



刑法理论与刑事司法

张明楷 / 著

刑法理论

刑事司法

刑法理论

刑事司法

刑法理论

刑事司法

刑法理论

刑事司法

刑法理论

刑事司法

刑法理论

刑事司法

刑法理论

刑事司法

刑法理论

刑事司法

刑法理论

刑事司法

刑法理论

刑事司法

刑法理论

刑事司法

刑法理论

刑事司法



刑法理论与刑事司法

张明楷 / 著

贵州人民出版社

责任编辑:谢丹华

封面设计:张彪

图书在版编目(CIP)数据

刑法理论与刑事司法...著.-贵阳:贵州人民出版社,2004.8

ISBN 7-221-06662-0

I.刑... II.潘... III.①刑法-法的理论-研究-中国②刑事诉讼法-法的理论-研究-中国 IV.
①D924.01②D925.204

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第082327号

刑法理论与刑事司法

著

贵州人民出版社出版发行

(贵阳市中华北路289号)

贵州兴隆印务有限责任公司印刷

850×1168毫米 32开本 12印张 310千字

2004年8月第1版 2004年8月第1次印刷

ISBN 7-221-06662-0/D·350 定价:22.00元

本著作获“贵州师范大学教材和学术出版基金”资助

刑法理论与刑事司法

， 著

贵州人民出版社

目 录

第一题 罪刑法定原则研究 / 1

- 一、罪刑法定原则的历史发展 / 1
- 二、罪刑法定原则的理论基础 / 4
- 三、罪刑法定原则的基本内容 / 7
- 四、罪刑法定原则在我国的立法体现和司法适用 / 10

第二题 刑事管辖权研究 / 12

- 一、刑事管辖权适用的一般原则 / 12
- 二、我国刑法中的刑事管辖权 / 15

第三题 犯罪构成要件研究 / 26

- 一、犯罪构成的基本理论 / 26
- 二、犯罪客体研究 / 28
- 三、犯罪客观方面研究 / 38
- 四、犯罪主体研究 / 61
- 五、犯罪主观方面研究 / 86

第四题 故意犯罪的停止形态研究 / 117

- 一、故意犯罪停止形态的概念和特征 / 117

- 二、犯罪既遂形态的一般理论 / 120
- 三、犯罪预备形态的一般理论 / 124
- 四、犯罪未遂形态的一般理论 / 128
- 五、犯罪中止形态的一般理论 / 133
- 六、故意犯罪过程中几个问题的理解 / 139

第五题 共同犯罪问题研究 / 142

- 一、共同犯罪的基本理论 / 142
- 二、共同犯罪的特殊问题 / 155

第六题 定罪问题研究 / 175

- 一、定罪的一般理论 / 175
- 二、罪数与定罪 / 187

第七题 刑罚问题研究 / 206

- 一、刑罚的本质、功能和目的 / 206
- 二、刑罚种类及评价 / 226

第八题 量刑研究 / 259

- 一、量刑的意义 / 259
- 二、量刑的原则 / 261
- 三、量刑情节 / 264
- 四、自首、立功 / 271
- 五、累犯 / 279
- 六、数罪并罚 / 284

第九题 挪用公款罪的理论与司法实务研究 / 292

- 一、挪用公款罪的一般理论 / 292
- 二、挪用公款罪的实务问题 / 295

第十题 贪污罪的理论及司法实务研究 / 312

- 一、贪污罪的一般理论 / 312
- 二、贪污罪的主体问题 / 318
- 三、贪污罪的共同犯罪问题 / 325
- 四、贪污赃款去向与定罪问题 / 326
- 五、关于贪污的对象 / 330
- 六、挪用公款转化为贪污的问题 / 332
- 七、贪污罪的立法完善问题 / 336

