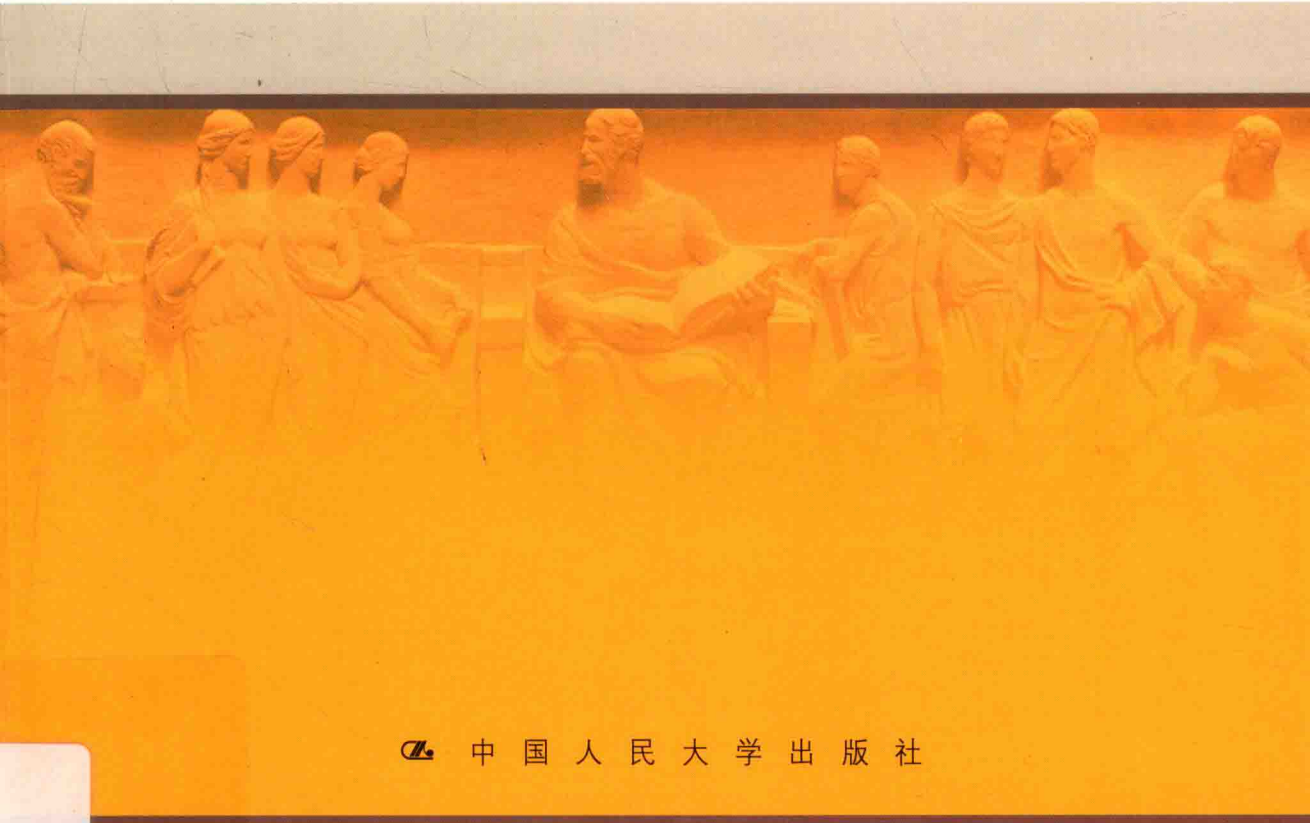


21世纪高等院校法学系列精品教材

刑法总论

(第三版)

周光权 著



 中国人民大学出版社

► 21世纪高等院校法学系列精品教材 ◀

刑法总论

(第三版)

周光权 著



中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总论/周光权著. —3 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2016. 3
21 世纪高等院校法学系列精品教材
ISBN 978-7-300-18042-7

I. ①刑… II. ①周… III. ①中华人民共和国刑法-法学-高等学校-教材 IV. ①D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 298943 号

21 世纪高等院校法学系列精品教材
刑法总论 (第三版)
周光权 著
Xingfa Zonglun

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	三河市汇鑫印务有限公司	版 次	2007 年 11 月第 1 版
规 格	185 mm×260 mm 16 开本		2016 年 3 月第 3 版
印 张	31 插页 2	印 次	2016 年 3 月第 1 次印刷
字 数	808 000	定 价	55.00 元

作者简介

周光权，男，1968年生于重庆市江津区，现为清华大学法学院教授、博士生导师。1999年毕业于中国人民大学法学院，获博士学位，先后任清华大学法学院讲师（1999年）、副教授（2000年）、教授（2005年）、博士生导师（2006年）。第十一届、第十二届全国人大法律委员会委员；兼任最高人民法院特邀咨询员、最高人民检察院指导案例工作委员会委员以及全国十余家司法机关专家咨询委员、专家顾问。曾挂职任北京市人民检察院第一分院副检察长（2007年11月至2010年7月）、最高人民检察院公诉厅副厅长（2013年4月至2014年5月）。2001年4月至2002年3月，在日本名城大学法学部任客座研究员。

