

世 界 银 行 贷 款 资 助 项 目

MONOGRAPHS ON CRIME & PUNISHMENT

犯罪与刑罚理论专题研究

主编/苏惠渔

法律出版社

■世界银行贷款资助项目

犯罪与刑罚理论专题研究

主 编:苏惠渔

副主编:刘宪权

撰稿人:(按章节顺序)

陆世友 卢勤忠 薛进展

苏惠渔 刘宪权 郑 伟

杨兴培 何 萍 沈 亮

游 伟 孙万怀

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

犯罪与刑罚理论专题研究/苏惠渔主编. - 北京:
法律出版社, 2000. 9

ISBN 7-5036-3170-8

I. 犯… II. 苏… III. 刑事犯罪-刑罚-理论研究-中国 IV. D924.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 66290 号

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/张宇东	责任校对/何 萍
印刷/北京宏伟胶印厂	
开本/850×1168 毫米 1/32	印张/15.125 字数/369 千

版本/2000 年 8 月第 1 版	2000 年 8 月第 1 次印刷
印数/0,001—4,000	

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)
出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3170-8/D·2890

定价:27.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

说 明

《犯罪与刑罚理论专题研究》是华东政法学院刑法教研室全体同仁将近年来各自的研究成果汇集而成的一本刑法理论研究专著,同时也是教研室在近年来先后问世的《刑法概论》、《中国刑法教程》、《刑法原理与适用研究》以及《新刑法学专论》等教材的基础上,再一次推出的一部专著性深化教材。

本书主要就我国第一部刑法颁布以及新刑法实施以来,刑法总论中的一些重要理论问题作深入研究探讨。书中大多数论及的专题内容均是目前理论和实践中人们较为关注的问题。本书汇集了刑法教研室老中青三代人集体研究的心血和教学心得。作为一部理论研究专著,本书不求一般教科书的体系完整,而力求理论的深化。作为一部刑法理论深化教材,本书在追求深化的同时,也适当兼顾到论及内容体系上的完整性。本书着眼于一个“新”字:针对一个日新月异的刑法理论研究领域,作者努力掌握最新的材料,运用最新的方法,采用最新的法律观念,来研究、分析、论述有关问题。本书立足于一个“深”字:针对当前刑法理论和司法实践中出现的一些新问题,作者坚持理论与实践相统一,从立法和司法角度作深层次的分析,提出意见和建议。

正是因为如此,本书既可供法学和法律硕士研究生、本科生等作为学习刑法学的深化教材,也可供广大法学教学研究部门和司法实践部门的相关人员作为理论研究的参考书籍,相信对广大法学爱好者也会有所裨益。

本书的出版得到了世界银行的热心支持,在此谨表示感谢和

敬意。由于时间紧迫,虽经不懈努力,但书中仍难免会有错漏之处,在此敬请各位专家和读者提出宝贵意见。

本书由中国著名刑法学家苏惠渔教授任主编,刘宪权教授任副主编。各专题撰稿人分别为:

第一专题 陆世友 卢勤忠

第二专题 薛进展

第三专题 苏惠渔 刘宪权

第四专题 郑伟

第五专题 杨兴培

第六专题 杨兴培

第七专题 何萍

第八专题 杨兴培

第九专题 沈亮

第十专题 游伟

第十一专题 薛进展

第十二专题 孙万怀

第十三专题 何萍

第十四专题 苏惠渔 何萍

第十五专题 薛进展

第十六专题 杨兴培

第十七专题 刘宪权

第十八专题 孙万怀

第十九专题 杨兴培

第二十专题 何萍

全书由苏惠渔、刘宪权统稿和定稿。

序

随着一九九七年十月一日新修订的《中华人民共和国刑法》的正式施行,我国刑法理论研究进入了一个新的春天。这对我们每个刑法学界的同仁而言,无疑既是一个机遇,又是一个挑战。说其是机遇,主要是因为新刑法的实施,必然会带来许多新的值得研究的问题,这也就必然会给我们刑法学界的教学研究工作者提供更为广阔的研究天地;说其是挑战,主要是因为我国刑法学的研究已经系统地开展了数十年,特别是近年来,刑法学的研究无论是在广度还是深度上均有长足的进步,在这种情况下,继续我们的研究确实有相当大的难度。