第十一题 毒品犯罪的理论与司法实务研究 / 343

- 一、毒品犯罪的概念及其危害 / 343
- 二、刑法关于毒品犯罪的规定 / 352
- 三、毒品犯罪的实务问题 / 359

第一题

罪刑法定原则研究

《中华人民共和国刑法》第3条:法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。

罪刑法定原则作为刑法的基本原则,1997年被写入我国刑法典,并成为刑法的首要原则,这是中国刑法史上的一大进步,符合当代世界刑法的发展趋势,对中国今后的刑事立法、司法都具有深远影响。但是,由于观念、立法技术等多方面因素的影响,罪刑法定原则在中国刑事法治中还没有全面、有效地贯彻,无论是刑事立法还是刑事司法,都还存在着不符合罪刑法定原则之处,因而认真地研究和阐述罪刑法定原则对于刑法立法和司法实践具有重要的现实意义和理论价值。

一、罪刑法定原则的历史发展

一般认为罪刑法定的思想渊源,最早可以追溯到中世纪的英

国大宪章。1215年英皇约翰在贵族、僧侣、平民等各阶层结成的大联盟的强烈要求下,签署了共49条的特许状,即著名的英国大宪章。大宪章第39条规定:“凡自由民除经其贵族依法判决或遵照国内法律之规定外,不得加以扣留、监禁、没收财产、剥夺其法律保护权,或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”这一规定蕴含的罪刑法定、保障自由民权利的思想,被认为是罪刑法定原则的渊源。

英国大宪章之后,罪刑法定原则的思想,伴随着人权思想的展开,在英国1628年的《权利请愿书》和1689年的《权利法案》中被进一步确认。此后,罪刑法定原则随着英国的殖民传入北美,先被规定在费城1774年的权利宣言中,后规定于1776年的《弗吉尼亚权利法案》中,《弗吉尼亚权利法案》第8条规定:“除了国家法律或同等的公民的裁判外,任何人的自由不应受到剥夺。”1787年《美利坚合众国宪法》第5条修正案规定:“对任何人不得剥夺其生命、自由和财产。”修正案第14条又进一步伸展规定为:“无论何州,不经正当法律程序不得剥夺任何公民的生命、自由或财产。”从而使罪刑法定原则得到进一步的发展。

17~18世纪,资产阶级启蒙思想家针对封建刑法中罪刑擅断、践踏人权的黑暗现实,更加明确地主张罪刑法定,使罪刑法定的思想更为系统,内容更加丰富。资产阶级革命胜利后,罪刑法定这一思想由学说转变为法律,在资产阶级法律体系中得到确认。

在欧洲大陆,罪刑法定原则首先于1789年被法国规定在《人权与公民权利宣言》中,其第8条规定:“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚,而且除非根据在违法行为之前规定和公布的并且依法施行的法律,不得处罚任何人。”在《人权与公民权利宣言》的指导下,1810年《法国刑法典》首次以刑事立法的形式明确规定了罪刑法定原则。其第4条规定:“不论违警罪、轻罪或重罪,均不得以实施犯罪前未规定之刑罚处罚之。”此后,1871年的《德

国刑法典》，1889年的《意大利刑法典》，1882年的《日本刑法》都纷纷效仿《法国刑法典》的规定。由于罪刑法定原则符合现代社会民主与法治的发展趋势，至今已成为不同社会制度的世界各国刑法中最普遍、最重要的一项原则。

罪刑法定原则从产生之日起发展到今天，已经历了几百年的历史。在这几个世纪中，世界各国的政治、经济、文化和社会状况，都发生了深刻的变化，这些变化不可避免地影响着各国的法律和法治的发展变化。纵观当今世界各国的刑法立法和司法现状，早期的绝对的罪刑法定原则逐渐被相对的罪刑法定原则代替，这已成为各国刑法改革的重要方向。