主要研究领域：中国刑法学、比较刑法学等。出版《注意义务研究》（中国政法大学出版社1998年）、《刑法诸问题的新表述》（中国法制出版社1999年）、《法治视野中的刑法客观主义》（清华大学出版社2002年，法律出版社2013年）、《刑法各论讲义》（清华大学出版社2003年版）、《刑法学的向度》（中国政法大学出版社2004年）、《刑法总论》（中国人民大学出版社2011年，第2版）、《刑法各论》（中国人民大学出版社2011年，第2版）、《刑法客观主义与方法论》（法律出版社2013年）、《行为无价值论的中国展开》（法律出版社2015年）等个人专著十部；合著、主编、参编《刑法学的现代展开》（与陈兴良教授合著，中国人民大学出版社2006年）等刑法学著作二十余部。在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》、《中外法学》等刊物发表论文近二百篇。

2002年获第七届北京市哲学社会科学优秀成果二等奖；2003年获第三届“胡绳青年学术奖”；2004年获清华大学“学术新人奖”（清华大学青年学术成果最高奖）；2005年获第一届中国青年法律学术奖（法鼎奖）银奖；2006年获司法部优秀法学科研成果二等奖；2008年入选北京市社科理论人才“百人工程”；2010年获北京市“十大中青年法学家”称号；2014年获第十三届北京市哲学社会科学优秀成果一等奖；2015年获教育部第七届高等学校科学研究优秀成果奖三等奖。

内容提要

本书立足于行为无价值二元论，承认行为规范违反和法益侵害对于犯罪成立的重要性，依次论述了刑法基本原则、犯罪成立理论、未遂论、正犯与共犯、犯罪竞合论以及刑罚论等问题，全面展示了行为无价值二元论的刑法基本原理。

本书的特色在于：（1）按照阶层的而非平面结构的理论，讨论犯罪成立的主观、客观要件和犯罪排除事由，实现体系上的创新，在“体系的思考”上迈出了关键步伐。（2）反思现行的刑法学研究方法，对于刑法总论的关键问题都提出了独到、深入的见解，在建构“精巧的刑法解释学”方面进行了尝试，在“体系的思考”中凸现“问题的思考”。（3）重视社会发展和刑法制度变迁之间的紧密关联性，强调刑罚积极的一般预防功能，促进公众认同与刑法制度之间的互动。（4）提倡学派论争，对刑法诸问题的解释与作者一直坚持的刑法客观主义立场、行为无价值二元论保持紧密关联，尤其是结合行为无价值二元论的前沿研究成果对客观归责、事实认识错误、过失犯、未遂犯、不能犯、义务犯等进行了全面阐释，最大限度地保持了刑法学立场和方法的一贯性。

第三版序

时隔四年之后修订本教科书，主要出于两方面的考虑：

一方面，立法和司法解释发生了重大变化。《刑法修正案（九）》大规模修改刑法，其中增设了大量新罪，修订刑法各论部分的内容是迫在眉睫的任务；同时，经济和行政立法活跃，《食品安全法》、《环境保护法》、《广告法》、《民事诉讼法》等重要法律近年来的修改，都会对犯罪认定发生一定影响，本教科书必须反映相关内容；此外，近四年来最高司法机关制定了大量司法解释，不将其充实到教科书中将会降低其实用性。为应对上述变化，本书第三版主要在以下方面进行了修订：（1）对总论中某些特别重要的问题，结合立法的修订进一步展开了论述。（2）对刑法各论中重要罪名（如侵犯财产罪、贪污贿赂罪等）的讨论结合立法的变化增加了相当篇幅。（3）结合最新立法动态，对《刑法修正案（九）》新增和修改的罪名，逐一进行了解析，对某些重要的新罪名，还进行了详细讲解。（4）结合2011年之后至2015年12月之间最高人民法院、最高人民检察院先后颁布的司法解释，对相关内容进行了调整和修改。（5）此外，为回应实务需求，借这次修订的机会，对犯罪认定上的难点进行了仔细分析，例如，对一般教科书中着墨并不多，但实践中争议很大的合同诈骗罪、非法吸收公众存款罪、非法倒卖土地使用权罪、侵犯商业秘密罪等进行详尽分析，提出犯罪判断的明确建议。

另一方面，最近四年多以来，我国刑法学体系性的学派之争迈入新的阶段，在此过程中，许多重要的刑法学命题得以充分展开，教科书必须对此有所反映，并全面展示我的刑法基本立场。