在机遇与挑战同存的今天,我欣喜地看到我们华东政法学院刑法教研室全体同仁正不断努力,抓住机遇,面对挑战,力争开创刑法学研究的新领域。应该看到,自华东政法学院复校以来,刑法教研室的教师在刑法学研究领域已经取得了丰硕的成果。教研室集体曾先后出版了《刑法概论》、《中国刑法教程》、《刑法原理与适用研究》、《新刑法学专论》等教材;一些教师还主编或参与编写了司法部统编教材;还有一些教师出版了个人专著和发表了数量可观的且具有一定质量的学术论文。这些成果受到了校内外乃至国内外的一致认同和好评。

作为一名长期从事刑法学教学研究工作者,我还欣喜地看到,华东政法学院刑法教研室不仅有值得骄傲的昨天,而且还有令人激动的今天和明天。现在与我同辈的教师有些仍然战斗在教学科研第一线,默默地为刑法学研究贡献自己的力量;而我的下一代乃

至再下一代的学生(现在已是教师,有的甚至已是教授、副教授),如今已经均能独挡一面,挑起教学科研的重担。正是“雏凤清于老凤声”、“长江后浪推前浪”。我为我们的事业后继有人而感到由衷的高兴和自豪。

当今的社会是一个飞速发展、日新月异的社会。在这种社会环境中从事教学研究,惟有发奋努力,才能有所收获。今天,我们刑法教研室全体同仁又隆重推出了一部集老中青三代人研究心血的新作《犯罪与刑罚理论专题研究》。依我之见,时至今日,刑法学的研究再也不能也不应该停留在仅仅只对刑法条文作简单阐释的层次上,而应该在“新”和“深”上下功夫。随着全民法制意识的增强,人们更多地希望有一些深层次的刑法学研究作品不断问世。而我国新修订的刑法经过一段时间实践后,刑法理论和司法实践中也确实出现了许多新的问题,对这些问题作一定深度的研究显然是十分必要的。正是因为如此,我们刑法教研室在各方面的支持下才决定出一套专著,《犯罪与刑罚理论专题研究》就是其中的一本。

《犯罪与刑罚理论专题研究》采用分专题研究的体例写成。书中共包括二十个大的专题:即中华人民共和国刑法的产生和发展;罪刑法定原则理论研究;刑法溯及力问题理论研究;犯罪概念理论研究;犯罪构成理论的历史发展研究;刑法中因果关系理论研究;单位犯罪理论研究;罪过形式与内容理论研究;犯罪未遂理论研究;正当防卫理论研究;共同犯罪理论研究;刑事责任一般理论研究;自由刑制度理论研究;死刑制度理论研究;罚金刑制度理论研究;量刑理论研究;缓刑、减刑和假释制度理论研究;自首制度理论研究;刑事法律关系理论研究;跨国、跨地区犯罪理论研究等专题。

就内容而言,《犯罪与刑罚专题研究》虽然顾及到保持一定程度的完整性,但不苛求面面俱到。立足于“新”,着眼于“深”,无疑是我们全体作者的共同追求。纵观全书,我认为,《犯罪与刑罚理

论专题研究》具有如下几个特点：

1. 观点较为新颖,论述较为深入。全书所设的专题大多是目前刑法理论上较为热门的研究课题,各专题的作者对于专题中所涉及到的一些问题,能从理论上深入加以探讨,并在旁征博引的基础上,提出自己的观点和看法。书中有些观点具有一定程度的新颖性。对于一些与作者不同的观点,书中也能注意加以引用和分析,从而使全书在强调深度的同时,也具有相当的说理性。