绝对罪刑法定原则是一种严格的、不受任意选择或变通的原则，它要求犯罪和刑罚的法律规定，必须是绝对确定的。司法机关和司法人员只能被动地执行法律，而没有任何自由裁量的权力。相对的罪刑法定原则是一种较为灵活的原则，是对传统的绝对罪刑法定原则的修正。两者的基本内容存在差别，各有特点：第一，绝对的罪刑法定原则绝对禁止适用类推和扩大解释，刑法条文对犯罪种类、犯罪构成要件的明文规定是定罪的惟一根据，对于法律没有明文规定的行为，不能通过类推或扩大解释以犯罪论处，而相对的罪刑法定原则在定罪的根据上，允许有条件地适用类推和严格限制的扩大解释。适用类推必须以法律明确规定类推制度为前提，不允许任意类推，进行扩大解释必须以不超越解释权限为前提，不允许越权解释或违背立法本意做任意解释。第二，绝对的罪刑法定原则把成文的刑法典和刑法法规作为刑法的惟一渊源，绝对禁止适用习惯法。相对的罪刑法定原则在刑法的渊源上，有限制地允许习惯法成为刑法的间接渊源，即必须以确有必要或不得已而用之为前提。第三，绝对的罪刑法定原则把从旧原则作为解决刑法溯及力问题的惟一原则，绝对禁止刑法溯及既往，对于行为

人行为的定性和处罚,以行为时有有效的法律为依据,行为后施行的新法没有溯及力。相对的罪刑法定原则在刑法的溯及力问题上,允许采用从旧兼从轻的原则,作为禁止刑法溯及既往的例外。即新的刑事法律对其颁布施行以前的行为,原则上没有溯及力,但是,如果新法不认为是犯罪或处罚较轻时,则可以适用新法。第四,绝对罪刑法定原则主张绝对确定的法定刑,严格禁止法外施刑和不定期刑,要求刑罚的名称、种类、幅度,都必须由法律加以确定,并且刑期必须是绝对确定的。相对的罪刑法定原则主张相对确定的法定刑,允许刑法在对刑罚种类做出明文规定的前提下,可以规定具有最高刑和最低刑的量刑幅度,允许法官在法定的限度内,根据实际情况自由裁量。

二、罪刑法定原则的理论基础

关于罪刑法定原则的理论基础,理论学界一直以来争论不止。大多数学者一般认为,自然法理论、三权分立思想与心理强制说是罪刑法定原则的理论基础。

(一)自然法理论

自然法理论是近代资产阶级启蒙思想家提出的自然法哲学的总称,其理论渊源可追溯到古希腊柏拉图的理念论和亚里士多德的自然正义说,其内容主要包括自然状态说、自然法原则说、社会契约说等法哲学学说。资产阶级启蒙时期,由霍布斯、洛克等人倡导、英国学者洛克认为,在法律产生之前,人类处于一种“自然状态”中,并认为自然状态是一种完备无缺的自由状态,也是一种平等的状态,是一种一切人反对一切人的战争状态。在自然状态中,

人们还不懂得用法律来约束自己,为了保护生命、健康和劳动所得,存在一种人人都应遵守的“自然法”,这种自然法来源于人的理性。洛克说:人们既然都是平等和独立的,任何人都不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。为了约束所有的人不侵犯他人的权利,不互相伤害,使大家都遵守旨在维护和平和保卫全人类的自然法,自然法便在那种状态下交给每一个人去执行,使每人都有权惩罚违反自然法的人,以制止违反自然法为度。洛克同时也认为,这种“自然法”存在一定的缺陷:缺少一种明文的众所周知的法律;缺少一个有权依照法律来裁判一切争端的公正的裁判者;缺少一种权力来保证判决的执行。因此,单靠自然法还不够,必须有明文规定的法律,必须有裁判者,必须有保证判决执行的权力,从而维持社会的共同秩序。为了弥补这些缺陷,便需要依契约建立国家,并将立法权、刑罚权委让给国家行使。但契约不是无限的,立法权、刑罚权只能在保护人权的范围内行使,并受自然法的约束。国家的法律应符合自然法的要求,委让给国家的刑罚权应限于必要的最低限度内,所以国家必须预先明文违反义务的种类和对其所处的刑罚。洛克从理念上提出了罪刑法定主义的思想。

后来,英国另一位著名的学者、法官布莱克斯通对洛克的理论加以了完善,调和了自然法与制定法。布莱克斯通将人权分为绝对权和相对权,绝对权是人天生就有的权利,相对权是人作为社会成员所享的权利,天生权利是苍白无力的,不能抵制外来侵害,需要由国家来维护,因此,除保留自由权、安宁权、所有权等,人们需将其他权利让出给国家。为保护个人保留的权利不受侵害,必须有制定法,事先以法律的形式明文规定国家权力,这就从制定法的角度论述了罪刑法定原则。^①