对于本教科书修改的后一动机，在这里需要稍作阐述。我认为，犯罪是违反行为规范进而侵害法益的行为；刑法规范既是裁判规范，又是行为规范，以此为基础，我对行为无价值二元论的相关理论进行了系统研究。^①与此相对立的结果无价值论认为刑法的目的是保护法益；结果成为思考问题的起点；刑法规范仅仅是裁判规范。结果无价值论对行为无价值二元论的通常批评是：行为规范违反说只是说明了形式的违法性，并没有回答违法性的实质；说违法是指行为违反法规范，等于什么也没有说。但是，我不接受这一批评，理由在于：首先，行为规范是一种实在法意义上的法规范，其能够说明形式的违法性；行为规范还有其本体价值和深刻内涵。早期的行为无价值论将规范的本体意义界定为社会伦理规范；雅科布斯（Jakobs）教授将规范理解为对个人在特定情况下按特定方式行事的期待^②；我将行为规范理解为特定社会环境下的集体意识。其次，行为规范说中的规范，一定是与构成要件有关，且受制于构成要件的规范论。行为规范是通过构成要件表现出来的，其系为保护法益而要求人们必须做什么或者禁止做什么的行为指引，如果否定行为规范的重要性，法益保护就必然无法实现；违法性论中的违法，就是建立在违反行为规范和实定法秩序的基础上的，结果无价值论的违法性论也离不开如此理解的违法概念，如果认为行为规范说是什么都没有说，结果无价值论的违法性论也等于建

^① 对行为无价值论的全面论证，请参见周光权：《行为无价值论的中国展开》，61页以下，北京，法律出版社，2015。

^② 参见〔德〕雅科布斯：《刑法保护什么：法益还是规范适用？》，王世洲译，载《比较法研究》，2004（1）。

立在一个什么都没有说的主张基础之上。再次，因为罪刑法定原则的存在，刑法作为行为规范发挥作用，借以实现积极的一般预防功能，如果这一基本事实是难以否定的，那么，在刑法上就不能无视规范的重要性。如果说通过刑罚法规的事前告知是无意义的，那么，就只能是罪刑法定主义原则自身被否定。在这个意义上不得不说，“结果无价值论蔑视法的理念，并且无视法的现实”^①。最后，结果无价值论其实也不可能离不开规范论。规范的最终目的是要保护法益，行为无价值论因为要守护固定在社会中的、原本就是为了保护法益而设定的规范，与结果无价值论强调重视法益保护之间，从来就不是截然对立的思考进路。因为刑法分则构成要件性规定的存在，刑法并不保护所有的利益（即便有的利益一看就很重要），也不是抽象地保护利益，而是仅仅保护那些违反规范，制造并实现规范所反对的风险才去侵害的法益。更何况，当被害人被杀、被抢的法益侵害事实发生后，刑法规范能够保护的只能是未来的法益，对于已经被侵害的法益，结果无价值论意义上的法益保护已然“无力回天”。而对未来法益的保护，势必要求刑法规范具有一般预防的机能；而具有一般预防的机能，就要求刑法规范对一般人具有提示、指引、规制机能。如果不能否认刑法规范的这项机能，那么就必须承认刑法规范是一种行为规范，根据该规范设定了法定的、明确的构成要件，从而为人类行为提供“样板”，并防止法益在未来受害。如此理解规范和法益，就应该肯定地得出结论：行为无价值论离不开法益；结果无价值论也必须重视行为规范。

本次修订的教科书，系统展示了行为无价值二元论和结果无价值论的对立，主要包括：主观要素的定位、对客观归责论的态度、对偶然防卫的处理、对不能犯的判断、在何种意义上承认正犯的犯罪事实支配、对义务犯的态度、共犯处罚根据、法条竞合和想象竞合的区分、对积极的一般预防的评价等。正是对上述分歧进行的不厌其烦的讨论，使得本教科书的立场明确、特色鲜明。

本教科书所展示的这种争论，处在刑法客观主义和主观主义学派对立的“延长线”上，是刑法客观主义内部的争论。结果无价值论是所谓的“旧客观说”；行为无价值论则属于“新客观说”。因为二者都肯定法益侵害的重要性，都肯定犯罪判断上的从客观到主观，就具体问题的解决而言，我的主张和结果无价值论在结论上的差异远没有人们想象的那么大。但这不是说行为无价值二元论和结果无价值论的争论就不再存在价值。两种理论各自在问题意识、理论出发点、方法论上的独特价值永远都是存在的，其从违法性论之争扩展至构成要件论，再推至具体犯罪的认定，这种争论既有利于表明学者自身的思考采用了何种立场，从而保持其理论的一致性、协调性；也促使被批评者追求理论体系的完善。这种争论对实践的积极影响，更是不可估量。可以说，行为无价值二元论和结果无价值论各自打开了刑法理论的一扇窗，使我们能够看到刑法学中的另一种美丽风景。其实，只要有切中要害、循环往复但又心平气和的学派论争，中国刑法学就一定有一个好的前景。

