

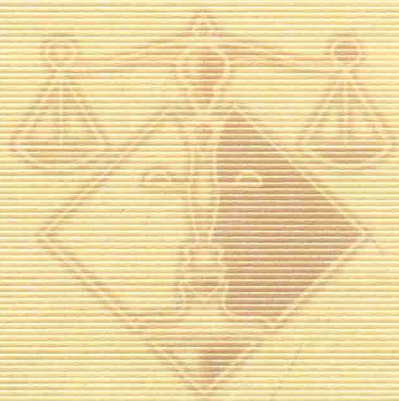


中国大学法学教科书

刑法原理

(第二版)

张明楷◎著



商务印书馆
The Commercial Press

中国大学法学教科书

刑法原理

(第二版)

张明楷◎著

 商务印书馆
The Commercial Press

2017年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法原理/张明楷著. —2 版. —北京: 商务印书馆,
2017

(中国大学法学教科书)

ISBN 978-7-100-15387-4

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 (2017) 第 234226 号

权利保留, 侵权必究。

中国大学法学教科书

刑法原理

(第二版)

张明楷 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京市艺辉印刷有限公司印刷

ISBN 978-7-100-15387-4

2017 年 12 月第 1 版

开本 787×960 1/16

2017 年 12 月北京第 1 次印刷

印张 35 1/4

定价: 91.00 元

目 录

第一章 刑法概说	1
第一节 刑法的概念、渊源与分类	1
第二节 刑法的性质、机能与目的	5
第三节 刑法的规范、体系与解释	10
第二章 罪刑法定原则	20
第一节 罪刑法定原则的法律渊源与思想基础	20
第二节 罪刑法定原则的形式侧面与实质侧面	24
第三节 罪刑法定原则的贯彻与实现	35
第三章 刑法的适用范围	45
第一节 刑法的空间适用范围	45
第二节 刑法的时间适用范围	54
第四章 犯罪概说	59
第一节 犯罪的一般概念	59
第二节 犯罪的基本分类	65
第三节 犯罪的成立条件	69

第五章 不法	74
第一节 构成要件符合性	74
第一款 构成要件概述	74
第二款 行为主体	86
第三款 行为	95
第四款 行为对象	119
第五款 结果	123
第六款 因果关系与结果归属	135
第二节 违法性	151
第一款 违法性的基本理论	151
第二款 违法阻却事由概述	156
第三款 正当防卫	162
第四款 紧急避险	192
第五款 因法益性的阙如阻却违法的事由	200
第六款 基于法益衡量阻却违法的事由	212
第六章 责任	217
第一节 责任概述	217
第二节 故意	225
第三节 过失	256
第四节 目的与动机	278
第五节 责任能力	283
第六节 违法性认识的可能性	303
第七节 期待可能性	314
第七章 犯罪的特殊形态	321
第一节 犯罪的特殊形态概述	321
第二节 犯罪预备	324
第三节 犯罪未遂	329
第四节 犯罪中止	349

第八章 共同犯罪	363
第一节 共同犯罪的理论前提	363
第二节 共同犯罪的基础理论	370
第三节 共同正犯	377
第四节 间接正犯	383
第五节 狭义的共犯	389
第六节 承继的共同犯罪	406
第七节 片面的共同犯罪	410
第八节 不作为的共同犯罪	413
第九节 共犯与身份	416
第十节 共犯与认识错误	421
第十一节 共犯与犯罪形态	426
第十二节 共犯人的处罚原则	431
第九章 罪数	438
第一节 罪数的区分	438
第二节 单纯的一罪	441
第三节 包括的一罪	454
第四节 科刑的一罪	460
第五节 并罚的数罪	472
第十章 刑罚的观念	475
第一节 刑罚的地位与条件	475
第二节 刑罚的概念与根据	479
第三节 刑罚的目的	482
第十一章 刑罚的体系	489
第一节 刑罚的体系概述	489
第二节 主刑	493
第三节 附加刑	503

第十二章 刑罚的裁量	511
第一节 量刑概述	511
第二节 量刑情节	519
第三节 数罪并罚	534
第四节 缓刑	539
第十三章 刑罚的执行	545
第一节 刑罚执行概述	545
第二节 减刑	547
第三节 假释	551
第十四章 刑罚的消灭	557
第一节 刑罚消灭概述	557
第二节 时效	558
第三节 赦免	564