^① 张明楷著:《刑法格言的展开》,法律出版社,1999年版,第19~20页。

(二)三权分立思想

三权分立思想由资产阶级启蒙思想家孟德斯鸠提出。孟德斯鸠认为只有划分国家的权力,公民的自由才有保障,不划分权力,不以权利制约权力,人们就没有自由,就必然走向君主专制。据此,孟德斯鸠主张将立法权、行政权、司法权分开,由不同的机关分别执行,以避免国家权力的专制,保障个人的权利和自由,从而实现权力制约和权力均衡。因此,立法机关应当依据正当程序制定明确而具体的法律规定犯罪与刑罚,凡是法律没有明文禁止的,则不构成犯罪,不得处罚;司法机关只受立法机关制定的法律约束,严格禁止法官行使自由裁量权,这些正是罪刑法定主义思想的核心。

(三)心理强制说

心理强制说由德国学者费尔巴哈创立。心理强制说,简言之,由法律事先规定刑罚,通过执行刑罚对犯罪人以及一般公民产生一种威吓的心理强制机制,从而达到预防犯罪的效果。费尔巴哈认为,人在实施犯罪行为前,会衡量实施犯罪所带来的乐与苦,如果犯罪之乐大于犯罪之苦,则必然实施犯罪,反之,就不会实施犯罪。费尔巴哈提出,必须事先告诉人们犯罪行为的后果,并且使犯罪与刑罚相适应,使人们认识到犯罪不可能快乐大于痛苦,于是强制人们不去犯罪,因此有必要在法律上预先规定犯罪与刑罚的关系。不难看出,罪刑法定,实乃费尔巴哈心理强制说的内在要求。

事实上,自然法理论、三权分立思想和心理强制说,现在都只具有沿革上的意义。西方学者现在一般认为,民主主义与尊重人权主义必然要求实行罪刑法定主义。我国有学者从中国的实际情况出发,提出除了民主主义,尊重人权主义以外,保障安宁也是罪

刑法定原則的思想基礎。^①

三、罪刑法定原則的基本內容

罪刑法定原則的基本內容，就是指犯罪與刑罰必須預先由法律明確規定，即：什麼是犯罪，有哪些犯罪，各種犯罪構成條件是什麼，有哪些刑種，各個刑種如何適用，以及各種具體罪的具体量刑幅度如何等，均由刑法加以規定。對於刑法分則沒有明文規定的犯罪，不得定罪處罰。概括說，就是“法無明文規定不為罪，法無明文規定不處罰”。

罪刑法定原則的基本內容，有法定性、明確性、合理性三層含義。

（一）法定性

法定性指犯罪和刑罰必須事先由法律作出明文規定，不允許法官自由擅斷。它具體包括三點：

1. 成文法主義

該主義要求作為處罰的法律依據的刑法必須是由國家立法機關制定的成文的法律。如果不存在處罰行為的成文刑法，就不能有處罰行為。它排斥行政規章規定犯罪與刑罰，排斥習慣法，排斥判例法。但是，隨著絕對罪刑法定原則被相對罪刑法定原則的逐漸替代，判例法的地位已在逐漸得到大陸法系各國的重視，日本及我國的台灣地區都承認判例的法源地位。與此相應的是，以判例法為淵源的英美法系，也重視了成文法的制定。另外，排斥由行政

^① 張明楷著：《刑法格言的展開》，法律出版社，1999年版，第30～31頁。

法规制定罪刑规范也不绝对,有的国家宪法规定,当法律委任政令制定罚则时,政令可以在委托的范围内制定罚则。如日本宪法第73条规定:“除有法律特别委任的场合以外,政令不能设立罚则。”