本书第三版所揭示的这种理论对立，将刑法学上诸多问题的复杂性展示出来，并试图为司法实务上的难题解决提供不同的选择方案，我相信这样做会对拓宽刑法研习者的知识视野有所裨益，同时也树立了供“后浪”们精准“打击”的靶子！

是为第三版序。

周光权

2016年1月16日

^① [日] 井田良：《变革的时代における理论刑法学》，122页，东京，庆应义塾大学出版会，2007。

第二版序

在修改本书过程中，对于以下两点感触良多，有必要与各位分享：

一是在从事刑法研究或者实务过程中，最好不要有绝对化的思维。在刑法学中，不存在某种观点绝对正确或者绝对错误的问题。任何一种主张，都是站在特定立场，根据观点持有者本人的兴趣逐步形成的，与该学者的人生经历、知识背景、阅读范围等紧密相关，都只是一种相对合理的产物。在刑法学中，存在大量的学派对立，对各种学派的合理性，都要充分看到；对大量存在的罪与非罪、此罪与彼罪界限模糊的情况，也要有充分的思想准备。换言之，在刑法学中，不存在“非黑即白”的现象。对某些极端或者疑难案件的处理，观点很难说有对错，存在的只可能是谁比谁合理、谁比谁在当下更说得通的问题。因此，为了确保利用刑法的惩罚是妥当的，以防止错案的出现，对刑法的解释就必须十分精巧，必须注意观察各种不同解释方法所得出结论的差异性，在不同的解决方案中寻找最合理的案件处理方法，充分说理，以理服人。

二是理论的发展要创新是很困难的。很多时候理论的发展意味着对他人的学习，所以，借鉴欧陆刑法学成果，对于中国刑法学者来说完全是理所当然的。日本学者丸山真男曾经认真地讨论了学术研究上的独创性问题，他指出，思想史能否有独创性，是一件很难评价的事情。关于独创性，认真研究过的人都知道，即使拿欧洲的思想史作为背景，也很难发现有全新的东西。正如人们所说的，欧洲思想史是以古希腊的思想为主题的变奏曲。也就是说，欧洲的整个思想史，都是在古希腊的思想的基础上，做一些不大的变化。“所谓的思想史，大体上是古来思想不断改编的历史。也就是说，对过去的思想一读再读，读透了再给予重新解释，给之以新的光辉。不外就是这样的历史。从这个意义上看，真正的独创，也并不是什么全新的东西，当然也不是什么新奇的构思”^①。他的这个话用在刑法理论上也是合适的。其实，除了类似于客观归责这样的理论是独创的以外，真正的独创也不是什么全新的东西，也不是什么新奇的构想。即使是客观归责理论，也和因果关系的规范判断有关，新瓶装的未必不是旧酒。在犯罪论体系问题上，今天的刑法学者已经很难有全面的创新。对此，罗克辛也认为：各种不同的体系性方案，就是在一个共同的基础上发展出来的。一般犯罪原理的所有创新，就仅仅是在一种持续进行的延续性框架中的一些发展阶段。^②

分析这么多，无非是想表明中国刑法学想要取得长足的发展，必须要有多种思路，所以要有比较宽广的胸怀，认识到不同的犯罪论体系都有必要存在，所以，不存在一种理论比另外一种理论要优越这样的问题。犯罪论体系问题上的“百花齐放，百家争鸣”，行为无价值论和结果无价值论的对立等，对于中国刑法学的长足发展，有百利而无一害！

《刑法总论》第二版对于行为无价值论进行了新的解释；对犯罪论体系的建构也进行了更

^① [日] 丸山真男：《日本的思想》，区建英、刘岳兵译，110页，北京，三联书店，2009。

^② 参见[德] 克劳斯·罗克辛：《德国犯罪原理的发展与现代趋势》，王世洲译，载梁根林主编：《犯罪论体系》，5页，北京，北京大学出版社，2007。

为详尽的说明，在解释上，将第一版中的“犯罪客观要件——犯罪主观要件——犯罪排除要件”中的“犯罪排除要件”进行了拆分，从而形成“犯罪一般要件（客观要件、主观要件）”、“犯罪排除要件（违法排除要件、责任排除要件）”的理论体系，使得我的犯罪论体系更为自治。此外，对共犯论、竞合论等问题，也有一些新的见解。在《刑法各论》第二版中，主要结合《刑法修正案（七）》、《刑法修正案（八）》的规定，对新增设的犯罪进行了分析，试图展示重点、揭示争点，以有利于司法适用。此外，对侵犯财产罪、侵犯人身权利罪、经济犯罪、贪污贿赂罪的一些疑难问题，也结合最近几年理论界的最新研究进行了一些修改。

是为第二版序！

周光权

2011年7月22日

第一版序

经过多年的积累和反复斟酌，我的仍然带着许多不成熟痕迹的《刑法总论》、《刑法各论》终于可以面世了。在刑法学教科书已经多如牛毛的今天，为什么自己还一定要“凑热闹”写这么两本书？我觉得有必要仔细地向读者作出交代。

