

▶ 21世纪高等院校法学系列精品教材 ◀

刑法总论

(第二版)

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

(第二版)

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. 2版. —北京: 中国人民大学出版社, 2011.9
21世纪高等院校法学系列精品教材
ISBN 978-7-300-14090-2

I. ①刑… II. ①周… III. ①刑法-法学-中国-高等学校-教材 IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 159482 号

21世纪高等院校法学系列精品教材

刑法总论 (第二版)

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)

010-62511398 (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

2011年9月第2版

印 张 23插页 2

印 次 2011年9月第1次印刷

字 数 591 000

定 价 45.00元

《 》* 任课教师调查问卷

为了能更好地为您提供优秀的教材及良好的服务，也为了进一步提高我社法学教材出版的质量，希望您能协助我们完成本次小问卷，完成后您可以在我社网站中选择与您教学相关的1本教材作为今后的备选教材，我们会及时为您邮寄送达！如果您不方便邮寄，也可以申请加入我社的法学教师QQ群：83961183（申请时请注明法学教师），然后下载本问卷填写，并发往我们指定的邮箱（cruplaw@163.com）。

邮寄地址：北京市海淀区中关村大街31号中国人民大学出版社411室收

邮 编：100080

再次感谢您在百忙中抽出时间为我们填写这份调查问卷，您的举手之劳，将使我们获益匪浅！

基本信息及联系方式：*

姓名：_____ 性别：_____ 课程：_____

任教学校：_____ 院系（所）：_____

邮寄地址：_____ 邮编：_____

电话（办公）：_____ 手机：_____ 电子邮件：_____

调查问卷：*

1. 您认为图书的哪类特性对您使用教材最有影响力？（ ）（可多选，按重要性排序）

- A. 各级规划教材、获奖教材
- B. 知名作者教材
- C. 完善的配套资源
- D. 自编教材
- E. 行政命令

2. 在教材配套资源中，您最需要哪些？（ ）（可多选，按重要性排序）

- A. 电子教案
- B. 教学案例
- C. 教学视频
- D. 配套习题、模拟试卷

3. 您对于本书的评价如何？（ ）

- A. 该书目前仍符合教学要求，表现不错将继续采用。
- B. 该书的配套资源需要改进，才会继续使用。
- C. 该书需要在内容或实例更新再版后才能满足我的教学，才会继续使用。
- D. 该书与同类教材差距很大，不准备继续采用了。

4. 从您的教学出发，谈谈对本书的改进建议：_____

选题征集：如果您有好的选题或出版需求，欢迎您联系我们：

联系人：黄 强 联系电话：010-62515955/65

索取样书：书名：_____

书号：_____

作者简介

周光权，男，汉族，1968年1月出生，重庆市人。1992年毕业于四川大学法律系，1996年至1999年期间，在中国人民大学法学院师从陈兴良教授学习刑法学，1999年获法学博士学位，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）。现为全国人大常委会法律委员会委员、清华大学法学院教授、博士生导师。系国内近十家司法机关专家咨询委员，多所大学、研究机构兼职教授或客座研究员。曾兼任北京市人民检察院第一分院副检察长。2001年2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年版）、《刑法诸问题的新表述》（中国法制出版社1999年版）、《法治视野中的刑法客观主义》（清华大学出版社2002年版）、《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年版）、《刑法总论》（中国人民大学出版社2007年版）、《刑法各论》（中国人民大学出版社2008年版）、《犯罪论体系的改造》（中国法制出版社2009年版）等个人专著9部；合著、主编、参编《刑法学的现代展开》（与陈兴良教授合作，中国人民大学出版社2006年版）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》等刊物发表论文一百二十余篇。

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”。

内容提要

本书立足于新行为无价值论的立场，承认行为规范违反和法益侵害对于犯罪评价的重要性，全面论述刑法基本原则、犯罪成立理论、未遂论、正犯与共犯、犯罪竞合论以及刑罚论。

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和客观要件，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”中凸显“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保持紧密关联，最大限度地贯彻了思维的前后一贯性。

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，欧洲的思想史，都是在古希腊的思想的基础上，作一些不大的变化。“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。他的这段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。即便是客观归责理论，也和相当因果关系有关，它也可能只是多了一个新名词而已，新瓶装的是旧酒。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为

^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。

2 刑法总论（第二版）

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，使得本书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日于京郊微颤居

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。

我们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相应的社会背景下，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“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。

2 刑法总论（第二版）

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，随着中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，中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。中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，将行为与罪状的关系，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。

从这个意义上看，编写一本和意识形态保持适度距离的刑法学，就是具有独特价值的。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，中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

由于中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，中国刑法学“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。今天的中国刑法学，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，中国刑法学一直在“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，中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

天的中国刑法学便陷入了这种“无声”的困境。

现今的中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。

中国和德、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，中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。因此，在现行刑法学框架下，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，犯罪成立理论借鉴了大陆法系的阶层的理论，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要件三个部分。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

4 刑法总论（第二版）

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：刑法学领域自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，现在我们才可以有机缘看到：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，体系的建立，必须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，中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、原因自由行为等重大复杂问题，应该是反复、深入讨论的对象，反而研究不多，这不是一种正常现象。

中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，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，并在中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”。

中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，但是他们可以去寻找问题出在什么地方，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，并出一些高水平而不是相互抄袭的教科书，中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，中国刑法学才能赢得长足、实质发展的契机，中国刑法学的声音，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、学派论争方面多少发挥一些作用。

周光权

2007年9月于清华园

目 录

第一编 导论

第一章 刑法学基本范畴	3
第二章 刑法理论对立	18
第三章 刑法基本原则	29
第四章 刑法适用范围	45

第二编 犯罪论

第五章 犯罪论体系	53
第六章 犯罪客观要件	74
第七章 犯罪主观要件	107
第八章 犯罪排除要件	135
第九章 犯罪特殊形态 I：未完成形态	183
第十章 犯罪特殊形态 II：正犯与共犯	204
第十一章 犯罪特殊形态 III：犯罪竞合	248

第三编 刑罚论

第十二章 刑罚根据	267
第十三章 刑罚种类	277
第十四章 刑罚裁量	291
第十五章 刑罚执行	324
第十六章 刑罚消灭	335
参考文献	342

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	6
第二节 刑罚	7
一、刑罚的概念	7
二、刑罚权	8
三、刑罚功能	9
四、刑罚和保安处分的关系	9
第三节 刑法	10
一、刑法的概念	10
二、刑法的演变	11
三、刑法的性质	12
四、刑法的任务	13
五、刑法的社会功能	14
第四节 刑法学	14
一、刑法学思维的独特性	15
二、刑法学和其他部门法学之间的关系	15
三、刑法学研究方法	16
第二章 刑法理论对立	18
第一节 刑法客观主义	19
一、刑法客观主义的代表人物	19
二、刑法客观主义的基本理念	20
第二节 刑法主观主义	21
一、刑法主观主义的代表人物	21
二、刑法主观主义的基本观念	22
第三节 刑法理论对立的意义	23
一、误解的澄清	23
二、刑法理论论争的关键点	23

2 刑法总论 (第二版)

三、刑法理论论争的意义	23
第四节 新行为无价值论的提倡	24
一、新行为无价值论的基本立场	24
二、新行为无价值论与我国刑法的规定	26
三、新行为无价值论在当代中国的意义	27
第三章 刑法基本原则	29
第一节 罪刑法定原则	29
一、发展历程	29
二、思想渊源	32
三、基本内容	32
四、罪刑法定原则对立法者的约束	36
五、罪刑法定原则的司法化	36
第二节 罪刑均衡原则	38
一、观念基础	39
二、立法体现	40
三、司法适用	41
第三节 刑法适用平等原则	42
一、含义	42
二、适用	43
第四章 刑法适用范围	45
第一节 刑法的空间效力	45
一、刑法空间效力的原则	45
二、我国刑法关于空间效力的规定	45
三、关于刑法空间效力的特殊问题	47
第二节 刑法的时间效力	48
一、刑法的生效时间	48
二、刑法的失效时间	48
三、刑法的溯及力	49