2. 理论与实际结合较紧,应用性和实践性较强。全书所设专题既有理论性,又有应用性,各专题的作者在对专题所涉及的内容在理论上作深入探讨的同时,均十分注意解决一些实际问题。许多作者搜集了较多的案例在专题中加以引用和分析,从而使自己的理论更具体、更充实。正是因为这一点,本书既可作为广大刑法学理论教学研究工作者的参考书籍,同时也具有一定程度的可读性。我认为,刑法学本身是一门实践性、应用性相当强的学科,研究刑法理论,不能为研究而研究,否则将走入死胡同。如果刑法理论的研究能为解决一些实际问题服务,这种研究必定具有较强的生命力。

3. 体系较为完整,内容较为全面。全书二十个专题均是围绕着刑法学总论部分设置和展开的,可以说,这些内容基本上囊括了刑法学总论中的有关内容。虽然我们不强调整面面俱到,但是,各专题作者在对一些问题作深入探讨的同时,却也十分注意保持全书体系上的完整性,对于专题中的相关内容,也力求注意内容的全面性。正是因为这一点,本书既可以称之为理论研究的专著,也可作为刑法学课程的深化教材,尤其适用于法学、法律硕士研究生以及高年级的本科生等。

在本书出版的日子,谈点自己的感想和体会,也许会给人一种“自卖自夸”的感觉,但这都是自己的心里话。作为《犯罪与刑罚理论专题研究》一书的主编兼作者,我也深深知道,由于出版时间紧

张,尽管我们已经作了很大的努力,但是,书中仍然难免会有一些错漏之处,在此只能深表歉意。对于曾经帮助过我们的世界银行、各位学者和编辑,我也想借此表示感谢。

苏惠渔^①

2000年8月于华政

^① 苏惠渔系中国著名刑法学家,中国法学会理事,中国刑法学研究会副总干事,上海市法学会副会长,上海市刑法学研究会总干事,享受国务院政府特殊津贴,华东政法学院刑法学教授,刑法学硕士研究生导师。

目 录

第一专题	中华人民共和国刑法的产生与发展 ·····	(1)
第一节	革命根据地时期的刑法·····	(1)
第二节	我国刑法的产生和修订过程·····	(9)
第三节	我国刑法总则的产生和发展·····	(19)
第四节	我国刑法分则的产生和发展·····	(33)
第二专题	罪刑法定原则理论研究 ·····	(56)
第一节	罪刑法定原则概述·····	(56)
第二节	我国刑法中的罪刑法定原则·····	(61)
第三节	罪刑法定与类推适用·····	(67)
第三专题	刑法溯及力若干问题理论研究 ·····	(71)
第一节	刑法溯及力问题概述·····	(71)
第二节	我国刑事法律有关溯及力问题规定的发展 与变化·····	(72)
第三节	从旧兼从轻溯及力原则中“处刑较轻”的 标准·····	(76)
第四节	我国刑法司法解释的溯及力问题·····	(78)
第四专题	犯罪概念理论研究 ·····	(85)
第一节	犯罪理论的历史发展·····	(85)
第二节	犯罪的概念及其基本特征·····	(88)
第三节	犯罪的社会危害性·····	(94)
第四节	犯罪的分类·····	(98)
第五专题	犯罪构成理论的历史发展研究 ·····	(106)