大约十年以前，李海东博士就曾经提出过发人深省的问题：我们的刑法学理论研究是不是总体上存在着某种根本性的偏差？“十几年来刑法学研究的发表物数量巨大是一个不争的事实，可它与研究的质量没有关系……今天的中国刑法理论，本质上还处在我们上一代刑法学者们的认识框架中。这个框架是以本身尚处于摸索阶段、完全不成熟的三十年代苏联刑法学理论为基础的。但是，维辛斯基式的刑法理论结构与基础本身，从今天的角度来看，不仅在实践中是失败的，而且在理论上也是行不通的。”^①他所提出的批评意见时至今日仍然是切中肯綮的。

目前流行的很多教科书，意识形态色彩过于浓厚，受苏联影响太深。而苏联的刑法学观点，大量充斥着错误、混乱和含糊不清，在强调中央集权、高扬惩罚大旗的时代，或许有其存在意义。但在人权保障观念得到逐步提倡，社会不断开放，新型犯罪需要刑法学及时给予回应的社会背景下，死死抱住苏联刑法学理论不放，实在不是明智的态度。

苏联刑法学是一个“大杂烩”，是在一个政权建立之初，需要独树一帜时的选择，颇有“慌不择路”的意味！既然如此，理论体系内部的不合理之处必然难以避免。

苏联刑法学中的意识形态气息极其明显，因为它更多的是政治革命家的选择，而不是刑法学者详尽论证、反复论争的结果。政治家们“钦定”的刑法学，必然带有两个特征：一是为满足政治斗争、巩固政权的需要，将刑法制度直接设计为政治斗争、政权巩固的利器。刑法着眼于惩罚、着眼于控诉，试图显示国家权力的强大无比；而基本上不考虑辩护机会的赋予，对辩护权利的行使本能地持排斥态度。如果国家只是单纯地把刑法作为惩罚的工具，更多地考虑惩罚的便利性、灵活性和容易性，在这种刑法观基础上建构起来的刑法学，就不是规范性的，而是政治性的。二是对其他法系刑法学的改造，一般就是“删繁就简”，即在很多时候出于使用上便利的考虑来设计刑法制度，尽量避免制度上的相互钳制，也试图防止认定犯罪过程的过于繁复，于是类推制度在刑法中赫然规定就很容易理解；将犯罪构成要件理论简单化，也自然在情理之中。但是，把对犯罪——一种基本上属于人间最为复杂的社会现象——的认定这种高智商展示过程，降格为将犯罪客体—犯罪客观方面—犯罪主体—犯罪主观方面这四大块拼凑在一起的“搭积木”的游戏，会带来很多问题。游戏的过程，枯燥无味，这自然不用说了；有时，拼凑四大构成要件的游戏，还带有“儿戏”的味道，因为依据这种理论认定犯罪时，出错的几率，比起德、日阶层式的犯罪评价体系要高出不少。

^① 李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，2页，北京，法律出版社，1998。

其实，刑法学上的学术论争，原则上只应涉及定罪量刑的“技术性”问题，与所谓的政治立场本身不应当有何关联。我们切勿在苏联刑事法制实践已经明显失败的情况下，把继受苏联刑法学的政治意义人为地夸大。必须看到，如果意识形态或者“意识形态化”的一些观念上的障碍不克服，学术对话机制不会确立，刑法学就不会有突破性进展。这绝不是危言耸听，而是实实在在的结论。

有的人会提出，随着我国刑法学近二十年来的飞速发展，意识形态对刑法学的影响早已消除。但是，在这里，有两个问题需要澄清：一方面，我国刑法学近二十年来，究竟有多大的发展，对此还得打一个巨大的问号。如果我们的刑法学理论一开始就出了问题，任何所谓的发展都是无从谈起的。我国刑法学基本上谈不上规范地发展，例如，我们没有集中地讨论学派论争问题，没有重视法益侵害对于刑法学的意义，在一些基本的概念（例如，危险犯、犯罪既遂、共犯的从属性等）上，仍然充斥着错误的理论。另一方面，刑法学中意识形态化的问题，即使不说是越来越严重，也可以说是没有根本性的消减。例如，承认犯罪客体概念，将犯罪视作对社会主义社会关系的侵害，就是意识形态的触角伸入刑法学领域的最集中表现。重视犯罪客体概念，不仅会使刑法学理论陷入混乱，将行为与构成要件的关系，以及与行为违法性的关系搅在一起；而且会使得被告人的辩护显得特别困难，国家权力的“大棒”有了赤裸裸地任意挥舞的特质。又如，形式化地理解实行行为的概念，没有在法益侵害或者法益威胁的层面上解释什么是真正的实行行为，就容易将不可罚的不能犯认定为未遂犯，从而动用刑法。上述这些观念的存在，从表面上看，是刑法学不发达的表现，但是，从实质上看，则与意识形态涉入刑法领域，国家只重视惩罚，只要行为人内心邪恶，不考虑其是否有值得惩罚的行为，不深究惩罚的正当理由有关。