第二编 犯罪论

第五章 犯罪论体系	53
第一节 犯罪论体系的比较	53
一、大陆法系的阶层式犯罪论体系	53
二、英美法系的双层次犯罪论体系	57
三、苏联、中国的闭合式犯罪构成论	58
四、导致犯罪论差异的内在原因	59
第二节 犯罪构成四要件说的缺陷	61
一、难以兼顾形式判断与实质判断	61
二、重视控诉机制而轻视辩护机制	63

三、主观判断可能优于客观判断	64
四、经验判断与规范判断纠缠不清	65
五、强调静止性而否认过程性	66
第三节 犯罪客观要件、犯罪主观要件、犯罪排除要件体系	67
一、基本内容	67
二、理论特色	67
三、犯罪客观要件、犯罪主观要件、犯罪排除要件体系的合理性	71
第六章 犯罪客观要件	74
第一节 犯罪客观要件概述	74
一、犯罪客观要件的概念	74
二、国外的构成要件概念	74
三、犯罪客观要件的机能	75
四、犯罪客观要件的要素	76
第二节 主体	76
一、身份	76
二、单位	77
第三节 实行行为	81
一、行为概念的机能	81
二、关于行为的一般理论	82
三、实行行为的概念	84
四、实行行为的类型	84
五、实行行为的方式	85
第四节 不作为	85
一、不纯正不作为犯的处罚与罪刑法定原则	85
二、不作为犯的成立条件	86
三、作为义务的来源	88
四、若干争议问题	90
第五节 结果	93
一、结果的概念	93
二、结果的地位	94
三、结果的种类	95
第六节 因果关系	95
一、条件说	95
二、相当因果关系说	98
三、不作为犯的因果关系	101
四、结果加重犯的因果关系	101
五、客观归责理论	102
第七章 犯罪主观要件	107
第一节 犯罪主观要件概述	107

4 刑法总论 (第二版)

一、作为构成要件要素的故意、过失	107
二、违法故意和责任故意的差别	108
三、承认主观构成要件要素与坚持客观违法性论	109
第二节 犯罪故意	110
一、故意的认识因素和意志因素	110
二、故意的分类	111
三、关于间接故意的若干问题	112
第三节 犯罪过失	118
一、过失论的历史	118
二、犯罪过失的核心问题：注意义务	119
三、认定过失犯的步骤	125
四、过失的种类	125
五、间接故意和过于自信过失的区别	127
第四节 事实认识错误	129
一、具体的事实认识错误	129
二、抽象的事实认识错误	132
第五节 犯罪主观要件的其他问题	133
一、无罪过事件	133
二、动机与目的	134
第八章 犯罪排除要件	135
第一节 犯罪排除要件概述	135
一、犯罪客观要件与违法排除要件	135
二、犯罪主观要件与责任排除要件	135
第二节 违法排除要件	136
一、违法性概述	136
二、正当防卫	141
三、紧急避险	157
四、其他违法排除要件	159
第三节 责任排除要件	164
一、责任概述	164
二、责任无能力	166
三、欠缺违法性认识	172
四、期待不可能	179
第九章 犯罪特殊形态 I：未完成形态	183
第一节 未完成形态概说	183
一、犯罪形态与犯罪阶段	183
二、未完成形态的范围	183
第二节 犯罪预备形态	184
一、犯罪预备形态的概念	184

二、犯罪预备形态的特征	184
三、犯罪预备的类型	185
四、犯罪预备的认定	186
五、犯罪预备的处罚	186
第三节 犯罪未遂形态	186
一、概念	186
二、特征	187
三、犯罪未遂的处罚	190
四、不能犯	190
第四节 犯罪中止形态	195
一、概念	195
二、中止犯减免刑罚的根据	195
三、犯罪中止的成立条件	196
四、中止犯的特殊问题	201
五、中止犯的处罚	203
第十章 犯罪特殊形态 II：正犯与共犯	204
第一节 共同犯罪概说	204
一、概念	204
二、共同犯罪的成立范围	207
三、正犯和共犯的区分	209
第二节 正犯	213
一、正犯概说	213
二、直接正犯	214
三、间接正犯	215
四、共同正犯	218
第三节 共犯	225
一、共犯的处罚根据	225
二、共犯从属性	227
三、教唆犯	230
四、帮助犯	233
第四节 共同犯罪人的处罚	236
一、共同犯罪人的分类标准	236
二、主犯	236
三、从犯	238
四、胁从犯	238
五、教唆犯	239
第五节 共犯论的其他问题	239
一、共犯的中止	239
二、共犯与身份	242
三、共犯与不作为	244

6 刑法总论 (第二版)

四、共犯与错误	246
第十一章 犯罪特殊形态Ⅲ：犯罪竞合	248
第一节 犯罪竞合概说	248
一、区分罪数的标准	248
二、一行为	249
三、多行为	252
第二节 一行为的犯罪竞合	252
一、形式竞合：法条竞合	252
二、实质竞合：想象竞合犯	257
第三节 多行为的犯罪竞合	260
一、形式竞合：事前、事后行为	260
二、实质竞合：数罪	261

第三编 刑罚论

第十二章 刑罚根据	267
第一节 报应刑论	267
一、报应刑的含义	267
二、报应刑的实现	268
第二节 目的刑论	270
一、目的刑的含义	270
二、目的刑论的实现	271
第三节 一体论	273
一、传统一体论的主要内容	273
二、传统一体论的困境	273
第四节 积极的一般预防论	274
一、立足于积极的一般预防论	274
二、兼顾报应主义	276
第十三章 刑罚种类	277
第一节 主刑	277
一、管制	277
二、拘役	279
三、有期徒刑	280
四、无期徒刑	281
五、死刑	281
第二节 附加刑	285
一、罚金	285
二、剥夺政治权利	286
三、没收财产	287
四、驱逐出境	289

第三节 非刑罚处罚措施	289
一、非刑罚处罚措施的概念	289
二、非刑罚处罚措施的种类	290
第十四章 刑罚裁量	291
第一节 量刑概述	291
一、量刑的特征	291
二、量刑的原则	292
三、量刑的意义	294
第二节 量刑情节	295
一、量刑情节的概念	295
二、量刑情节的特征	295
三、量刑情节的分类	296
四、量刑情节的适用	298
五、量刑情节冲突	299
第三节 量刑基准	301
一、量刑基准的概念	301
二、量刑基准的确定	301
第四节 累犯	303
一、累犯的概念	303
二、累犯的成立条件	304
三、累犯的其他问题	305
四、累犯的法律效果	306
第五节 自首	307
一、自首的概念	307
二、自首的种类及成立条件	307
三、自首认定中的特殊问题	313
四、自首犯的处罚	315
第六节 坦白	315
一、坦白的概念	315
二、坦白的认定	315
三、坦白与自首的区别	315
四、坦白的处罚	316
第七节 立功	316
一、立功的概念和条件	316
二、立功的表现形式	316
三、职务犯罪的立功	318
四、立功的法律效果	318
第八节 数罪并罚	318
一、数罪并罚的概念	318
二、数罪并罚的原则	319

8 刑法总论 (第二版)

