

新中国刑法

的

理论与实践

高铭暄 王作富 主编



河北人民出版社

责任编辑：牛 大 平

封面设计：肖 海 航

新中国刑法的理论与实践

高 铭 暄 王 作 富 主编

河北人民出版社出版发行（石家庄市北马路45号）

河北新华印刷一厂印刷

850×1168毫米 1/32 22.5印张 562,000字 1988年2月第1版
1988年2月第1次印刷 印数：1—5,000 定价：4.85 元

ISBN 7-202-00077-6/D·6

前 言

《中华人民共和国刑法》颁布以来，刑法学研究出现了崭新的局面。各地陆续出版了一批刑法学教科书和专著，各种报刊也相继发表了一些刑法学专题论文，对刑法中的一系列问题进行了程度不同的探讨，取得了一定的成果。但是，从总的情况来看，刑法理论的研究工作同我国现代化建设和司法实践的要求仍存在一定距离，许多刑法理论问题还有待于进一步深入研究。

为了对刑法学中若干重要问题展开深入探讨，以期促进刑法科学的蓬勃发展，更好地服务于社会主义法制建设，我们编写了《新中国刑法的理论与实践》一书。在本书中，我们以马列主义毛泽东思想关于法学的基本原理为指导，在吸收古今中外，尤其是建国以来刑法学研究最新成果的基础上，按照最新的立法规定和司法解释，并结合司法实践中出现的新情况，对刑法学中的35个重要问题进行了探索和研究。本书既不是论文汇编，也不象业已出版的刑法学教科书那样，对刑法规定的每一问题都进行全面论述，追求刑法学体系的高度完整，而是大体上按照刑法学的体系，选择其中若干重要问题进行研究和阐述。在研究工作中，我们力求材料翔实、新颖、准确，理论与实际相结合，并力求有新的见解，从而使本书不仅要具有较高的学术价值，而且也能对司法实践有所裨益。

本书由各位作者分工写作，最后由高铭喧教授和王作富教授两位主编统改定稿。应当指出，本书虽然是我们共同努力，合作写成的，但并非其中每一个观点都是所有作者一致赞同的。在这

个问题的处理上我们的态度是：求大同，存小异，百家争鸣，文责自负。

本书编写分工情况如下：

王作富：第十二、三十一*、三十三章

陈兴良：第五、八、十六、十九、二十、二十五、三十五章

张智辉：第十四、十五、二十四、三十章

周振想：第二、六、十、二十一、二十三、二十七、三十二章

姜伟：第七、十一、十三*、十八、二十二、二十九章

赵秉志：第四、十七、二十六、二十八、三十一*、三十四章

高铭喧：第一、三、九、十三*章

编写《新中国刑法的理论与实践》一书，是我们深入研究刑法学的一次新尝试，也是我们对近年来刑法学研究成果的一个学习总结。但愿本书的出版，能对刑法学的学习与研究，对刑法的执行与遵守，起到积极的推动作用。

作者

1986年12月于北京

※ 凡有此符号的章，为两人合写，在每人分工里均标出。

目 录

第一编 绪 论

第一章 新中国刑法的产生和发展	(1)
一、新中国刑法的产生	(1)
二、我国《刑法》公布施行以后的补充和修改	(4)
第二章 马克思、恩格斯的刑法思想	(23)
一、关于刑法基本原则的思想	(24)
二、关于犯罪问题的思想	(28)
三、关于刑罚问题的思想	(42)
第三章 毛泽东关于刑法问题若干论述的指导	
意义	(48)
一、立足于本国实际制定刑法	(48)
二、明确规定刑法的任务	(50)
三、严格区分两类不同性质的矛盾	(53)
四、实行惩办与宽大相结合的政策	(56)
第四章 邓小平关于刑法问题的论述	(61)
一、关于刑事立法的论述	(61)
二、关于刑事政策的论述	(67)
三、关于打击经济犯罪问题的论述	(76)
第五章 董必武关于刑法问题的论述	(83)
一、关于刑事立法的论述	(83)
二、关于犯罪问题的论述	(87)
三、关于刑罚问题的论述	(91)

第六章 罪刑法定原则	(99)
一、罪刑法定原则的由来与发展	(99)
二、罪刑法定是我国刑法的基本原则	(102)
三、罪刑法定在我国刑法中的体现	(105)
四、罪刑法定与类推适用	(109)
第七章 罪刑相适应原则	(114)
一、罪刑相适应的历史沿革	(114)
二、罪刑相适应的理论根据	(118)
三、罪刑相适应的基本要求	(121)
四、我国刑法中的罪刑相适应	(126)