第一节	大陆法系犯罪构成理论的起源、形成与发展	··· (106)
第二节	前苏联犯罪构成理论的形成、发展与评析	···· (125)
第六专题	刑法中因果关系理论研究	····· (143)
第一节	刑法中因果关系的客观性原理	····· (143)
第二节	刑法中因果关系的性质	····· (147)
第三节	刑法中因果关系的原因与条件	····· (156)
第四节	正确理解因果关系在刑法中的地位	····· (159)
第七专题	单位犯罪理论研究	····· (164)
第一节	单位犯罪的理论纷争	····· (164)
第二节	单位犯罪的立法规定	····· (167)
第三节	单位犯罪的概念和构成条件	····· (173)
第四节	单位犯罪的刑罚处罚	····· (182)
第八专题	罪过形式与内容理论研究	····· (186)
第一节	犯罪故意的认识标准与认识内容	····· (186)
第二节	社会危害性不是故意的认识内容	····· (191)
第三节	疏忽过失的心理本质及形成原因	····· (201)
第九专题	犯罪未遂理论研究	····· (214)
第一节	“着手”的含义与认定	····· (214)
第二节	“犯罪未得逞”的含义与认定	····· (221)
第三节	放弃重复侵害行为的法律性质	····· (226)
第四节	间接故意与犯罪未遂	····· (230)
第十专题	正当防卫理论研究	····· (233)
第一节	关于防卫权问题	····· (233)
第二节	关于防卫要件问题	····· (236)
第三节	关于无限防卫问题	····· (243)
第四节	关于判断过当的标准问题——一起判案研究	····· (245)
第十一专题	共同犯罪理论研究	····· (253)

第一节 共同犯罪的一般问题·····	(253)
第二节 共同犯罪中的犯罪形态·····	(262)
第三节 共同犯罪人的问题·····	(268)
第十二专题 刑事责任一般理论研究 ·····	(273)
第一节 刑事责任的基本范畴·····	(273)
第二节 刑事责任的本质、特点与意义·····	(278)
第三节 刑事责任主体与刑事责任能力·····	(283)
第四节 刑事责任的归责原则与责任实现·····	(287)
第五节 道义责任的理论与刑事责任立论基础述评·····	(292)
第十三专题 自由刑制度理论研究 ·····	(307)
第一节 自由刑制度的演进及存废之争·····	(307)
第二节 我国自由刑的立法现状及评论·····	(316)
第三节 自由刑发展的合理方向·····	(324)
第十四专题 死刑制度理论研究 ·····	(330)
第一节 死刑制度的演进及存废之争·····	(330)
第二节 我国死刑的立法现状及评论·····	(338)
第三节 我国死刑制度发展的合理方向·····	(344)
第十五专题 罚金刑制度理论研究 ·····	(349)
第一节 罚金刑制度的评价·····	(349)
第二节 罚金刑的适用·····	(354)
第三节 我国刑法中的罚金刑·····	(359)
第十六专题 量刑理论研究 ·····	(368)
第一节 量刑的特征和量刑的原则·····	(368)
第二节 量刑模式与完善途径·····	(371)
第三节 量刑方法与二次性复合量刑法·····	(374)
第十七专题 缓刑、减刑和假释制度理论研究 ·····	(387)
第一节 缓刑制度研究·····	(387)
第二节 减刑制度研究·····	(397)

第三节	假释制度研究·····	(401)
第十八专题	自首制度理论研究·····	(407)
第一节	自首的法源·····	(407)
第二节	自首的构成标准·····	(410)
第三节	自首犯的处罚设置·····	(417)
第十九专题	刑事法律关系理论研究·····	(421)
第一节	刑事法律关系序说·····	(421)
第二节	刑事法律关系的基本特征·····	(428)
第三节	刑事法律关系的主体·····	(431)
第四节	刑事法律关系的客体·····	(439)
第五节	刑事法律关系的内容·····	(441)
第六节	刑事法律关系的地位·····	(443)
第二十专题	跨国、跨地区犯罪理论研究·····	(446)
第一节	跨国、跨地区犯罪的概述·····	(446)
第二节	跨国、跨地区犯罪的预防体系与防治对策·····	(451)
第三节	我国区际刑事司法协助的模式、内容及原则·····	(467)