三、数罪并罚的适用	321
第十五章 刑罚执行	324
第一节 刑罚执行概述	324
一、刑罚执行的特征	324
二、刑罚执行的内容	325
第二节 缓刑	326
一、缓刑的概念和意义	326
二、缓刑的适用条件	327
三、缓刑的考验期	327
四、缓刑考察	328
五、禁止令	328
六、缓刑撤销	329
第三节 减刑	329
一、减刑的概念	329
二、减刑的适用条件	329
三、减刑的程序	331
第四节 假释	331
一、假释的概念	331
二、假释的条件	332
三、假释考验	333
四、假释撤销	333
第十六章 刑罚消灭	335
第一节 刑罚消灭概述	335
一、刑罚消灭的概念	335
二、刑罚消灭的特征	335
第二节 时效	336
一、时效的概念和种类	336
二、时效制度的根据	336
三、追诉时效的期限	337
四、追诉时效的计算	337
五、追诉时效的中断和延长	339
第三节 赦免	341
一、赦免的概念和种类	341
二、我国的特赦制度及其特点	341
参考文献	342

第一编

21 世纪高等院校法学系列精品教材

Faxue xilie jingpin jiaocai

刑法总论

导
论

第一章 刑法学基本范畴

在现代社会中，各种各样的冲突随时存在。为消除社会冲突，降低社会风险，保持社会平稳，产生了形形色色的社会规范。个人不能离开社会、群体而独立生活，个人作为社会中的一员，理应遵守相应的行为规范，个人生活的意义因为规范的存在而凸显。

规范界定行为性质，塑造个人，约束个人举止，有助于维系社会内部团结，反对无政府状态。对于违反规范的行为，必须给予相应惩罚，社会秩序才能形成。法律规范与一定的社会总是形影相随。刑法是一定社会中允许或者禁止公民实施特定行为的规则（行为规范），也是司法机关用于惩罚犯罪的专门规则（裁判规范）。“刑法”一词，简而言之，就是事关犯罪和刑罚的法律规范。刑法学就是围绕刑法进行规范解释，确定犯罪认定和处理的一般标准的理论。要研究刑法学，必须对相关范畴如犯罪、刑罚、刑法等进行分析。

第一节 犯 罪

一、犯罪的概念

犯罪是违反行为规范，进而侵害法益的行为。

任何现代国家都无不以一种务实的态度承认：要彻底消除犯罪是不可能的，犯罪每天都在发生，国家能够做的只能是尽量消除滋生犯罪的土壤，尽可能减少犯罪。犯罪的发生，牵动社会的神经；犯罪是社会的“毒瘤”，但客观上其又具有“倒逼”社会各项制度、措施逐步完善的作用，在这个意义上，犯罪是社会的“润滑剂”。

对于犯罪的概念，可以从犯罪学、刑事政策学、社会学、伦理学的角度加以揭示，所以对何为犯罪的界定结论，不胜枚举。在刑法学领域，对犯罪概念加以分析，就是对各种具体犯罪内在、外在特征的高度概括。

（一）犯罪的形式概念

从世界各国刑法典的规定看，对犯罪的定义有实质定义和形式定义之分。犯罪的形式概念把犯罪视为违反刑事法律的行为，仅从犯罪的法律特征上给犯罪下定义。例如，法国刑法典曾经规定，犯罪就是“法律所规定的重罪、轻罪、违警罪”；多数大陆法系国家将犯罪视为该当构成要件、违法且有责的行为。这都是对犯罪概念作形式的、限定的解释。

犯罪的形式概念的优点是通过对刑事法的解释来防止恣意的人权侵害现象，较好地维护了形式意义上的罪刑法定原则，而不会仅仅因为行为现实地存在较高的社会损害性、处罚必要性，就从实质的角度出发，对行为给予刑罚处罚。所以，犯罪具有刑事违法性的观念被有的西方国家刑法所特别强调。

（二）犯罪的实质概念

犯罪的实质概念是从犯罪的本质特征上给犯罪下定义。对此有多种观点：一种观点认为，犯罪的实质是对权利的侵害。另一种观点认为，犯罪的实质是对法益的侵害。还有一种观点认

4 刑法总论（第二版）

为,犯罪的本质不是侵害法益,而是对义务的违反。最后一种折中的立场主张,犯罪的本质首先是法益侵害,但仅仅认识到这一点还不够,从根本上看犯罪还有规范违反的特征。换言之,把犯罪认定为具有社会规范损害性的行为:犯罪首先违反了社会基本生活规范,偏离社会正常轨道,从而应当受到司法机关的否定性评价。

今天的通说,把犯罪的实质认定为对法益具有侵害性或者威胁性的行为。这里的法益,是指重要的生活利益,包括个人的生命、身体、财产以及其他有助于个体人格发展的个人利益,以及支持这些利益的国家的、社会的利益。按照实质的犯罪概念的观点,犯罪首先违反了社会基本生活规范,偏离社会正常轨道,具有实质的法益侵害或者使法益陷入危险的性质,所以才在形式上违反规范,从而受到司法机关的否定性评价。

一般来说,犯罪的实质概念更为合理。犯罪的实质概念的意义在于:它为刑法划出了一条法治国家的根本性界限——行为不是因为单纯地违反了刑法规范,而是由于它侵害了刑法所要保护的实质内容,才受到刑罚处罚。这里的刑法所保护的实质内容,就是刑法理论上所说的法益,即法律所保护的共同生活利益。

但是,由于法益概念本身存在含混之处,其意蕴并非不言自明,所以,实质的犯罪概念也隐含着一些危险:可能为了刑事政策上的需要,超越成文法的限制,曲解社会危害性、法益侵害等概念,将形式上并不违法但实质上有侵害性的行为,评价为犯罪行为,而对个人实施打击。在司法上可能导致忽视人权的现象出现,只注重了法律价值的一个侧面,而忽略另一个侧面。由于中国历来重视从现象看本质,犯罪的实质概念不少,而形式概念未得到强调,所以,在强大的社会面前,尤其需要强调保护个人的利益。在这个意义上,肯定犯罪的形式概念也是有其独特价值的。

所以,要在刑法学上对犯罪概念进行界定,就必须考虑:(1)犯罪的形式概念、实质概念的统一。只有这样,才能克服两种界定方法各自所具有的弊端,扬长避短。(2)对于犯罪的形式概念、实质概念应当分阶段考虑。在立法阶段,主要考虑犯罪的法益侵害性。刑法典中对罪名的设计、罪与非罪或者此罪与彼罪的区分,主要取决于立法者对行为的法益侵害可能性的估量,所以,对犯罪及其惩罚的规定与行为可能具有的法益侵害性有关,也与立法者的选择有关。在司法阶段则应考虑犯罪行为的刑事违法性,尤其是定罪量刑时,强调公民在法律面前人人平等,所以,有罪必罚,无罪不罚,同样行为应当依照刑法的规定受到同样处理,司法官员只能依照刑法的规定行事,而不能在刑法规范之外另立标准。

(三) 我国刑法中的犯罪概念

我国刑法从形式与实质的统一上,对犯罪概念作出了界定。

刑法第13条规定,一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家,颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪。这一犯罪概念是对各种犯罪现象的理论概括,它不仅揭示了犯罪的法律特征(刑事违法性),而且阐明了犯罪的实质内容(法益侵害性),从而为区分罪与非罪的界限提供了原则标准,是一个比较完整的犯罪概念。

此外,刑法第13条在“但书”部分明确规定:“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。这是从反面强调何种行为不是犯罪。这里的“不认为是犯罪”是指情节显著轻微危害不大的,立法上不认为其构成犯罪,司法上自然就不能将其作为犯罪处理,因此,对于“但书”规定,不能理解为情节显著轻微危害不大的,是犯罪,只是不作为犯罪处理。