第二编 犯 罪 总 论

第八章 犯罪概念	(132)
一、犯罪的社会危害性	(132)
二、犯罪的刑事违法性	(139)
三、犯罪的应受惩罚性	(146)
四、犯罪的本质特征	(148)
第九章 刑事责任	(153)
一、刑事责任的概念	(153)
二、刑事责任的根据	(161)
第十章 犯罪构成	(168)
一、评价与研究我国犯罪构成理论的态度	(169)
二、关于“三位一体”的新犯罪构成理论	(173)
三、关于犯罪客体	(175)
四、关于犯罪主体	(179)
第十一章 犯罪结果	(186)
一、犯罪结果的基本特征	(186)
二、犯罪结果的基本类型	(188)
三、犯罪结果在犯罪构成中的地位	(191)

四、研究犯罪结果的意义	(196)
第十二章 刑法中的因果关系	(200)
一、关于必然因果关系与偶然因果关系	(200)
二、必然因果关系和偶然因果关系的具体表现	(210)
三、因果关系与刑事责任	(218)
第十三章 “法人犯罪”问题	(223)
一、“法人犯罪”的情况与特点	(223)
二、法人能否作为犯罪主体	(227)
三、“法人犯罪”的处理	(234)
第十四章 故意犯罪	(236)
一、故意犯罪的基本特征	(236)
二、故意犯罪的基本类型	(249)
三、故意犯罪的认定	(249)
第十五章 过失犯罪	(257)
一、过失犯罪的概念与特征	(258)
二、过失犯罪的行为性质	(261)
三、过失犯罪的心理分析	(264)
四、过失犯罪的认定	(273)
第十六章 正当防卫的必要限度	(282)
一、必要限度的历史考察	(282)
二、必要限度的理论考察	(288)
三、必要限度的实际考察	(399)
第十七章 犯罪实行行为的着手	(305)
一、犯罪实行行为着手的含义	(307)
二、犯罪实行行为着手的认定	(314)
第十八章 牵连犯	(332)
一、牵连犯的历史沿革	(332)
二、牵连犯的构成要件	(336)
三、牵连犯的法律性质	(353)
四、牵连犯的定罪量刑	(356)

五、牵连犯的存废问题	(364)
第十九章 法条竞合	(367)
一、法条竞合的沿革与本质	(367)
二、法条竞合的内涵与外延	(370)
三、法条竞合的表现形态	(375)
四、法条竞合的适用原则	(378)

第三编 刑 罚 总 论

第二十章 情节减轻犯与情节加重犯	(385)
一、情节减轻犯与情节加重犯的概念	(385)
二、情节减轻犯与情节加重犯的内容	(390)
三、情节减轻犯与情节加重犯的性质	(396)
四、情节减轻犯与情节加重犯的意义	(398)
第二十一章 自首从宽处罚的原则	(404)
一、自首从宽处罚的根据	(404)
二、自首量刑的一般原则	(407)
三、自首的从宽处罚	(414)
第二十二章 数罪并罚	(430)
一、数罪并罚的原则	(430)
二、同种数罪是否并罚	(434)
三、适用数罪并罚的几个问题	(440)

第四编 罪 行 各 论

第二十三章 经济犯罪中的数额	(448)
一、经济犯罪数额的种类	(449)
二、经济犯罪数额的计算	(454)
三、经济犯罪数额和定罪量刑	(459)
四、几种经济犯罪数额的理解	(465)
第二十四章 走私罪	(467)

一、走私罪的历史与现实	(467)
二、走私罪的概念与特征	(469)
三、走私罪的定罪与处罚	(475)
第二十五章 投机倒把罪	(485)
一、投机倒把罪的历史沿革	(485)
二、投机倒把罪的本质特征	(488)
三、投机倒把罪的表现形式	(493)
四、投机倒把罪的几个界限	(500)
五、投机倒把罪的刑事责任	(504)
第二十六章 盗伐、滥伐林木罪	(508)
一、盗伐林木罪与滥伐林木罪的异同	(509)
二、盗伐、滥伐林木案件的定性	(515)
三、盗伐、滥伐林木案件的处理	(521)
第二十七章 强奸罪	(527)
一、刑法第 139 条罪名的确定	(527)
二、强奸罪的本质特征	(531)
三、奸淫幼女罪是否以“明知”为条件	(539)
四、强奸罪与流氓罪的区别	(545)
第二十八章 抢劫罪	(550)
一、抢劫中故意杀人的定罪问题	(550)
二、抢劫罪既遂与未遂的区别标准	(566)
三、刑法第 153 条的理解和适用	(571)
第二十九章 盗窃罪	(580)
一、盗窃罪的对象	(580)
二、盗窃权利证书的处理	(589)
三、盗窃数额与情节的关系	(593)
第三十章 诈骗罪	(599)
一、诈骗罪的本质特征	(600)
二、诈骗罪的基本类型	(604)
三、诈骗罪的认定	(611)