2. 禁止类推解释

严格的罪刑法定主义要求,对犯罪规范或总的来说不利于罪犯的规范不得类推,无论是根据相似条文进行的法规类推,还是根据法律的一般原则进行的类推,都是禁止的。

不过,关于禁止类推解释近年来有了新的发展趋势,例如,日本学者木村龟二提出,允许进行有利于被告的类推。

3. 禁止刑法溯及既往

即禁止事后法。绝对罪刑法定主义要求刑法只适用于其施行以后的犯罪,而不追溯适用于其施行之前的犯罪。这是公民预测可能性的客观要求。“如果公民在实施未被法律禁止的行为之后国家又制定法律”,把这种行为宣布为应受惩罚的犯罪行为,并据此对他实施惩罚,这就意味着惩罚公民自由权的行使。从这个意义来说,事后法是惩罚无辜,因为行为人在实施行为时并无犯罪意图,也没有触犯刑法,惩罚他是不公正的、非正义的,也是侵犯人权的。^①

基于保障人权的要求,相对的罪刑法定主义对该原则进行了调整,对于行为时是违法的,后来法律修改,该行为不再是犯罪,或者是犯罪但法定刑变更的情形,一般认为原则上应适用旧法,同时有一个例外原则,如果新法处罚较轻时,则适用新法,新法有溯及力。

(二) 明确性

明确性是指规定犯罪的法律条文必须清楚明确,使人能够确

^① 何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社,1997年版,第56页。

切了解违法行为的内容,准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围,以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象。

明确性是一个相对的标准,有学者认为,对于明确性的判定,应该注意两点:第一,判断一个条文的规定是否明确时,应该对该条文使用的语言进行全面的分析,从整体上判断该条文是否明确规定了适用的范围。第二,不能脱离法律规范的作用来孤立地考察法律规定是否明确的问题。在现实中,一些规范具有划分罪与非罪的作用,不合乎这种规范的行为就不是犯罪行为;另一些规范则是界定轻罪与重罪的标准,即规定犯罪行为的某种特殊表现形式。规定罪与非罪或加重处罚的法律规范,就需要规定得非常明确。^①

(三)合理性

即正当原则,指刑法对犯罪范围的规定必须有合理的根据,对犯罪所规定的刑事责任必须适当、合理。合理性排斥处罚不当的行为,禁止残酷的、不均衡的刑罚。

禁止处罚不当的行为,一方面要求不得对符合宪法的权利行为进行处罚,另一方面要求不得处罚轻微的危害行为及缺乏处罚必要条件的行为。

现代各国宪法一般都禁止残酷的刑罚,即以不必要的精神的、肉体的痛苦为内容,在人道上被认为是残酷的刑罚。现在世界各国刑罚体系中一般不存在身体刑,有争议的是死刑是否属于残酷的刑罚。

^① 赵秉志主编:《刑法基础理论探索》,法律出版社,2003年版,第379页。

四、罪刑法定原则在我国的立法体现和司法适用

(一)罪刑法定原则的立法体现

目前,世界上绝大多数国家都实行了罪刑法定原则,但是,这一原则的立法体现各国所采用的方式不尽相同。有些国家在宪法中明确规定罪刑法定原则,刑法就不再重复、规定,如日本、挪威、瑞典等国刑法;有些国家只在刑法中专门规定罪刑法定原则,如德国、荷兰、智利等国刑法;有些国家在宪法和刑法中同时规定罪刑法定原则,如法国、意大利等国刑法。

我国1979年刑法典没有明确规定罪刑法定原则,相反却在其第79条规定了有罪类推制度。1997年修订的刑法典,从完善我国刑事法制,保障人权的需要出发,明文规定了罪刑法定原则,并废止类推。刑法典第3条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑,法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚。”这一原则的价值内涵和内在要求,在刑法典中得到了较为全面系统的体现:

第一,实现了犯罪的法定化和刑罚的法定化。犯罪的法定化具体表现为:明确规定了犯罪的概念;明确规定了犯罪构成的共同要件;明确规定了各种具体犯罪的构成要件;刑罚的法定化具体表现为:明确规定了刑罚的种类;明确规定了量刑的原则;明确规定了各种具体犯罪的法定刑。

第二,取消了1979年刑法典第79条规定的类推制度。

第三,重申了1979年刑法典第9条关于刑法在溯及力问题上从旧兼从轻的原则。