对于“但书”和犯罪成立条件的关系,以及“但书”的司法功能问题,需要仔细辨析。多

数学者肯定甚至夸大了“但书”的功能，其中有的学者认为，“但书”规定具有重要的“出罪”功能，行为符合犯罪成立要件，仍然可以根据“但书”规定，在情节显著轻微，社会危害性不大，没有处罚必要性的场合，认定其不是犯罪（“‘但书’排斥犯罪成立条件说”）。还有的学者认为，刑法分则所规定的构成要件是形式化的，“但书”所规定的行为，从表面上看符合刑法分则某一条文的规定，但因其情节显著轻微、危害不大，实际上不构成该条文所规定的犯罪（“构成要件形式化说”）。“‘但书’排斥犯罪成立条件说”认为行为符合犯罪成立条件，又可以按照“但书”规定宣告无罪的观点是值得商榷的。因为刑法第13条所规定的犯罪概念，只是犯罪成立与否的指导形象，而不是认定犯罪的具体标准；“但书”的规定，也只是“出罪”的指导原则，而非排除犯罪的具体标准。行为是否成立犯罪，以行为是否符合刑法分则的罪状规定，是否具备犯罪成立条件为准。行为不能作为犯罪处罚，是因为行为不符合刑法分则的罪状规定，不具备犯罪成立条件。在行为与刑法分则的规定相一致，符合犯罪成立条件的情况下，又根据“但书”的规定排除其犯罪性，是自相矛盾的说法，没有坚持构成要件观念，弱化了犯罪成立条件的功能，可能冲击罪刑法定原则。“构成要件形式化说”没有看到刑法分则关于罪状的规定是将具有处罚必要性的法益侵害行为类型化的实质，刑法分则的规定充分揭示了行为的客观危害性，凡是符合分则各罪规定的行为，都是立法者从形形色色的危害行为中挑选出来的，达到国家不能容忍程度的法益侵害性，必须动用刑罚处罚的行为，而不可能是“情节显著轻微，危害不大的行为”。根据刑法谦抑性的要求，对于情节显著轻微、危害不大的行为，没有必要由立法者作出刑法反应，所以该类行为不可能成为刑法分则所明示的构成要件行为。将构成要件形式化，认为行为符合刑法分则的罪状规定，但仍然可以根据“但书”规定“出罪”的主张，和法益侵害说以及实质的构成要件观念都不符合。

由此看来，“但书”规定的功能是有限的，在司法活动中，应当以行为不符合犯罪成立条件为由宣告无罪，而不是直接引用刑法第13条的“但书”规定宣告无罪。“但书”所规定的行为，从实质上看根本不符合刑法分则某一条文的规定，是不构成犯罪的行为。说到底，“但书”只不过是隶属于评价犯罪的构成要件标准说的提示性、注意性规定，不是法律拟制，不是在认定行为是否构成犯罪的犯罪成立条件理论之外提出“出罪”标准。换言之，对“但书”规定必须理解为：行为因为不符合刑法分则罪状的规定，不具备犯罪成立条件，所以，可以被认为“情节显著轻微，危害不大”，从而“不认为是犯罪”。而不能将“但书”规定理解为行为虽然符合犯罪成立条件，但是由于情节显著轻微，所以不认为是犯罪。从这个意义上讲，只要坚持罪刑法定原则，形成正确的构成要件观念，即使取消刑法第13条关于“但书”的规定，对于排除某些行为的犯罪性，在司法实务中也不会造成任何困惑，更不会扩大打击面。片面夸大“但书”功能的观点，实际上是一些想当然的主张，同时没有考虑到“但书”规定和犯罪成立条件的协调，因而是不妥当的。

二、犯罪的本质

关于犯罪的本质，有多种学说。

（一）权利侵害说

权利侵害说认为在每一刑法条文背后都体现了权利，犯罪就是侵犯权利的行为。这种学说由费尔巴哈（Anselm Von Feuerbach, 1775—1833）在19世纪初提出，在17、18世纪较为流行，强调人生而平等，具有许多自然权利，需要刑法加以保护。但权利侵害说不能解释所有的犯罪，例如，反对宗教的亵渎神灵的行为、反伦理的行为、传播淫秽物品的行为等，都只是违反社会义务，并未侵犯权利。

6 刑法总论（第二版）

（二）法益侵害说

法益保护主义认为：刑法的机能是法益保护，犯罪的本质是法益侵害或者法益侵害的危险性。产生法益的是生活的需要，而非法秩序。法益是从生活利益中提炼出来的。法益侵害说在19世纪中期由毕恩鲍姆（Birnbäum, 1792—1872）提出，并很快全面取代权利侵害说。法益侵害说是今天关于犯罪本质的多数说。

一个犯罪规定在刑法分则的什么位置，表现出它侵犯了何种法益，如诬陷罪在很多国家规定在妨害司法犯罪中，体现的是刑法对国家法益的保护；而在我国刑法中，诬告陷害罪规定在侵犯人身权利犯罪中，体现的是对个人法益的保护。因而得到受害人承诺的诬告在许多国家是犯罪，但在我国可以作无罪处理。

我国刑法分则将具体的犯罪分为10章，但如果按照法益进行归类，可以分为三大类：（1）侵害国家利益的犯罪，包括危害国家安全、危害国防利益、军人违反职责、渎职罪；（2）侵害个人利益的犯罪，包括侵犯人身权、财产权的犯罪；（3）侵害社会利益的犯罪，包括危害公共安全、破坏市场经济秩序、妨害社会管理秩序罪。

（三）规范违反说

规范违反说认为，刑法通过确保行为规范的有效性，进而保护法益。由于法益必须放在规范关系中去理解^①，所以，犯罪的本质是违反行为规范。规范违反说由威尔泽尔（Hans Welzel, 1904—1977）在第二次世界大战后创立。规范违反说的早期理论强调犯罪是对社会伦理规范的违反，但是，今天的规范违反说试图告别伦理因素对犯罪评价的影响，将行为规范违反和法益侵害作为违法性判断的双重指标看待。规范违反说和法益侵害说都属于刑法学旧派领域的两个分支，它们都承认行为的意义，承认相对的意志自由，主要的区别在于：前者重视对行为规范有效性的维护，所以在评价犯罪时，将行为的样态、方式、手段与行为人的主观恶性作为重点（行为无价值论）；后者仅重视法益侵害性，所以将法益侵害结果或者法益侵害危险性作为评价重点（结果无价值论）。

三、犯罪的分类

对于犯罪，按照不同的标准，可以作不同的分类。

（一）自然犯、法定犯

从刑法与社会伦理的关系上，可以将犯罪分为自然犯和法定犯。

自然犯，是指对行为本身即使刑罚规范没有规定，也会受到社会伦理的非难的情形（刑事犯）。法定犯，是指刑罚规范的内容与社会伦理规范之间有时存在不一致之处，对于行为的犯罪性质，只有根据刑罚法规的规定才能加以确定并进行非难的情形（行政犯）。

一般来说，自然犯的行为本身是一种“自体恶”，法定犯是一种“禁止恶”，所以，二者之间有大致明确的界限。但是，随着社会状况的变化和公众价值观的变化，会出现自然犯的非犯罪化现象，例如，赌博罪、传播淫秽物品罪等没有被害人的传统自然犯，随着社会风俗的变

^① 在理论上完全可以认为：犯罪行为不是孤立的行为，不是真空状态下的行为，而是社会当中对社会有害的行为。而说它对社会有害的时候，它一定是对某个东西的破坏。而对某个东西的破坏，最后的落脚点，有一个实体，或者这个实体的权益被破坏。但作为实体的法益一定要在社会规范联系中去保护、在人与人之间的相互关系中去理解，它才会有意义。也就是在这个意义上，许玉秀才认为：“法益论其实也是规范论……法益本身也是一定规范目的下的产物，社会的同一性可以随不同时空而变异，在整个20世纪的时空下，刑法规范不过是将提供个人发展生命的资源评价为法益，评价为证明社会同一性的方法，如果将保护法益说成是规范效用的隐喻，其实是相同的意思。”（许玉秀：《当代刑法思潮》，26页，北京，中国民主法制出版社，2005。）