四、诈骗罪的处罚	(616)
第三十一章 贪污罪	(621)
一、贪污罪司法与立法的失调	(621)
二、贪污罪的司法完善	(628)
三、贪污罪的立法完善	(632)
第三十二章 妨害公务罪	(639)
一、如何理解妨害公务罪的对象	(639)
二、如何把握“执行职务”的时间	(641)
三、如何判断“执行职务”是否合法	(644)
四、妨害公务罪的处理	(646)
第三十三章 流氓罪	(650)
一、流氓罪的本质特征	(650)
二、流氓活动的类型	(662)
第三十四章 传授犯罪方法罪	(669)
一、传授犯罪方法罪构成中的问题	(670)
二、传授犯罪方法罪的既遂与未遂	(680)
三、传授犯罪方法罪与教唆犯罪的区别	(683)
四、传授犯罪方法罪的处罚	(688)
第三十五章 受贿罪	(693)
一、受贿罪构成中的问题	(693)
二、受贿罪的特殊形态	(701)
三、受贿罪的处罚	(710)

· 第一编 绪论 ·

第一章 新中国刑法的产生和发展

一、新中国刑法的产生

新中国的刑事法律，是伴随着新中国的诞生而诞生的。

早在建国初期，根据革命和建设的需要，我国就制定了一系列单行的刑事法规，如1950年的《关于严禁鸦片烟毒的通令》、《禁止珍贵文物图书出口暂行办法》，1951年的《中华人民共和国禁止国家货币出入境办法》、《妨害国家货币治罪暂行条例》、《中华人民共和国惩治反革命条例》、《保守国家机密暂行条例》，1952年的《中华人民共和国惩治贪污条例》、《管制反革命分子暂行办法》等等。这些法规在同反革命和贪污等刑事犯罪作斗争中起了重大的作用。在颁布实施单行法规的同时，我国也开始了《刑法》的起草准备工作。

最初，《刑法》的起草准备工作是由前中央人民政府法制委员会主持进行的。从1950年到1954年9月，法制委员会写出两个稿本：一个叫《中华人民共和国刑法大纲草案》（共157条）；一个叫《中华人民共和国刑法指导原则草案（初稿）》（共76条），均因条件不成熟而未予公布。

1954年9月召开的第一届全国人民代表大会第一次会议，通过了我国第一部宪法和《中华人民共和国人民法院组织法》、《中

华人民共和国人民检察院组织法》等法律，这对《刑法》的起草工作是一个很大的推动。这时，《刑法》的起草工作由全国人大常委会办公厅法律室负责。法律室从1954年10月开始起草，到1958年6月28日，已经写出第22个稿本。这个稿本在第一届全国人大第四次会议上，发给全体代表征求意见。这次会议曾作出决议：授权全国人大常委会根据人大代表和其他方面所提的意见，将稿本修改后，作为草案公布试行。后来，由于众所周知的原因，《刑法》草案并没有公布，甚至有三、四年时间，连起草工作也停下来了。一直到1961年10月，才又开始进行一些座谈研究。

1962年3月22日，毛泽东主席就法律工作明确指出：“不仅刑法要，民法也需要，现在是无法无天。没有法律不行，刑法、民法一定要搞。不仅要制定法律，还要编案例”。^①这个指示对《刑法》起草工作是个很大的鼓舞。从1962年5月开始，全国人大常委会法律室在有关部门的协同下，对第22稿进行全面修改工作。经过多次的重大修改和征求意见，到了1963年10月9日，写出第33稿。这个稿本，也曾考虑过要公布，后来因为在全国范围内进行“社会主义教育运动”，接着又进行“文化大革命”，也就束之高阁了。

粉碎“四人帮”以后，第五届全国人民代表大会第一次会议通过了我国第三部宪法。叶剑英同志在《关于修改宪法的报告》中说：“我们还要依据新宪法，修改和制定各种法律、法令和各方面的工作条例、规章制度。”^②从1978年10月开始，组成《刑法》草案的修订班子，对第33稿进行修订工作。在这个过程中，中共中央召开了有历史意义的十一届三中全会，提出解放思想、