第一专题 中华人民共和国刑法 的产生与发展

第一节 革命根据地时期的刑法

刑法是法律体系中重要的法律部门。我国刑法开创于革命根据地政权建设初期,它随着我国人民革命斗争的进行和人民政权的建立与巩固而发展。

1921年中国共产党成立后,在最初几年里,为了反对帝国主义和封建势力,我党积极领导了工农革命运动,创建了许多革命组织,建立了由自己掌握的基层政权机关,如各级“农民协会”、“乡村自治委员会”以及在省港工人大罢工中成立的“省港罢工委员会”、上海工人武装起义中建立的“上海市民政府”等等。这些革命组织发布的许多决议、命令、布告、禁令等,反映了革命人民的意志,是带有法律性质的规范,其中有很多属于刑法规范。

1925年至1927年,在国内日益高涨的反帝浪潮的推动下,各地农民运动蓬勃兴起。尤其在南方各省,广大农民在我党领导下开展了猛烈的夺权斗争。地方豪绅政权被推翻,农会成了惟一的权力机关。为了镇压地主阶级的反抗,彻底打垮封建统治,各地农会和农民代表大会发布了许多包含有刑法规范的决议、条例、禁令等。如1926年12月,湖南省第一次农民代表大会通过了《铲除贪官污吏土豪劣绅决议案》、《司法问题决议案》;1927年3月,湖北省制定了《惩治土豪劣绅暂行条例》、《审判土豪劣绅暂行条例》。

这些决议案、条例的公布与实行,有力地打击了反动封建势力。在此期间,各地的工人运动也风起云涌,迅猛发展。从1925年至1927年相继召开了三次全国劳动大会,通过了一系列决议案,其中也有不少刑法性质的规范。如1925年5月,在广州召开的全国劳动大会上,通过了《铲除工贼决议案》,列举了19个工贼的关系,规定了铲除工贼的办法。

可见,早在第一次国内革命战争时期,我国刑法就已开始萌芽。当时颁布的那些包含有刑法性质的规范,不仅对于当时的革命斗争起了积极作用,而且为以后革命根据地的刑事立法提供了经验。

1927年大革命失败后,中国共产党多次领导了武装起义,并在各个地区开辟革命根据地,以后因历经了第一次国内革命战争、抗日战争、解放战争3个时期,故相应建立过工农民主政权、抗日民主政权、解放区人民民主政权。革命根据地民主政权不仅着手进行宪法、土地法、劳动法、婚姻法的立法工作,也十分重视刑事立法工作,制定和颁布了大量的刑事法规。诚然,这些刑事立法形式较为简单,而且大都带有暂时性、地方性的特点,但它们对于巩固革命根据地,保障人民群众的人身、财产和其他权利,保卫和促进革命事业的顺利发展,都起了一定的积极作用,并且也为建国初期的刑事立法和中华人民共和国《刑法》的制定奠定了基础。

革命根据地时期的刑事立法的基本内容大致反映在以下三个方面:

一、严厉打击反革命的刑事立法

我们党历来十分重视同反革命作斗争,在新民主主义革命时期,党中央根据马列主义的基本原理和无产阶级专政的历史经验,结合我国革命的具体情况,正确地分析和估量了敌我力量的对比及阶级斗争的形势,制定了一整套同反革命作斗争的路线、方针、政策和方法,颁布了相应的一些法规,保证了与反革命作斗争的胜

利,并取得了丰富的正反两方面的经验教训。无论是第一次国内革命战争时期、抗日战争时期,还是解放战争时期,革命根据地民主政权刑事立法的首要任务都是严厉处罚和坚决镇压反革命犯罪分子。