第一章 刑法概说

第一节 刑法的概念、渊源与分类

一、刑法的概念

刑法是规定犯罪及其法律后果（主要是刑罚）的法律规范。

“刑法”（penal law, Strafrecht, droit penal）与“犯罪法”（criminal law, Kriminalrecht, droit criminel）所指称的法律相同。虽然国外刑法规定了不同于刑罚的保安处分，但并没有因此将刑法改称“刑法与保安处分法”。我国刑法也规定了非刑罚的法律后果（包括保安处分），但约定俗成的缘故，仅使用“刑法”概念。又由于刑随罪至，罪因刑显，故无必要将刑法改称“罪刑法”。

刑法是一门独立的法律。刑法虽然具有补充性，但不能据此认为刑法从属于民法、行政法等法律。首先，犯罪行为是刑法的特有规制对象。其次，刑法并不是对违反其他法律的行为直接给予刑罚处罚，而是根据特定目的评价、判断对某种行为是否需要给予刑罚处罚。再次，从世界范围来看，刑法自古以来就作为独立的法律发挥着自己的机能。最后，刑法上的概念大多有其特定

含义，不一定受其他法律概念的制约。

在刑事法与民事法（广义）的分类中，刑法属于刑事法；在实体法与程序法的分类中，刑法属于实体法；在母法与子法的分类中，刑法属于子法，刑法的解释应以符合宪法为准则，不得做出违反宪法的解释；在强行法与任意法的分类中，刑法属于强行法；在公法与私法的分类中，一般认为刑法属于公法，公法的特点决定了刑法的制定与适用都受到限制；在固有法与继受法的分类中，我国刑法基本上属于固有法，但刑法典在一定程度上受到了外国刑法的影响，故也含有继受法的成分；在立法法、司法法与行政法的分类中，刑法属于司法法。

二、刑法的渊源

一般认为，刑法的渊源有以下几种：

第一是刑法典。刑法典是国家以刑法名称颁布的、系统规定犯罪及其法律后果的法律。我国 1979 年颁布、1997 年修订的《中华人民共和国刑法》，可谓刑法典。^① 当人们说“刑法第××条”或“根据《刑法》有关规定”等时，其中的“刑法”是指刑法典。

第二是单行刑法。单行刑法是国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的、规定某一类犯罪及其法律后果或者刑法的某一事项的法律。现行刑法颁布后，全国人大常委会于 1998 年 12 月 29 日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，是现行有效的单行刑法。

第三是附属刑法，即附带规定于民法、经济法、行政法等非

^① 本书通常所称的刑法与刑法典，是指 1997 年 3 月修订的《中华人民共和国刑法》；在需要比较说明等情况下，将 1979 年颁布的《中华人民共和国刑法》称为旧刑法或旧刑法典，将 1997 年 3 月修订的《中华人民共和国刑法》称为刑法或现行刑法。

刑事法律中的罪刑规范。我国当前没有附属刑法，因为民法、经济法、行政法等法律中并没有真正意义上的罪刑规范。

三、刑法的分类

对刑法进行分类，有助于进一步理解和适用刑法。

（一）刑法的形式分类

1. 广义刑法与狭义刑法

广义刑法，是指所有关于犯罪及其法律后果的法律规范，即包括刑法典、单行刑法与附属刑法。狭义刑法是指刑法典。

2. 普通刑法与特别刑法

普通刑法（也称主刑法）是指具有普遍适用的性质与效力的刑法，刑法典便是普通刑法。特别刑法（也称辅刑法）是仅适用于特别人、特别时、特别地或特别事项（犯罪）的刑法。一般来说，单行刑法与附属刑法属于特别刑法。香港、澳门、台湾刑法仅适用于中国的特别地，可谓中国的特别刑法。当某种行为同时符合普通刑法与特别刑法的规定时，应根据特别法优于普通法的原则适用特别刑法；如果某一行为同时符合两个同等效力的特别刑法的规定，则应根据新法优于旧法的原则仅适用新的特别刑法；如果某一行为同时符合两个效力不同的特别刑法，则应适用效力更高的特别刑法。