① 转引自1978年10月29日《人民日报》。

② 见《中华人民共和国宪法、叶剑英关于修改宪法的报告》，人民出版社1978年版，第41页。

开动脑筋、实事求是、团结一致向前看的方针，并且明确指出：“为了保障人民民主，必须加强社会主义法制，使民主制度化、法律化，使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权威，做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”。^①三中全会的精神，对于《刑法》起草工作，无疑是重要的指导和强有力的推动。1979年2月，全国人大常委会法制委员会宣告成立，从3月开始，加紧《刑法》起草工作的步伐。以第33稿为基础，根据新的经验和情况、问题，起草出新稿本，经过法制委员会全体会议和第五届全国人大常委会第八次会议审议以后，提交给五届人大二次会议进行审议，最后于1979年7月1日获得一致通过，7月6日正式公布，1980年1月1日起施行。这就是七年多以前诞生的《中华人民共和国刑法》。

这部《刑法》是新中国第一部系统的刑法典。《刑法》的公布施行，对中国社会主义法制建设来说是一件大事。它的重大意义就在于：

第一，有了《刑法》，可以使人们更清楚地知道什么是犯罪，什么不是犯罪，什么是刑法保护的，什么是刑法禁止的，这样有助于提高人们的法律知识水平和遵纪守法观念，创造出一种抵制、谴责犯罪的气氛，从而可以预防犯罪，减少犯罪。

第二，有了《刑法》，可以打击敌人，惩罚犯罪，使国家和人民利益得到强有力的保护，从而为四化建设创立一个安全的社会环境，使人民群众能更好地聚精会神搞四化。

第三，有了《刑法》，可以给司法机关处理刑事案件提供强大法律武器，在划清罪与非罪界限、此罪与彼罪界限，以及如何定罪量刑等方面，为司法工作人员树立明确的标准，这就有助于克

^① 《中国共产党第十一届中央委员会第三次会议公报》，人民日报出版社1978年12月版，第12页。

服罪名分歧、量刑畸轻畸重的混乱现象。

第四，有了《刑法》，可以从一个重要方面堵塞林彪、“四人帮”一类野心家、阴谋家利用无法状态来进行反革命活动的漏洞。林彪、江青反革命集团做了大量坏事，受到了人民的正义审判，受到了这部《刑法》的惩罚，得到应有的下场。

第五，有了《刑法》，大大推动我国刑法学的教学和研究工作。我国所有法律院校和大学法律系，都开设以讲授这部《刑法》为中心内容的刑法学课程，深受广大学生的欢迎和重视。围绕《刑法》的实施，从理论和实践的结合上展开了广泛的研究，出版了一批刑法学教科书、讲义和专著。报刊特别是法学期刊上不断登载刑法学方面的研究文章，活跃了学术空气，推进了刑法研究的深入发展。

所以，这部《刑法》的公布施行，意义是重大的、深远的。

二、我国《刑法》公布施行以后的补充和修改

任何新生事物都有一个产生、发展和完善的过程。刑法也不例外。我国《刑法》自公布施行以来，随着形势发展的需要，国家立法机关对它又不断作了补充和修改。这可以从以下三个方面得到说明：

第一个方面：四个刑事“决定”。

1981年以来，全国人大常委会先后作出几个决定，即1981年6月10日《关于死刑案件核准问题的决定》、《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》，1982年3月8日《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，1983年9月2日《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》，对刑法作了多处的补充和修改。概括起来说，有如下几项内容：

（一）增加了“加重处罚”的规定。

刑法原来只有从重、从轻、减轻和免除处罚的规定，而没有“加重处罚”即超过法定最高刑判处刑罚的规定。《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》首先突破这一点。该《决定》规定：“劳改犯逃跑后又犯罪的，从重或者加重处罚”；“劳教人员、劳改罪犯对检举人、被害人和有关的司法工作人员以及制止违法犯罪行为的干部、群众行凶报复的，按照其所犯罪行的法律规定，从重或者加重处罚。”这里所说的加重处罚，依照法制委员会向第五届全国人大常委会第十九次会议所作的说明，“不是可以无限制地加重，而是罪加一等，即在法定最高刑以上一格判处”。^①《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》规定，对下列严重危害社会治安的犯罪分子，可以在刑法规定的最高刑以上处刑，直至判处死刑：1. 流氓犯罪集团的首要分子或者携带凶器进行流氓犯罪活动，情节严重的，或者进行流氓犯罪活动危害特别严重的（分别在刑法第160条第1、2款法定最高刑上加重）；2. 故意伤害他人身体，致人重伤或者死亡，情节恶劣的，或者对检举、揭发、拘捕犯罪分子和制止犯罪行为的国家工作人员和公民行凶伤害的（在刑法第134条法定最高刑上加重）；3. 拐卖人口集团的首要分子，或者拐卖人口情节特别严重的（在刑法第141条法定最高刑上加重）；4. 非法制造、买卖、运输或者盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物，情节特别严重的，或者造成严重后果的（在刑法第112条法定最高刑上加重）；5. 组织反动会道门，利用封建迷信，进行反革命活动，严重危害社会治安的（在刑法第99条法定最高刑上加重）；6. 引诱、容留、强迫妇女卖淫，情节特别严重的（分别在刑法第140条、169条法定最高刑上加重）。顺便指出，这个《决定》不仅加重了某些犯罪的处刑，而且还增设了“传授犯罪方法罪”这样一

