



中国大学法学教科书

# 刑法原理

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

张明楷 著

商 務 中 書 館

2011年·北京

**图书在版编目 (CIP) 数据**

刑法原理/张明楷著. —北京: 商务印书馆, 2011  
(中国大学法学教科书)  
ISBN 978-7-100-07234-2

I. 刑… II. 张… III. 刑法—法的理论—中国—  
高等学校—教材 IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 111653 号

所有权利保留。

未经许可, 不得以任何方式使用。

中国大学法学教科书

**刑法原理**

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

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-07234-2

---

2011年3月第1版

开本 787×960 1/16

2011年3月北京第1次印刷

印张 33 1/4

定价: 56.00 元

# 出版说明

我馆以“开启民智，昌明教育”为宗旨，建馆伊始，即重视教科书的出版。民国时期，我馆出版“大学丛书”，对中国教育影响极大，很多著作仍在今天课堂沿用，成为经典。新中国成立后，我馆以翻译出版国外哲学社会科学为重，引进了不少外国经典教科书，被列入教学参考的必备书目。这次规划出版“中国大学法学教科书”，意在赓续传统，传承薪火。

改革开放 30 年，中国发生了巨大变化，法学研究与教育工作也取得了重大发展。我们相信，出版一套确立中国法学特有品格的教科书正是时候。我们这套教科书冠以“中国”之名，就是要阐明中国法学的基本品格，厘定中国法学的基本概念，建构中国法学的基本体系，从而拓展出一条中国特色的大学法学教育之路。基于此，本套教科书拟定如下学术要求：1. 阐述法理、厘定基本概念、建构学术体系；2. 涵盖本学科的主题，容纳本学科的代表性思想、流派和观点；3. 由相关专业学者独著；4. 中国问题，世界眼光；5. 严格遵守学术规范；6. 语言锤炼、结构紧凑。希望学界不吝赐教，鼎力襄助，与我们一起把这套教科书出好。

商务印书馆编辑部

2009 年 11 月

# 目 录

<b>第一章 刑法概说</b> .....	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 .....	6
第三节 刑法的规范、体系与解释 .....	10
<b>第二章 罪刑法定原则</b> .....	22
第一节 罪刑法定原则的法律渊源与思想基础 .....	22
第二节 罪刑法定原则的形式侧面与实质侧面 .....	26
第三节 罪刑法定原则的贯彻与实现 .....	38
<b>第三章 刑法的适用范围</b> .....	48
第一节 刑法的空间适用范围 .....	48
第二节 刑法的时间适用范围 .....	58
<b>第四章 犯罪概说</b> .....	63
第一节 犯罪的概念 .....	63
第二节 犯罪的本质 .....	71
第三节 犯罪的分类 .....	77

## 2 刑法原理

<b>第五章 犯罪构成</b> .....	83
第一节 犯罪构成理论概述 .....	83
第二节 犯罪构成的概念 .....	90
第三节 犯罪构成要件要素 .....	99
<b>第六章 违法构成要件</b> .....	107
第一节 违法构成要件与违法性概述 .....	107
第一款 违法构成要件概述 .....	107
第二款 违法性概述 .....	109
第三款 违法构成要件与违法性的关系 .....	117
第二节 违法构成要件符合性 .....	120
第一款 违法构成要件要素 .....	120
第二款 行为主体 .....	122
第三款 行为 .....	133
第四款 行为对象 .....	150
第五款 结果 .....	152
第六款 因果关系 .....	161
第三节 违法阻却事由 .....	177
第一款 违法阻却事由概述 .....	177
第二款 正当防卫 .....	181
第三款 紧急避险 .....	198
第四款 其他违法阻却事由 .....	205
<b>第七章 责任构成要件</b> .....	216
第一节 责任构成要件与有责性概述 .....	216
第一款 责任构成要件概述 .....	216
第二款 有责性概述 .....	217
第三款 责任构成要件与有责性的关系 .....	222
第二节 责任构成要件符合性 .....	223
第一款 责任构成要件要素 .....	223