3. 形式刑法与实质刑法

形式刑法（也称纯粹刑法）是从外形或名称上（形式上）便可得知其为刑法的法律，刑法典与单行刑法即是。实质刑法（也称不纯粹刑法）是指外形或名称上不属刑法，但其内容规定了犯罪与刑罚的法律或条款，附属刑法即是。

4. 固有刑法与行政刑法

一般来说，规定自然犯及其法律后果的刑法，是固有刑法

（或称刑事刑法）。国外通常称刑法典为固有刑法。行政刑法则是指行政法律中的罪刑条款的总称，即为了实现行政管理目的，立法者在行政法律中设置相关命令与禁令；为了保证有令必行、有禁必止，便规定违反行政法的罚则（行政罚），其中包括刑罚方法与行政制裁方法。广义的行政刑法，是关于行政罚的法规的总称；狭义的行政刑法，则是行政法中有关刑罚方法的法规的总称。一般所说的行政刑法，仅限于狭义的行政刑法。从形式上说，我国现在没有行政刑法，因为我国行政法律中没有直接设置刑罚方法，行政刑法的内容全部纳入到了刑法典中。尽管如此，我们仍应意识到固有刑法与行政刑法的区别。^①

（二）刑法的性质分类

1. 权威刑法与自由刑法

权威刑法以保护国家权威为侧重点，它立足于全体主义的观点，重点保护国家与全体的法益，过于限制公民自由。自由刑法以保障公民自由为侧重点，它以自由主义为基干，重在限制国家刑罚权的发动，旨在保障个人自由。

2. 侵害刑法与意志刑法

侵害刑法（或结果刑法）将刑法或刑罚的对象侧重于客观行为及其法益侵害结果；与此相对，意志刑法（或危险刑法）将刑法或刑罚的对象侧重于犯罪人的危险的恶意。如果是彻底的侵害刑法，则该刑法只处罚既遂犯，而不处罚未遂犯与预备犯；如果是彻底的意志刑法，则该刑法处罚所有的预备犯与未遂犯，甚至连没有行为的恶意也成为刑法的处罚对象。

^① 即便是同一条文，也可能同时包含了固有刑法与行政刑法。例如，刑法第125条规定的非法储存爆炸物罪，既包括为了实施恐怖活动而非法储存爆炸物的行为，也包括为了开采矿山而非法储存爆炸物的行为。针对前者适用时，本条属于固有刑法；针对后者适用时，本条可谓行政刑法。所以，在法定刑幅度内，对二者应当区别对待，而不得仅根据储存数量科处刑罚。

3. 行为刑法与行为人刑法

行为刑法以客观的违法行为及结果作为刑罚的根据，因此，刑法将行为及其结果规定为构成要件的内容，并针对该行为及其结果规定法律后果；行为人刑法直接以犯罪人的危险性格作为刑罚的依据，所以，刑法将特定的行为人规定为构成要件的内容，并在处罚上重视行为人的性格。事实上，各国刑法基本上都是行为刑法，只有少数国家的个别刑法条文表现为行为人刑法。^① 所以，可以认为，行为刑法与行为人刑法并非对刑法整体的分类，而是对刑法条文的分类：当刑法条文所规定的法律后果以行为为前提时，就被认为是行为刑法；当其以行为人的性格、倾向等为前提时，则被认为是行为人刑法。

4. 国内刑法与国际刑法

国内刑法是适用于一国领域内的刑法。国际刑法一词则有三种不同含义：一是国际刑事法或世界刑法，是指超国家的、在整个世界范围内予以适用的刑法，世界上还不存在这种国际刑法。二是规定违反国际公法原则（或违反人类共同利益）的犯罪及制裁的法律。我国刑法理论一般在此意义上使用国际刑法概念。三是关于国内刑法适用范围的法律，即关于国内刑法的空间效力、管辖权、外国刑事判决的效力、国际刑事司法协助的法律。最早意义上的国际刑法，就是指这种刑法适用法。

第二节 刑法的性质、机能与目的

一、刑法的性质

刑法具有区别于其他法律的特有属性。

^① 参见意大利刑法第 108 条、第 109 条。

刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范，换言之，刑法禁止的是犯罪行为；而其他法律规定的是一般违法行为及其法律后果。^① 规制内容的特定性，是刑法得以成为特殊法律的重要原因。