化,其适用范围可能缩限;或者出现法定犯的自然犯化现象,例如操纵证券交易价格的行为,只有刑法有规定,其法益侵害性才能被认识,但是,随着证券业的发展,操纵证券交易价格的行为会逐步具有自然犯的性质。

(二) 亲告罪、非亲告罪

从告诉权由谁享有的角度,可以将犯罪分为亲告罪和非亲告罪。

亲告罪,是指对于犯罪是否进行追究,取决于个人的意思,在追诉之时必须经过有告诉权者告诉的犯罪。非亲告罪,是指侦查、起诉、审判程序由国家司法机关直接推动,起诉权利由检察机关享有,是否提起公诉不取决于个人意思的犯罪。

在我国刑法中,绝大多数犯罪是非亲告罪,只有侮辱、诽谤、暴力干涉婚姻自由、虐待、侵占等罪是亲告罪,在这些犯罪的危害轻微的场合,考虑被害人的追诉要求是合理的。

(三) 国事罪、普通刑事罪

从犯罪的法益侵害性的角度,可以把犯罪分为国事罪和普通刑事罪。

国事罪,是指直接侵害国家统治秩序的犯罪,即我国刑法分则第一章规定的危害国家安全罪。这类犯罪所危害的法益具有特别重要性、唯一性,对于统治阶级来讲,是最为重要的犯罪,所以,必须予以严惩。普通刑事罪,是指危害国家安全罪以外的侵犯个人、社会利益的犯罪。这类犯罪的具体类型广泛,轻重程度不同,对其处罚的方法也就存在差别。

(四) 基本犯、结果加重犯

基本犯,是指符合某个构成要件基本形态的规定的犯罪形态。例如,符合刑法第234条第1款的规定的,就成立故意伤害罪的基本犯。

结果加重犯,是指行为人出于基本构成要件的故意或者过失,在实施基本构成要件所规定的行为时,发生了超过基本构成要件结果的加重结果,因而导致刑罚加重的犯罪形态。例如,故意伤害致人死亡的,就成立故意伤害罪的结果加重犯。

(五) 即成犯、状态犯和继续犯

从犯罪终了与法益侵害的关系出发,可以将犯罪分为即成犯、状态犯和继续犯。

即成犯,是指在法益侵害后果发生的同时,犯罪行为完成或者终了的情形。故意杀人罪是即成犯的典型例证。

状态犯,是指在法益侵害发生的同时,犯罪行为终了,但是,此后法益侵害的状态仍然继续的情形。盗窃罪是状态犯的适例,因为在行为人控制财物时,盗窃行为既遂,法益侵害发生的同时行为实施完毕。在此之后,赃物在相当长的时间内被犯罪人控制,所以,法益侵害状态继续,但是对这种违法状态,在状态犯的构成要件里进行包括的评价,行为人自身占有、销售赃物的,并不构成赃物犯罪;故意毁坏赃物的,也不成立故意毁坏财物罪(不可罚的事后行为)。

继续犯,是指在法益侵害持续进行期间,犯罪行为也持续进行的情形。继续犯是不法状态和实行行为同在,非法拘禁罪是继续犯的典型。

第二节 刑 罚

一、刑罚的概念

刑罚,是刑法规定的,由国家审判机关依法对犯罪分子所适用的限制或剥夺其某种权益的,最严厉的强制性法律制裁方法。

刑罚具有下列特征:



8 刑法总论（第二版）

（一）本质上的严厉性

刑罚的属性在于对犯罪人权益的限制或剥夺，这表明它是一种最严厉的法律制裁措施。因为刑罚中的自由刑可以限制或剥夺犯罪人的人身自由，生命刑还可以剥夺犯罪人的生命，资格刑、财产刑可以剥夺犯罪人的政治权利和财产权利。这种严厉性正是刑罚区别于其他法律制裁方法的本质特征。

（二）适用对象的特定性

适用刑罚是以行为人的行为构成犯罪为前提的，刑罚是因犯罪行为而产生的当然的法律后果，是对犯罪行为所作出的否定评价，因此，刑罚处罚的对象只能是实施了犯罪行为的自然人或法人。犯罪人既是犯罪行为的实施者，也是刑罚的物质承担者。刑罚既不能适用于动植物和其他非人的对象，也不能适用于违反了道德、法纪和仅有一般违法行为的人，更不能适用于与犯罪无关的无辜者。

（三）根据的法定性

按照罪刑法定原则的要求，不仅犯罪需由成文刑法事先作出明文规定，而且刑罚也必须由刑法明文载于法条。这就意味着，刑法总则要对刑罚的种类作出明文规定。刑法没有明文规定的制裁方法，不能以刑罚之名适用于犯罪分子。

（四）适用主体的单一性

刑罚适用的主体只能是代表国家行使审判权的人民法院。任何其他国家机关、企业、事业单位、人民团体和个人，都无权对犯罪人适用刑罚。

二、刑罚权

刑罚是惩罚犯罪的一种强制方法，由国家设定和运用这一方法的权力就是刑罚权。刑罚是刑罚权的外在表现，刑罚权则是据以确立刑罚及保证其运行的源泉。两者紧密相连，不可分割。

我国刑罚权是国家权力的一部分，没有国家的统治权，就没有刑罚权。刑罚权体现的是国家和犯罪人之间的法律关系，即作为科刑主体的国家在实体上有权对作为受刑主体的犯罪人施加惩罚。这在另一方面也表明，刑罚权只能对犯罪人本人行使，如果犯罪人死亡，刑罚权就会因为失去行使对象而消灭。

对于刑罚权，按照权力内容构成和运行方式的不同，可分为制刑权、求刑权、量刑权和行刑权。

制刑权，是指国家为适应惩治犯罪的需要，在刑事立法中创立、设置刑罚的权力。它包括确立刑罚的体系及与其相配套的刑罚制度；设定各个犯罪的法定刑；对现行立法中的刑种、法定刑以及刑罚制度进行修改、补充或者废止，使之更加完善。对刑罚的立法解释，也是制刑权的一部分。在我国，行使制刑权的只能是最高国家权力机关，即全国人民代表大会及其常务委员会。国家行政机关以及地方国家权力机关无权设立刑罚。

求刑权，是指对刑事被告人提起诉讼，请求法院处以刑罚的权力。求刑必须以犯罪发生为前提，没有犯罪的事实，表现为犯罪法律后果的刑罚则不会发生，自然也就不存在求刑活动。因此，求刑者必须提出证明犯罪存在的证据，承担举证责任，并且只能是向拥有量刑权的国家审判机关提出这一请求，以实现犯罪的惩罚。依据我国法律规定，公诉案件的求刑权由人民检察院行使，这是体现国家刑事检察权的主要形式；自诉案件的求刑权则由受害人以自诉形式行使。

量刑权，即刑罚裁量权，它由人民法院依法统一行使，其他任何机关都不具有这一权力。

量刑活动要求人民法院在查明案件事实的基础上，对构成犯罪的人依法判处与之相应的刑罚；不构成犯罪的，则不得适用刑罚。对于具有免除刑罚情节的，法院也可判处免于刑事处罚。可见，定罪是量刑的基础，量刑是定罪的结果，定罪权与量刑权的有机组合，构成刑事审判权。

行刑权，是指执行机关对犯罪人强制执行刑罚的权力。其主要特点是：（1）行刑权的主体，必须是依法具有执行刑罚权力的机关。按照我国刑事诉讼法的规定，不同的刑种由不同的执行机关执行。大多数刑罚由监狱执行，少数由公安机关执行，有的由人民法院执行。（2）执行的范围只能是刑罚，刑事强制措施的执行不属于行刑权的范畴。（3）执行的对象，必须是已经被人民法院判处刑罚的犯罪人。（4）执行的依据，必须是人民法院已经发生法律效力刑事判决、裁定，未经人民法院判决、裁定或者超出判决、裁定执行刑罚的行为，都是对量刑权和行刑权的否定。

