔条例》(1994年)第28条对“剥夺军衔”的规定。

(五) 行为刑法与行为人刑法

根据理论流派的不同,刑法分为行为刑法与行为人刑法。**行为刑法**,以意志自由论、行为中心论、道义责任论等为理论基础,强调犯罪构成要件的理论挖掘,刑事处置(刑事制裁)的基准在于现实所发生的犯罪行为及其结果,刑罚的轻重依据犯罪行为的客观事实而定,而与犯罪人的性格无关。**行为人刑法**,以行为决定论、行为人中心论、社会责任论等为理论基础,强调犯罪人危险性格类型的区分,刑事处置(罪犯待遇)的基准在于行为所表现出的行为人的人身危险性,处分的措施依据犯罪人不同的类型而定,针对不同的犯罪人采取剥夺犯罪能力、矫正改善等不同的措施。行为刑法与行为人刑法是两种刑法理论流派各自对刑法的期待。行为刑法为刑事古典学派所主张,行为人刑法为刑事近代学派所倡导。而各国现行刑法的实然,则体现为这两种理论的折衷,并且以行为刑法为基础,辅之以行为人刑法。

(六) 完备刑法与空白刑法

根据法条明确程度的不同,刑法分为完备刑法与空白刑法。**完备刑法**,又称叙述

^① **注意规定**,是指刑法分则对本就属于本罪的有关情形(a),在本罪典型罪状(A)表述之外予以特别具体描述,并特别提示将这一情形(a)适用本罪(A)处理的一种立法模式。例如,我国《刑法》第163条第3款。与注意规定相对的概念是法律拟制。**法律拟制**,是指刑法分则对本不属于本罪的有关情形(B),在本罪典型罪状(A)表述之外予以特别具体描述,并明确规定也将这一情形(B)作为本罪(A)定罪处刑的一种立法模式。例如,我国《刑法》第267条第2款。

^② 该条不仅首创走私罪的设置,而且创设了相应的法定刑,以及单位犯罪主体及其处罚的立法例。