一般部门法对一般违法行为也适用强制方法，如赔偿损失、警告、行政拘留；而刑法规定的法律后果主要是刑罚，刑罚是国家最严厉的强制方法。制裁手段的严厉性，使得刑法很早就形成了其独特的规则。

一般部门法都只是调整和保护某一方面的社会关系，刑法则保护人身、经济、财产、婚姻家庭、社会秩序等许多方面的法益。可以认为，一般部门法所保护的法益，刑法都要予以保护。法益保护的广泛性，决定了刑法与其他部门法都具有密切关系。

虽然刑法保护的法益范围相当广泛，但其处罚范围具有不完整性。首先，由于刑法是保护法益的最后手段，所以，刑法并非将所有侵害法益的行为都规定为犯罪，而只是将其中部分严重侵害法益（包括侵害重要法益）的行为规定为犯罪。其次，即使是严重侵害法益的行为，由于刑事政策等方面的原因，立法者也可能不将其规定为犯罪。最后，成文刑法总是具有局限性，一些严重侵害法益的行为可能被遗漏。刑法的不完整性，要求司法机关恪守罪刑法定原则。

刑法具有补充性。补充性的基本含义是，只有当一般部门法不足以抑止某种法益侵害行为时，才由刑法禁止。这是因为，刑法的强制方法主要是刑罚，而“刑罚如两刃之剑，用之不得其当，则国家与个人两受其害”。^② 所以，应当限制而不能扩张刑

① 本书所称一般违法行为，是指违反其他法律但不违反刑法的行为。

② 耶林（Jhering）之语，转引自林山田：《刑罚学》，台湾商务印书馆1985年版，第127页。

罚的适用，使刑罚成为保护法益的最后手段（ultima ratio）。在能够以其他手段实现法益保护的目时，务必放弃刑罚。宽严相济的基本刑事政策，也指导着刑事立法与司法将刑罚处罚控制在尽可能小的范围。这充分说明，刑法具有补充性，而其他法律则不具有这一特点。

由于其他法律在不能充分保护法益时需要刑法保护，刑法的制裁方法又最为严厉，这就使得刑法实际上成为其他法律的保障。亦即，其他法律调整的社会关系和保护的法益，也都借助于刑法的调整和保护。例如，倘若刑法没有规定走私罪，海关法就难以得到实施。再如，倘若刑法没有规定拒不执行判决、裁定罪，其他法律的实施就没有保障。这一点既是刑法与其他法律的联系所在，也是刑法与其他法律的区别之一。

刑法的上述法律性质，使其在法律体系中处于一种特殊地位。刑法与其他部门法都是处于宪法之下的子法，但刑法与其他部门法又不是平行并列关系，刑法保障宪法与其他部门法的实施，故刑法在法律体系中处于保障法的地位。

二、刑法的机能

刑法具有两个基本机能：（1）法益保护机能，即刑法具有保护法益不受犯罪侵害与威胁的机能。犯罪是侵害或威胁法益的行为，刑法禁止和惩罚犯罪，是为了保护法益并且能够保护法益。（2）人权保障机能（或自由保障机能），即刑法具有保障公民的人权不受国家刑罚权不当侵害的机能。根据罪刑法定原则，只要行为人的行为不构成刑法所规定的犯罪，他就不受刑罚处罚，这便限制了国家对刑罚权的发动；对犯罪人也只能根据刑法的规定给予处罚，不得超出刑法规定的范围科处刑罚，这便保障犯罪人免受不恰当的刑罚处罚。因此，刑法既是“善良人

的大宪章”，又是“犯罪人的大宪章”。^①

表面上看，刑法还具有行为规制机能，即刑法具有使对犯罪行为的评价得以明确的机能。其具体内容为，刑法将一定的行为规定为犯罪并给予刑罚处罚，表明该行为是被法律禁止的、不被允许的（评价的机能）；同时命令人们做出不实施这种犯罪行为决定（决定的机能），据此防止犯罪的发生。但是，行为规制机能与法益保护机能、人权保障机能并非并列关系。因为规制国民的行为是为了保护法益，而不是为了单纯地限制国民的自由。所以，仅将刑法的机能归纳为法益保护机能与人权保障机能即可。其中，法益保护机能由来之于刑法的目的与任务（法益保护主义）；人权保障机能的实现依赖罪刑法定主义、责任主义的贯彻，换言之，罪刑法定主义与责任主义从行为的客观面与主观面限制了刑罚权的恣意行使。