上述四项权力并非相互独立、性质不同的几种刑罚权，而是刑罚权的有机组成部分，它们相互联系、相互依存，共同构成刑罚权的整体，其中，制刑权即刑罚立法的设定权是刑罚权的基础，而其他刑罚权则是制刑权的归宿。刑罚设立权属于静态立法，刑罚的作用，只有经过动态司法，即刑罚的实际运用，才能真正发挥。而刑罚在司法中的具体适用，要经过求刑、量刑和行刑三个彼此相互衔接而又互相独立的司法活动过程，与这些过程相对应的权力分别表现为求刑权、量刑权和行刑权。而在求刑权、量刑权和行刑权中，量刑权是刑罚权的核心内容：没有指控、求刑，就不会有量刑。关于量刑的判决一旦生效，即应付诸执行。所以说，量刑权既是对求刑权的具体落实，又是行刑权的依据。正是由于量刑权的行使，才有可能使立法上的抽象刑罚变成现实的具体刑罚。

三、刑罚功能

刑罚功能，是指刑罚在社会生活中可能发挥的积极作用。刑罚功能包括：（1）惩罚功能。刑罚是对犯罪人的生命、自由、财产等的剥夺，这种剥夺是对罪犯的惩罚，必然对罪犯造成生理上和精神上的痛苦。痛苦是刑罚的固有属性，而当这种惩罚的痛苦性表现出来时，刑罚的惩罚功能就产生了。（2）威慑功能。刑罚威慑功能分为一般威慑功能和特殊威慑功能。刑罚威慑功能是客观存在的，但其功能是有限度的，我们不能过分迷信刑罚的威慑功能。（3）矫正功能。刑罚能够约束、规范犯罪人的行为方式，使之回归社会，成为守法公民。（4）安抚功能。通过对犯罪适用和执行刑罚，能够在一定程度上满足受害人及其家属要求惩罚犯罪人的报复心理，可以平息或缓和犯罪给被害人以及社会其他成员造成的激愤情绪，使他们在心理上、精神上和物质上得到抚慰。

四、刑罚和保安处分的关系

保安处分，是指为了防止个别人将来可能带来的危险，以刑罚外的制裁措施，剥夺或者限制行为人的自由，对其实行限制或者隔离的措施。这里所讨论的是狭义的、对人的保安处分。广义的保安处分包括对危险财物的处分，例如为预防犯罪，没收可能用于犯罪的工具、关闭供卖淫或者吸毒的场所、解散破坏性团体的活动、命令撤出交通障碍物等。

保安处分是特殊预防理论发展的产物，它与刑罚的区别在于：刑罚是根据刑法的规定，而对实施犯罪行为的犯罪人所确定的处罚措施。换言之，刑罚是以责任为基础并针对已然行为的措施；而保安处分着眼于行为人所具有的危险性格，为了保持社会治安，同时以改善行为人为目的而施行的特殊处分措施。

保安处分包括剥夺自由、限制自由两大类，其具体手段包括：（1）保安拘禁（治安拘留）；

10 刑法总论（第二版）

(2) 对精神障碍者的治疗处分；(3) 对酒精、麻醉药和药物中毒者的戒除处分；(4) 对流浪者、乞丐等厌恶劳动者的劳动处分；(5) 对严重人格障碍者（精神病质）的累犯、性冲动犯、危险年轻罪犯、精神障碍者的社会治疗处分；(6) 职业禁止、居住限制、饮食场所的出入禁止、驾驶执照的吊销和扣押。

对于保安处分和刑罚的关系，一元论认为，刑罚和保安处分具有同一性。换言之，对有害于社会的人，原则上应当给予刑罚处罚。然而，在特殊情况下，当行为人已然犯罪结果表明其危害很大并有继续危害社会的现实可能性，但行为人没有责任（例如精神病）时，就无法对其适用刑罚；在责任较小时，刑罚的适用就无法制止行为人再行犯罪的危险性。在这种情况下，通过法院判决对其处以强制治疗、撤销驾驶执照等保安处分措施，就弥补了刑罚的不足，所以，在坚持一元论的刑法制度中，刑法的定义除刑罚外，还包括保安处分。

二元论则主张：刑罚与保安处分性质不同，不可同日而语。二元论主要立足于旧派的责任主义立场。责任原则是刑法对于国家刑罚权介入的限制，在一般情况下，根据责任原则可以保证国家通过刑罚权实现社会保护，也可以保护公民个人自由与利益。在行为人没有责任时，不能进行刑罚处罚。至于保安处分措施，则是与刑罚制度没有关联的行政管理制度。我国刑法持刑罚与保安处分二元论的观点，这主要是考虑到：(1) 刑罚是伦理谴责，以责任为前提；保安处分无伦理性，以危险性为前提。(2) 刑罚主要考虑一般预防，保安处分主要考虑特别预防。(3) 刑罚以报应为主，兼顾教育和改造；保安处分以改造和隔离为主。应该说，二元论是合理的，充分考虑了刑罚的本质及严厉性，也照顾了我国刑罚制度发展的传统。

第三节 刑 法

一、刑法的概念

法律通过其稳定性制约、影响未来。人类社会对正义、公正审判的渴求，一定会在社会秩序形成过程中显现出来。刑法是确保罪犯受到公正审判的实体法。

对于刑法的称谓，不同法系之间可能存在细微的差别。大陆法系国家大多重视惩罚结论的妥当性，强调刑罚与犯罪的相当性，看重刑罚部分，所以将惩罚犯罪的法律称为刑法；英法法系重视在判例法上对犯罪的甄别、判断和防范，称惩罚犯罪的法律为犯罪法。但是，刑法和犯罪法所针对的都是犯罪，对付犯罪的主要方法也主要是刑罚，所以，称谓虽有差别，但是实质一样。

在现代，不管是哪一法系，无论其对刑法的看法有多少差别，但有一点是共同的，即都将刑法作为国家的基本法律之一，作为规定犯罪与刑罚的法律看待。由此，我们可以将刑法界定为：以国家名义预告何种行为是犯罪和应给犯罪人以何种刑罚处罚，以有效对付犯罪和积极预防犯罪的法律。

刑法有广义和狭义之分。广义的刑法，是指以国家名义颁布的，规定犯罪与刑罚的一切法律规范的总称，包括刑法典、单行刑法以及附属刑法。其中，所谓单行刑法，是指为补充、修改刑法典而由最高立法机关颁布的，在形式上独立于刑法典而在内容上又是专门规定犯罪与刑罚的一切规范性文件。所谓附属刑法，是指拥有刑事立法权的国家立法机关，在制定经济、行政等非刑事法律时，附带制定的，体现国家对一定范围内的特定社会关系加以特别调整的，关于犯罪与刑罚的行为规范的总称。附属刑法由于是为了达到行政取缔的目的而借用刑罚这种手段确立的，所以又被称为行政刑法。在附属刑法中，刑罚规范不是主体部分，而具有附属性。至于狭义的刑法，则是指国家立法机关制定的，将规定犯罪与刑罚的一般原则和各种具体犯罪

与刑罚的法律规范加以条理化和系统化的刑法典。

从法律性格上看,刑法是讨论刑事法律关系本身(犯罪成立条件和实质的处罚标准)的实体法,而不是规定犯罪追究程式的程序法;是涉及公共权力(刑罚权)运用的公法,而不是调整平等主体的人身、财产关系的私法;是从属于宪法的子法、强行法。最后,如果将法律分为立法法、司法法和行政法,那么,刑法还是规范刑事审判活动的司法法。