从这个意义上讲，编写一本和意识形态保持适度距离的刑法学，就是有独特价值的。在我看来，刑法学的发展，和用砖砌墙、修建高楼大厦一样，根基如果有问题，第一块砖砌歪了，后面的砖块即使堆得再多、再高，外观上挺气派的房子，也只不过是危房而已！迄今为止，我们的刑法学者可能一直在为某些根本性的偏差提供着理论支撑。所以，我国刑法学要取得真正的发展，在一些根本性的东西上作出改变，就是十分必要的。

二

由于我国在相当长的历史时期内一直坚持政治专制主义传统，近代刑法学没有发展的土壤，从那时起，就世界范围而言，我国刑法学“失语”了。所以，有为数不少的日本刑法学者在他们的教科书中说，日本在明治维新以后，引入了近代刑法学的观念，中国刑法以及刑法思想对日本的影响就完全没有了。其实，日本学者已经说得很委婉了。今天的我国刑法学，非但对日本、德国等大陆法系国家没有影响，更为严重的问题在于：我们要想和这些国家的学者“搭话”，可能都已经变得无比困难。

最近一百年来，我国刑法学一直在“学习”：20世纪的前五十年，主要学习德日刑法；后五十年，主要学习苏联。学得比较匆忙，学得也并不“虚心”，所以没有学好。苏联这面大旗轰然倒塌之后，我国刑法学和整个意识形态一样，多少有些茫然。但是，苏联刑法学中的好些东西，我们至今还在坚持。还抱着不放的理论中，有些是合理的，有些是明显应该抛弃的，例如，犯罪构成理论；有些是只有我们才熟悉的，大多数内容则是与国外理论完全无法沟通的。

对于一个物件，敝帚自珍，往往有它的道理。对于一套理论，完全难以讲给国外同行听取，或者硬要灌输给对方，对方就会陷入犯糊涂的境地，这样的理论，或多或少有些问题。时间长了，这种理论只能是国人关起门来孤芳自赏的喃喃自语，见了“外人”，便发不出声。今

天的我国刑法学便陷入了这种“无声”的困境。

现今的我国刑法学者必须对刑法学的共性有清楚认识，要承认一种“文化际”的刑法，从而促进“跨文化的”刑法学交流。

我国和德、日等大陆法系国家在文化根基上有些差异，从刑法发生学上看，也有明显不同。但是，从另外的意义上看，或者不同点更少，而相同之处更多，故意夸大这种差异，有时于事无补。换言之，在犯罪论等刑法学根本问题上，我国刑法学没有必要拒斥已经在世界上一百多个国家产生根本性影响的德国刑法学体系。苏联人的标新立异、别出心裁，在有的时候意味着创造，的确值得提倡，但是在特定情况下，这样的举动则意味着走弯路。

实际上，刑法的基础并不完全是依文化而转移的。现代社会正在摆脱文化偏见的余毒，不同文化之间完全可以合理地期待一些东西。几乎所有的法律文化对大多数刑事犯罪形态的认定都是一样的，至少从《汉谟拉比法典》以来的成文法中我们可以得知，法律所关切的利益如生命、财产和名誉等，若干世纪以来都是刑法中所保障的。在当今几乎所有的文化中，我们可以找到共同的刑事犯罪范畴：故意杀人、过失致人死亡、性犯罪、放火、伪造货币、财产犯罪，等等。现代各国也正在一步步剔除刑法中的不合理内容，例如，多数国家逐步将通奸、自杀、同性恋、宗教分歧、对政府的批评等排除在犯罪圈之外。换言之，从刑法的角度看，几乎找不到什么样的刑法文化在本质上是不同的。所以，我们孜孜以求所献身的理想，别的文化也有；我们所遭遇的各种伤害，别人亦感同身受！

其实，我国的刑法立法已经反映了刑法的“跨文化”共同性。刑法典关于犯罪成立条件的规定与大陆法系的规定之间并无多大差别。而在犯罪构成理论体系上却与国外存在天壤之别，由此可见，犯罪论体系完全是一个理论建构的问题。在现行刑法框架下，直接采用大陆法系的三阶层犯罪成立理论体系，并不存在法律制度上的障碍。

此外，我们还要注意一个相当有趣的现象：早在20世纪30、40年代国民党统治时期的中国，刑法学关于犯罪成立的理论，完全是以大陆法系的分层次判断结构为模型建立的，刑法学教授和初学刑法学的人对于接受这样的理论，并不存在思维上的困难，刑法学要吸收当时德、日最新的研究成果，也不会有很多障碍。

所以，由于中国法律总体上可以被归入大陆法系的范畴，或者说我们与大陆法系的理念和制度具有某种亲缘性，以大陆法系的犯罪论体系为基础，建构中国刑法学中的犯罪论体系，就完全具有可能性。刑事惩罚是一个非常强大的强制手段，我们不能简单地假定它是传统或者习惯，而必须在理论上解决惩罚的合法性问题。对现存犯罪构成四要件理论的改造，可以看作惩罚合法化进程的关键步骤。