早在第一次国内革命战争时期,毛泽东同志在《湖南农民运动考察报告》一文中就指出,农民有了组织之后,第一个行动便是从政治上把地主阶级特别是土豪劣绅的威风打下去。1928年井冈山革命根据地建立以后,便提出了镇压反革命的任务,主要打击根据地的地主豪绅和反革命分子以及潜入根据地各种破坏活动的间谍、特务分子。1931年11月,在中央根据地瑞金,召开了工农兵第一次全国人民代表大会,宣告中华苏维埃共和国正式成立,建立了中央工农民主政府。为了打击敌人的破坏活动、保卫红军、保卫革命根据地,工农民主政府制定了一系列的法律、条例、训令等。这一时期,刑事立法的主要内容就是镇压反革命活动。如1931年12月中华苏维埃共和国中央执行委员会颁布的《处理反革命案件和建立司法机关的暂行程序》的第6号训令,规定了处理反革命分子的一些政策原则。1932年颁布的《关于镇压内部反革命问题》的第21号训令,规定对混入我机关、红军和地方部队里的反革命分子,要给予严厉的打击。在总结几年来镇压反革命经验的基础上,于1934年4月颁布了《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》,这是民主革命时期第一个比较完整的单行刑事法规。《条例》还对各种反革命行为的处刑标准,从轻、减轻、加重情节,刑罚种类,以及刑事责任年龄、类推、时效等问题,都作了原则的规定。除该《条例》以外,其它革命根据地也颁布过一些惩治反革命的刑事法规。如1932年颁布的《湘赣省惩治反革命暂行条例》、川陕省苏维埃政府颁布的《关于反革命自首条例》等。1937年7月,日本帝国主义大举侵略中国,全国人民奋起抗战。中国革命进入了伟大的抗日战争时期。这一时期的刑事法规以打击汉奸活动作为同

反革命活动进行斗争的重点。各抗日根据地依据党的锄奸政策,在总结群众斗争经验的基础上,先后制定惩治汉奸等条例。如1939年陕甘宁边区制定的《抗日时期惩治汉奸条例》(草案),1942年晋冀鲁豫边区制定的《危害军队及妨害军事工作治罪暂行条例》、《汉奸财产没收处理暂行办法》,1939年晋察冀边区制定的《修正处理汉奸财产办法》,1943年晋察冀边区制定的《处理伪军伪组织人员办法》等等。这些法规都详细规定了汉奸罪的概念、特征和处理原则。如陕甘宁边区《惩治汉奸条例》规定:凡是企图颠覆革命政府、阴谋建立傀儡政府者,破坏人民抗日运动者,组织军队叛变、逃跑或持枪投敌者,施放信号显示敌人轰炸或射击目标者,谋杀革命干部或毒害人民者,乘机放火者,捏造或散布谣言破坏抗战者,有意放纵汉奸分子或诬陷别人为汉奸者等18种人,皆以汉奸罪论处。根据情节轻重,判处死刑或有期徒刑,并没收全部财产或处罚金。惩治汉奸罪刑事法规的制定,有力地打击了反革命犯罪活动,保卫了抗日根据地,推动了抗日救国向胜利进展。

抗日战争胜利后不久,蒋介石集团在美帝国主义的支持下,于1946年7月对我解放区发动了全面军事进攻,挑起了中国历史上空前规模的内战,中国革命进入了第三次国内革命战争时期,也称为解放战争时期。这一时期,刑事法规仍以打击反革命罪活动为重点,表现为消灭蒋介石反革命武装和保障各个解放区的镇反、土改斗争顺利进行。1948年11月1日中国人民解放军总部发布的《惩处战争罪犯》的命令,具体规定了以战犯论处的各种罪行及其惩治办法;1947年10月10日中共中央批准了《中国土地法大纲》。各解放区的人民政府依据《土地法大纲》,先后颁布了有关破坏土地改革者的制裁问题的布告;1947年11月晋察冀边区发布了对破坏土地改革者的制裁问题的布告;1949年1月晋冀鲁豫边区颁布了《破坏土地改革治罪暂行条例》。这些法令的打击锋芒主要是地主恶霸、反革命分子。1949年1月4日华北人民政府颁布