二、刑法的演变

在人类社会早期,对危害他人生命、身体、财产以及侵犯共同生活秩序的行为,采用私力救济的方式处理,惩罚表现为“以眼还眼,以牙还牙”的复仇,正式的刑罚规范并不存在。

在国家出现以后,出于维持政权的需要,刑法出现并被广泛运用。在众多法律部门中,刑法的历史最为悠久,发挥的作用也最为显著。诸法合体、刑民不分,用刑罚方法处理民事纠纷,是世界各国法律发展过程中都经历过的阶段。

近代以来,经济交往频繁,财产关系复杂,个人权利关系兴起,民、商事法律的地位逐步提高,刑法、民法各自调整的领域也被进一步划定。人们一般认同这样的观念:在一定的国家,存在由国家权力所支配的政治领域,也应当存在个人可以在其中自由决定并自由行动的市民社会。社会二元化,要求刑法只能在政治国家范围内发挥作用,不能进入市民社会领域。凡是公民、法人根据其自己的意思可以处理的纠纷,刑法不能强行介入,所以,刑法和民事法律必须各守其界。这使得人们对刑法的认识进一步明确。

18世纪以前的刑法,只有具体犯罪及其刑罚的规定,刑法缺乏体系性,表现为大量的散在性的个别法。此后,逐步总结出总则性规定。大陆法系国家第一部刑法典即1810年法国刑法典首开了总则与分则相分立的刑法典立法模式,这一做法后来被其他国家效仿。

上述分析表明,在漫长的历史进程中,刑法的独立性始终得到保持。这种独立性充分表现在:(1)刑法调整犯罪与刑罚之间的关系,有特殊的规制对象。(2)刑法对不法行为的判断、评价有不同于其他部门法的独立标准。(3)刑法通过对犯罪的惩治而在社会中发挥独立的作用。刑法具有最后手段性,在其他法律手段明显不足时出面处理社会冲突,所以,其独立存在价值是不可否定的。

不过,由于刑法具有其他法律所不能比拟的严厉性、强行性,其一旦使用,就会涉及对个人生命、财产、资格的剥夺和对行动自由的限制,所以,刑法的运用应当受到适度限制。利用刑法处理社会关系,应当限于“不得已”的场合。有的启蒙思想家试图限制刑法的适用范围,强调刑法从属于民法,在适用民法无效时,才适用刑法,以补充民法的不足。虽然其否定刑法独立性的观点是我们今天所不能赞同的,但是,他们对刑法过度适用所隐伏的危险的担忧,则是我们必须关注的。

我国在1979年制定了刑法典。刑法制定的根据是宪法的精神和司法实践经验。1979年刑法的特点是罪名较少、刑罚较为轻缓。1981年以后,随着社会转型的加快,犯罪现象日趋猖獗,为适应惩罚犯罪的需要,截止到1997年3月,我国先后又通过了二十余个单行刑法,并在一百余部行政法规中规定有罪刑条款。这些刑法规范的颁布,对于稳定社会秩序、惩罚犯罪,是极其必要的。但是,单行刑法、附属刑法规范过多,过于分散,难免有相互矛盾之处,既使得司法适用上难度很大,也可能使法制的统一性受到影响。所以,我国在1997年对旧刑法进行了修订。刑法修订的基本思路是:制定有特色、统一和完备的刑法典;保持刑法的连续性和稳定性,可改可不改的,尽量不改;尽量使新刑法明确与具体。

修订后的刑法共有452条,在犯罪与刑罚的立法规定上都有重大改动。但是,最为引人注

12 刑法总论（第二版）

目的变化主要表现在：一方面，适应依法治国、建设社会主义法治国家的需要，规定了罪刑法定、罪刑相适应、刑法面前人人平等的刑法基本原则，并在罪—刑关系设置的多个方面体现了保障人权的思想。另一方面，在刑法分则中，大量增设新罪名，严密法网。刑法分则共分10章，对四百余个罪名作了规定，为准确认定犯罪提供了标准。

自1997年修订刑法之后，迄今为止，全国人大常委会又先后制定了8个刑法修正案，包括：（1）1999年12月25日的《刑法修正案》；（2）2001年8月31日的《刑法修正案（二）》；（3）2001年12月29日的《刑法修正案（三）》；（4）2002年12月28日的《刑法修正案（四）》；（5）2005年2月28日的《刑法修正案（五）》；（6）2006年6月29日的《刑法修正案（六）》；（7）2009年2月28日的《刑法修正案（七）》；（8）2011年2月25日的《刑法修正案（八）》。全国人大常委会还制定了一个单行刑法，即1998年12月29日《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。

制定刑法修正案或者单行刑法，有时可能是形势所需，自有其合理性。但是，如果刑法修正案过多，在立法上频繁增加罪名，频繁修改刑法，不考虑理论上关于罪刑法定以及刑法稳定性的呼吁，可能也有负面作用。根据理论上取得压倒性优势的自由主义的要求，罪刑法定不仅仅意味着对司法权的约束，也包括对立法权的约束，即立法不能频繁修改，使公民难以预测自己的行为。在我国1997年修订刑法之后，刑法修正案一个接一个地颁行，可能会带来不少的问题。对此，有学者正确地指出：

犯罪在很大程度上是一个社会界定的问题，因而一个国家可以通过在刑法典中增删条款来增加或者减少犯罪。但是这些反复不定的犯罪、增删无常的条款尽管在其他方面可能很重要，但却通常并不是那些构成“犯罪问题”的东西。^①

频繁修改刑法，会使人们质疑立法的预见性、立法能力，使理论上坚守的罪刑法定堡垒部分地丧失意义，也使理论上对于某些犯罪的解释变得不正确，对于理论发展和司法实务都可能产生或多或少的消极影响。

三、刑法的性质

刑法作为重要的部门法，具有以下法律性质：

（一）特定性

刑法只规范罪—刑关系，其涉及的内容与对象都较为特殊。刑法规范并不像其他法律规范一样仅仅保护社会伦理的、道德的、宗教的秩序，而是对个人参与社会生活、从事社会活动所必不可少的生活利益都予以保护，即通过对违反规范的行为以国家的名义作出规范的、明确的否定性评价，来达到维护法益的目的。

（二）广泛性

刑法的目的是保护法益。需要用刑法加以保护的法益十分广泛，从总体上看包括个人法益、国家法益、社会法益三大类，每一类法益之下，又可以分为数十种具体的法益。可以说，其他法律保护的法益，刑法都保护。

（三）严厉性

在犯罪发生时，惩罚这种行为的措施是刑罚，这是强制力最强的手段。刑法与民法、行政法等其他法律部门的区别表现在：犯罪这类违法行为，根据法律所可能承担的法律后果不同；

^① [美] 弗里德曼：《选择的共和国：法律、权威与文化》，高鸿钧等译，155页，北京，清华大学出版社，2005。

而不在于它所调整的社会关系的不同。民法调整平等主体之间的利益关系，行政法对于为实现公共福利所采取的国家行动进行规范，表面上看，它们与刑法在调整对象上不同，但是，在民事关系、行政关系被严重侵犯时，刑法的出面有时就是难免的。从这个意义上看，刑法具有保障性，即保障其他法律的实施，如刑法通过规定妨害公务罪，来保障公务执行的可能性和效率；通过规定走私罪，来保障海关法的施行等。

（四）谦抑性

刑法必须具有谦抑性。刑法谦抑性包括刑法的补充性和刑法的宽容性。

需要法律加以保护的社会利益是多种多样的，其保护手段也是多方面的，刑法并没有保护所有应当保护的社会利益的功能与效力，即刑法不是万能的，刑罚手段具有局限性。刑法和其他法律一起共同对法益实施保护，对侵害合法权益的行为，并不都需要刑法介入，例如违约行为侵犯他人的财产权，在民法保护已经足够时，刑法必须保持克制和谦抑。由刑罚的严厉性所决定，刑法是国家法律手段中破坏性最强的一种，其可能间接甚至直接地对刑法本身应当保护的利益产生危害，所以，只有在民事、行政等法律对法益的保护不充分，国家、社会或者个人以其他手段无法有效地保护该利益，而只有通过刑罚才能有效保护的情况下，刑罚作为“最后手段”才能被使用。刑罚的发动，必须限于社会秩序迫切需要维持的场合，而且刑罚权的运用必须限定在最小的活动范围内；在反社会的行为发生之后，要给予刑罚处罚，必须要考虑用刑法保护法益是否是唯一合理的手段，刑法必须有限制地、谨慎地适用，它只能在不得已的情况下和尽可能小的范围内将违法活动和违法者作为自己的关注对象，以此来保持刑法的宽容性，以有效防止刑罚权的滥用。^①