在我的《刑法总论》中，犯罪成立理论就借鉴了大陆法系的阶层理论，将犯罪成立条件分为犯罪客观要件、犯罪主观要件和犯罪排除事由三个部分。这对于构建可以“通约”的跨文化的刑法学理论体系具有重要意义。

三

通过教科书展示学者的学术观点，从而促进学派的形成以及对抗，对于中国刑法学未来的发展，是一件功德无量的事情。

在《刑法总论》、《刑法各论》中，我都提倡刑法学者之间公开、积极的对抗，允许多种犯罪成立理论并存，从而消除苏联犯罪构成四要件理论一枝独秀的不正常局面，以建立客观主义的刑法学。

在刑法学领域，显然并不存在固定不变的、唯一正确的真理性认识，理论始终处于发展过

程中。刑法学的发展必须在学派论争、对抗中形成；发展绝不是将某一家理论、某一派理论先行奉为“金科玉律”之后再对其仅仅作小修小补。这一点在大陆法系刑法学的发展进程中表现得特别充分：自18世纪以来就在刑事古典学派与刑事实证学派的旗帜下展开的“学派之争”，使得犯罪论、刑罚论的许多问题被反复地、深入地讨论，对抗的激烈程度远远超过我们今天的想象。正是由于两派在理念与方法上均存在重大差异，也正由于他们的杰出贡献，现在我们可以有机缘看到：在犯罪论中，就共犯的本质、共犯的范围、着手的判断、未遂犯与不能犯的区别等问题而言，往往存在正反两方面的观点；对同一种犯罪行为的认定和处理，也大多有两种以上的方案供人们选择。由此一来，犯罪的辨别机制、处理机制可能就会更趋于合理，刑法理论也可能更对社会负责。因为某一派刑法学者要论证自己的观点正确，必须费尽心思，甚至可以说是殚精竭虑。真理在学派论争与对抗过程中越辩越明。处于对抗背景下的刑法学，不仅仅需要求得理论本身的自足与圆满，在体系上“讲得通”，还要考虑社会现实和社会需要。只是理论上讲得通的理论，如果不能有效地惩治犯罪，不能积极回应社会的需要，就会出现“软肋”，遭受对手的攻击，也容易被社会所摒弃。

不同的学者可能有不同的刑法学理论体系，这是十分正常的。体系多元化是学术发展的基础，由此，学术研究才会有自己的风格，有独特性，才能有创造性见解。不过，体系的建构，必须建立在不同学者之间公开的观点交锋、论争过程中，理论建构绝不是闭门造车、自说自话，更不是不着边际的胡言乱语。当前，我国刑法学的根本问题是没有形成健全的对话、抗争机制，浅层次的重复性研究太多，缺乏创新，而深层次的研究缺乏，这既表现在对刑法理论的哲学基础、宪政基础很少追问，也表现在对具体问题缺乏深入分析，例如，对共同犯罪、间接正犯、不作为、原因自由行为等原本应该被反复、深入讨论的问题，反而研究不多，这不是一种正常现象。

我国刑法学要取得真正的发展，根本的出路在于密切关注司法实践和社会实践，立足于解决有中国特色的具体问题。这一效果的达到与学术论争的出现须臾不可分离。在对抗中发现问题的，形成强烈的问题意识^①，从而讨论一些刑法学中的“真”问题，理论体系的合理建构才有可能。来自于苏联，并在我国目前处于通说地位的传统犯罪构成“四要件论”有一些道理，但是在保障被告人的辩护权方面存在明显不足，所以，应当鼓励人们探讨刑法学中的这一核心问题，学术探讨绝不能固守目前的理论，排斥其他观点。离开了学术对抗，就不会有刑法学的学术创新；离开了学术对抗，对刑法学者形成健全的人格也绝无好处，如此，刑法学者就会缺乏广博的胸怀，不能广泛采纳他人意见，害怕批评，不敢正视他人的观点。刑法学上的对抗，不是相互抬轿，反而要“刺刀见红”，短兵相接，对事不对人，尊重对方的人格和探索精神，为促进刑法学发展这一根本目的的实现而努力。唯其如此，才有可能在刑法学领域建立“学术共同体”。

我国刑法学界目前与法国、日本、韩国等大陆法系国家学者都有一些学术交流，但是，如果我们没有自己真正的学术共同体，我们固守目前的犯罪构成理论，就无法与对方实现真正的对话与沟通，交流就只能停留在浅层次。当然，我们不是单纯为了与他们对话、接轨才改造固有理论。改造现有理论的根本动机在于现有理论的确没有考虑司法实践的复杂情况，没有考虑对辩护要求的满足。犯罪构成理论不改革，共犯论、犯罪形态理论等相关问题，都是不可能取