如何认识和处理法益保护机能与人权保障机能之间的关系，是刑法理论长期探索和争论的问题。因为法益保护机能主要依靠刑罚的宣示与适用来实现；人权保障机能则主要依赖限制刑罚的适用而实现。可以认为，刑罚的适用，与保护法益成正比，与人权保障成反比。如何既最大限度地保护法益，又最大限度地保障自由，就成为难题。结局是，刑法必须在法益保护机能与人权保障机能之间进行调和。但这种调和没有明确的标准，只能根据适用刑法时的客观背景与具体情况，在充分权衡利弊的基础上，使两个机能得到充分发挥。

① 法益侵害说中的“法益”包括刑法所保护的一切法益；当人们说犯罪的本质是侵害法益、刑法的目的是保护法益时，其中的“法益”是广义的。保护法益机能中的“法益”是指除了行为自由以外的法益。即在讨论刑法机能时，法益侵害说将法益概念分为两个方面：一是可能受到个人侵害的法益，二是可能受到国家刑罚权侵害的法益（参见张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2003年修订版，第322页以下）。

三、刑法的目的

立法活动与司法活动都具有目的性。将什么作为禁止对象，是由以什么为目的而禁止来决定的。“目的是全部法律的创造者。每条法律规则的产生都源于一种目的，即一种实际的动机。”^①司法活动是实现立法内容的活动，其目的与立法目的相一致。

刑法的目的是保护法益。因为各种犯罪都是侵犯法益的行为，运用刑罚与各种犯罪行为作斗争，正是为了抑止犯罪行为，从而保护法益；刑罚的目的是预防犯罪，之所以要预防犯罪，是因为犯罪侵犯了法益，预防犯罪是为了保护法益，这正是刑法的目的。由此可见，刑法第2条关于刑法任务的规定，同时也是关于刑法目的的规定。

研究刑法目的有利于促使司法人员时刻考虑自己的司法活动是否符合刑法目的，从而有利于将刑法目的贯穿于刑事司法活动的始终。研究刑法目的有利于对刑法进行目的论解释。不管法条的文字表述如何，都不能脱离法条的目的做出解释。换言之，法律解释应以贯彻立法目的为根本任务，当出现了不同的解释结论时，最终起决定性作用的是目的论解释。显然，如果不研究刑法目的，则不可能进行目的论解释。研究刑法目的有利于立法与司法上合理控制处罚范围，将没有侵犯法益的行为排斥在犯罪之外。

^① 此系耶林（Jhering）的著名观点，转引自〔美〕E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第109页。

第三节 刑法的规范、体系与解释

一、刑法规范

以禁止、处罚犯罪行为为内容的法律规范，就是刑法规范。刑法规范与刑法条文具有密切联系。刑法条文表达刑法规范，是刑法规范的载体；刑法规范是刑法条文的内容与实质。但规范与条文并非等同。由于规范的内容是禁止做什么、允许做什么、应当做什么，故刑法总则中的许多一般性、原则性规定，并不属于刑法规范；一个条文可能表达几个规范，几个条文可能表达一个规范；刑法条文是直观的，而刑法规范则不是直观的。

刑法规范首先是裁判规范，即是指示或命令司法工作人员如何裁定、判断行为是否构成犯罪、对犯罪如何科处刑罚的法律规范。裁判规范所指向的对象是司法工作人员，旨在限定司法权力，故司法工作人员必须遵守裁判规范，违反裁判规范者将受到法律制裁。例如，刑法第263条前段规定：“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”这一规定首先表现为裁判规范，它指示司法工作人员如何认定和处罚抢劫罪；如果司法工作人员故意作枉法裁判，就要承担徇私枉法罪的法律后果。

刑法规范也是行为规范。行为规范主要通过假定条件与法律后果之间的密切关系体现出来，即以“……的，处……”的表述方式明确告诉人们，犯罪后将受到刑事制裁，从而使人们做出不实施犯罪行为的意思决定，从而保护法益。由此可见，行为规范存在于刑法规范之中，而不是独立于刑法规范之外。^①此外，刑

^① 刑法规范是否为行为规范，在国外刑法理论上存在不同观点。