第二款	故意	225
第三款	过失	249
第四款	目的与动机	265
第三节	责任阻却事由	270
第一款	责任阻却事由概述	270
第二款	责任能力	271
第三款	违法性认识的可能性	290
第四款	期待可能性	301
<b>第八章</b>	<b>犯罪的特殊形态</b>	<b>304</b>
第一节	犯罪的特殊形态概述	304
第二节	犯罪预备	307
第三节	犯罪未遂	310
第四节	犯罪中止	333
<b>第九章</b>	<b>共同犯罪</b>	<b>346</b>
第一节	共同犯罪的基本问题	346
第二节	共同正犯	358
第三节	间接正犯	363
第四节	狭义的共犯	369
第五节	共同犯罪的其他问题	385
第六节	共犯人的处罚原则	398
<b>第十章</b>	<b>罪数</b>	<b>406</b>
第一节	罪数的区分	406
第二节	本来的一罪	411
第三节	拟制的一罪	418
<b>第十一章</b>	<b>刑罚的观念</b>	<b>429</b>
第一节	刑罚的地位与条件	429
第二节	刑罚的概念与根据	434
第三节	刑罚的目的	437

#### 4 刑法原理

<b>第十二章 刑罚的体系</b> .....	444
第一节 刑罚的体系概述 .....	444
第二节 主刑 .....	448
第三节 附加刑 .....	458
<b>第十三章 刑罚的裁量</b> .....	466
第一节 量刑概述 .....	466
第二节 量刑情节 .....	475
第三节 数罪并罚 .....	490
第四节 缓刑 .....	496
<b>第十四章 刑罚的执行</b> .....	501
第一节 刑罚执行概述 .....	501
第二节 减刑 .....	503
第三节 假释 .....	507
<b>第十五章 刑罚的消灭</b> .....	513
第一节 刑罚消灭概述 .....	513
第二节 时效 .....	514
第三节 赦免 .....	520



# 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）的法律规范的总和。

“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，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，而不是刑法与其他法律的共同规制对象。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

## 2 刑法原理

机能。后来由于法领域的分化，才出现由各种法律共同保护各种法益的局面。尽管如此，刑法仍然具有自己独特的性格。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 年颁布的《中华人民共和国刑法》，以及 1997 年经过修订颁布的《中华人民共和国刑法》，可谓刑法典。<sup>〔1〕</sup> 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

---

〔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、新刑法（或新刑法典）、现行刑法。

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。

此外，民族自治地方的省级人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和刑法典的基本原则制定的变通或补充规定，也可谓刑法的渊源。但这种规定只在特定地域适用，没有普遍效力。

### 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，是指关于犯罪及其法律后果的法律规范的总和，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。

## 4 刑法原理

### 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。行政刑法是刑法的组成部分。行政刑法具有较强的目的性、较弱的伦理性、较大的变易性、较广的散在性、较多的交叉性、较大的依赖性等特点。<sup>〔2〕</sup>

## （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

---

〔2〕 参见张明楷：“行政刑法辨析”，载《中国社会科学》1995年第3期。

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。

### 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。<sup>〔3〕</sup>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。

---

〔3〕 参见意大利刑法第108条、第109条。

## 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。

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。<sup>〔4〕</sup> 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。如民法仅调整和保护财产关系以及部分与财产有关的人身关系；行政法调整行政关系以及在此基础上产生的监督行政关系；如此等等。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，但由于刑事政策等方面的原因，立法者也

---

〔4〕 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。

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也可能被遗漏。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。国家有许多部门法，需要保护的法益都首先由一般部门法来保护；如果所有的一般部门法都能充分有效地保护各种法益，刑法就没有存在的余地；反之，只有当一般部门法不能充分保护法益时，才需要刑法保护。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”〔5〕。所以，应当限制而不能扩张刑罚的适用，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的是，务必放弃刑罚。惩办与宽大相结合（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

---

〔5〕 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。

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。（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”。〔6〕

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规范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的决定（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，法益保护机能来源于刑法的目的与任务（法益保

---

〔6〕 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”是指除了行为人自由以外的法益。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）。



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。

### 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。”〔7〕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

---

〔7〕 此系耶林的著名观点，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。