^① 歌德在和埃克曼对话时就提到：“人类生来不是为了解决世界的问题，但是他们可以去找寻问题出在什么地方，然后将其限制在可以被理解的范围之内。”（转引自〔德〕拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，8页，北京，法律出版社，2005。）刑法学理论如欲达到某种高度，就必须对问题进行思考。在思考问题的基础上，才谈得上体系建构的问题。

得长足发展的，合理的刑法学体系就不可能搭建。

所以，如果能够在刑法学研究中形成学术规范，结成学术共同体，在多数人认同的基础或者平台上集中精力讨论诸如犯罪成立理论、不作为、因果关系、共犯论、犯罪形态、刑罚正当根据等根本性问题，使刑法学研究走上规范化的轨道，并出版一些高水平而不是相互抄袭的教科书，我国刑法学的前途肯定是光明的。

但是，这一目标的实现，必须依靠学术对抗、论争局面的形成，只有在对抗、论争中发现问题，争论问题，我国刑法学才能赢得长足、实质发展的契机。我国刑法学的声音，才可能在国际上传播，同时也被国内的司法实务部门所听取，刑法学的“失语症”才会有所缓解。

我深知：任何个人对于学术的贡献都是一点一滴的！但愿我的《刑法总论》、《刑法各论》能够成为批评的“靶子”，在推进学派形成方面多少发挥一些作用。

周光权

2007年9月

目 录

第一编 导 论

第一章	刑法学基本范畴	3
第二章	刑法学派之争	26
第三章	刑法基本原则	39
第四章	刑法适用范围	61

第二编 犯罪论

第五章	犯罪论体系	69
第六章	犯罪客观构成要件	95
第七章	犯罪主观构成要件	143
第八章	犯罪排除事由Ⅰ：违法排除事由	186
第九章	犯罪排除事由Ⅱ：责任排除事由	224
第十章	客观处罚条件	247
第十一章	犯罪特殊形态Ⅰ：未完成形态	265
第十二章	犯罪特殊形态Ⅱ：正犯与共犯	312
第十三章	犯罪特殊形态Ⅲ：犯罪竞合	370

第三编 刑罚论

第十四章	刑罚根据	391
第十五章	刑罚种类	402
第十六章	刑罚裁量	418
第十七章	刑罚执行	452
第十八章	刑罚消灭	462

目 录

第一编 导 论

第一章 刑法学基本范畴	3
第一节 犯 罪	3
一、犯罪的概念	3
二、犯罪的本质	5
三、犯罪的分类	7
第二节 刑 罚	9
一、刑罚的概念	9
二、刑罚权	10
三、刑罚功能	11
四、刑罚和保安处分的关系	11
第三节 刑 法	12
一、刑法的概念	12
二、刑法的演变	12
三、刑法的性质	19
四、刑法的任务	21
五、刑法的社会功能	21
第四节 刑法学	22
一、刑法学思维的独特性	22
二、刑法学和其他部门法学之间的关系	23
三、刑法学研究方法	23
第二章 刑法学派之争	26
第一节 刑法客观主义	27
一、刑法客观主义的代表人物	27
二、刑法客观主义的基本理念	28
第二节 刑法主观主义	29
一、刑法主观主义的代表人物	29
二、刑法主观主义的基本观念	30
第三节 刑法理论对立的意义	32
一、误解的澄清	32
二、刑法理论论争的关键点	32
三、刑法理论论争的意义	32

第四节 行为无价值二元论的提倡	33
一、行为无价值二元论的基本立场	33
二、行为无价值二元论在德日的不同命运	35
三、行为无价值二元论在当代中国的意义	37
第三章 刑法基本原则	39
第一节 罪刑法定原则	39
一、发展历程	39
二、思想渊源	42
三、基本内容	42
四、罪刑法定原则对立法者的约束	47
五、罪刑法定原则的实现	47
第二节 罪刑均衡原则	54
一、观念基础	55
二、立法体现	55
三、司法适用	57
第三节 刑法适用平等原则	58
一、含义	58
二、适用	58
第四章 刑法适用范围	61
第一节 刑法的空间效力	61
一、刑法空间效力的原则	61
二、我国刑法关于空间效力的规定	61
三、关于刑法空间效力的特殊问题	63
第二节 刑法的时间效力	64
一、刑法的生效时间	64
二、刑法的失效时间	64
三、刑法的溯及力	65

第二编 犯罪论

第五章 犯罪论体系	69
第一节 犯罪论体系的比较	69
一、大陆法系的阶层式犯罪论体系	69
二、英美法系的双层次犯罪论体系	74
三、苏联、中国的闭合式犯罪构成论	75
四、导致犯罪论差异的内在原因	76
第二节 犯罪构成四要件说的缺陷	78
一、不能区分违法和责任	78
二、难以兼顾形式判断与实质判断	80
三、重视控诉机制而轻视辩护机制	81