① 见1981年6月11日《人民日报》。

个新的罪名。

（二）增加了可处死刑的条款。

刑法分则原规定有 15 条条文的罪最高可处死刑，其中反革命罪 9 条，普通刑事犯罪如故意杀人、强奸、抢劫、放火、破坏交通、贪污等共 6 条。《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》对 5 条条文的罪，即走私、投机倒把罪（第 118 条），盗窃罪（第 152 条），贩毒罪（第 171 条），盗运珍贵文物出口罪（第 173 条），受贿罪（第 185 条），增加了死刑。《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》对 7 条条文的罪（条文已如上所引）外加传授犯罪方法罪，补充规定了死刑。此外，依照《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》，对劳改犯逃跑后又犯刑法规定最高刑为无期徒刑的罪，现在看即指伪造国家货币或贩运伪造的国家货币罪（第 122 条），诈骗、抢夺罪（第 152 条），可以加重到处死刑。《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》中还有 10 条条文规定有死刑。以上除第 152 条有所重复外，共计增加了 24 条条文的死刑。

（三）下放部分死刑案件的核准权。

刑法第 43 条规定：“死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。”为了及时打击现行的严重破坏社会治安的犯罪分子，1980 年 2 月 12 日全国人大常委会批准黄火青检察长代表最高人民法院、最高人民检察院提出的建议：“在一九八〇年内，对现行的杀人、强奸、抢劫、放火等犯有严重罪行应当判处死刑的案件，最高人民法院可以授权省、自治区、直辖市的高级人民法院核准。”1981 年 6 月 10 日全国人大常委会通过的《关于死刑案件核准问题的决定》规定：“在一九八一年至一九八三年内，对犯有杀人、抢劫、强奸、爆炸、放火、投毒、决水和破坏交通、电力等设备的罪行，由省、自治区、直辖市高级人民法院终审判死刑的，或者中级人民法院一审判决死刑，被告人不上

诉的，都不必报最高人民法院核准。”1983年9月2日全国人大常委会通过《关于修改〈中华人民共和国人民法院组织法〉的决定》，其中规定：“杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安判处死刑的案件的核准权，最高人民法院在必要的时候，得授权省、自治区、直辖市的高级人民法院行使。”最高人民法院根据这个规定，于1983年9月7日发出了《关于授权高级人民法院核准部分死刑案件的通知》，指出：“在当前严厉打击刑事犯罪活动期间，为了及时严惩严重危害公共安全和社会治安的罪大恶极的刑事犯罪分子，除由本院判决的死刑案件外，各地对反革命案件和贪污等严重经济犯罪案件（包括受贿案件、走私案件、投机倒把案件、贩毒案件、盗运珍贵文物出口案件）判处死刑的，仍由高级人民法院复核同意后，报本院核准；对杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安判处死刑的案件的核准权，本院依法授权由各省、自治区、直辖市高级人民法院和解放军军事法院行使。”值得注意的是，《通知》中列举严重经济犯罪案件的罪名时未提盗窃，这就意味着盗窃案件判处死刑的，不必报最高人民法院核准。因为盗窃犯罪不仅破坏社会主义经济，而且同样也危害社会治安。另外，《通知》中虽未专提铁路运输高级法院，但既然它是高级法院，当然也在被授权之列。1983年9月7日最高人民法院给铁路运输高级法院的函说：“请你院照此通知执行。”这就说得很明白。1983年12月30日最高人民法院《关于人民法院审判严重刑事案件中具体应用法律的若干问题的答复（二）》第24点，再次提到铁路运输高级法院也在其列。以上就是现行的关于死刑案件核准程序的规定。

（四）补充或扩大刑法某些条文的适用范围。

根据《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，国家工作人员索取、收受贿赂的，比照刑法第155条贪污罪处罚。国家工作人员，无论是否司法人员，利用职务包庇、窝藏走私、投机倒把、