四、刑法的任务

刑法的任务是通过规定最严厉的制裁手段来保护法益。这里的法益，是指法律所保障的生活上重要的权益或者利益，包括人身权利、财产权利、社会秩序、经济秩序等。

我国刑法第2条规定：中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。根据这一规定，我国刑法的任务是打击犯罪与保护人民的统一。

打击犯罪与保护人民是手段与目的的关系。打击犯罪是指采用刑罚即刑事制裁的方法，同一切危害国家安全的和其他的刑事犯罪行为作斗争。打击犯罪的目的是保护人民，根据我国刑法的规定，保护人民主要是指保护国家的根本政治制度和公民的合法权益，具体地说，表现在以下几个方面：（1）保卫人民民主专政的政权和社会主义制度。严厉打击直接危害我国人民民主专政的政权和社会主义制度的危害国家安全的犯罪行为，这是我国刑法的首要任务。（2）保护公共财产和公民私人所有的合法财产。国有财产和劳动群众集体所有的财产，是社会主义的物质基础，是我国进行现代化建设的物质保证，它们直接关系到我国政权和制度的巩固以及社会生活的正常和繁荣，因而保护公共财产是我国刑法的重要任务。公民私人所有的合法财产，是公民生产、工作、生活必不可少的物质条件。保护公民私人所有的财产，贯彻了宪法的相关

^① 帕克详尽地阐述了将违法行为犯罪化所应受到的具体限制：（1）在大部分人看来，这种行为对于社会的威胁是明显的，从社会的各个方面来看，都是不能容忍的；（2）对于这种行为科处刑罚符合刑罚的目的；（3）对于这种行为的抑制不会使社会所希望的行为受到限制；（4）对于这种行为的处理没有可以代替刑罚的其他适当的方法存在，等等。See Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, 1968, p. 296.

14 刑法总论（第二版）

原则。(3) 保护公民的人身权利、民主权利和其他权利。保护人民的合法权益是我们社会主义国家的根本任务，也是我国刑法任务的重要内容之一。(4) 维护社会秩序和经济秩序。良好的社会秩序和经济秩序，是社会主义建设事业顺利进行的保障，同人民的切身利益密切相关，因此，维护社会秩序和经济秩序是刑法的一项重要任务。

五、刑法的社会功能

无论哪一派学者，都要充分关注刑法究竟在社会具有什么功能这一问题。对刑法功能的判断，意味着要剔除我们对刑法所寄予的不切实际的愿望，比如说，过于依赖刑法来达到统治的目的，过于把刑法意识形态化，可能都是让刑法承担了太多的使命。对刑法的社会功能的赋予，必须要恰当，如果赋予了很多的社会功能，这样的刑法一定会偏离老百姓、通常的规范感受。

通说认为，刑法的运用是因为犯罪人仇恨社会，所以，行为的危害很大，必须要对行为人归责。但是，似乎可以换一个视角看犯罪：犯罪只不过是社会当中的一段“恶缘”，刑法要处理“恶缘”。林东茂教授指出：“刑法要圆满对应恶缘的兴灭，在立法和司法上都要慎重将事，否则因缘际会卷入漩涡的人将遭灭顶。”^① 恶缘是对（行为的）规范关系加以破坏的结局，犯罪是一段恶缘，意味着犯罪是对规范秩序的破坏。规范关系意味着社会当中的底线秩序，刑法的功能在于恢复社会关系当中被犯罪破坏的规范关系、规范秩序，也就是说，社会的存在，或者说社会之所以有意义，是因为有规范存在，有规范对一般人的行为进行指引、设定处罚网络。如果说社会有意义是因为有规范，那么，社会就是因为规范而存在的，而不是规范因为社会而存在。在这个过程中，犯罪行为是对这个规范网络的破坏，对这个规范网络当中某一段的破坏。所以，林中茂教授讲犯罪是一段恶缘，应该是有道理的。社会中存在诸多行为规范网络相互交错，比如，作为教师，我们要遵守什么样的规范；作为一个公民，我们要遵守什么规则；作为一个和邻居相处的人，我们要遵守什么规则，这些规则组成了行为规范网络。社会中存在大量规范关系，某一个犯罪事实就是对这个规范关系的破坏，所以，犯罪意味着结下了一段恶缘或者孽缘，刑法就是要了却它，要把这一段恶缘或者孽缘终结，而终结这一段恶缘的最终目的，是让人们生活得很安心，确保人们的生活有秩序。

所以，刑法的社会功能是对行为规范关系或者底线秩序的维护。唯其如此，才能最终保护法益。既然刑法是对规范关系、底线秩序的维护，那么，要达到这个目的，刑法就一定要限制人的自由，就是让人们有很多事情做不了。当然，对人的行为施加羁绊，只是形式，实质是刑法通过对人的限制，来确保所有人安心地、有保障地过一种有秩序的生活。

第四节 刑法学

以犯罪和刑罚为研究对象的学问，被称为刑法学。对刑法学的领域，可以作不同区分：考察刑法历史的理论体系，是刑法史学；对外国刑法进行比较研究的学科，是比较刑法学；利用哲学眼光对处罚的正当性、根据进行反思的学问，是刑法哲学。本教科书所研究的刑法学，属于刑法解释学。刑法解释学以对刑法总则、刑法分则的规定进行认识为目的，分为总论和各论两部分。刑法总论对刑法规范作一般性分析，明确犯罪成立的基本条件、犯罪的特殊形态以及刑罚的类型、适用方法；在刑法各论中，则对犯罪的个别成立条件以及法定刑适用进行分析。

^① 林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》，5页，北京，中国人民大学出版社，2009。

一、刑法学思维的独特性

刑法学是研究定罪原理、刑罚裁量和执行规则、具体犯罪认定方法的部门法学。

刑法学思维自身的特点在于：(1) 客观判断与主观判断统一，但客观判断绝对优先。在认定犯罪时，需要首先考虑行为及其后果，再审视行为人及其罪责是否存在；反之，就会陷入刑法主观主义的窠臼。(2) 抽象判断和具体判断统一，但抽象判断优先。在对犯罪的各个要素进行分析时，必须从判断抽象的犯罪要素开始，在得出肯定结论后，进一步判断具体要素。(3) 一般判断和例外判断统一，但一般判断绝对优先。这一点在英美国家刑法中表现得特别充分，法官先判断是否存在行为、心理，在这一层次的判断完成之后，再考虑行为人是否有辩解事由。(4) 事实判断和价值判断统一，但事实判断绝对优先。上述这四对关系的统一，说起来容易，但在实际的研究中，如何贯彻这种思路，并不是一件容易的事情。

二、刑法学和其他部门法学之间的关系

对很多犯罪的认定，涉及刑法学和其他部门法学在对待同一问题上的态度差异问题，对于这种差异刑法学不能熟视无睹。对某些疑难案件的处理，需要兼顾考虑刑法学以外的其他部门法学的取向，否则，刑法学上的结论可能缺乏合理性。例如，对于犯罪故意和过失的区别，有希望主义、认识主义、容认主义、盖然性说等学说。对于盖然性说，人们容易批评其不好把握，没有考虑行为人的意志因素等，但是，盖然性说明显有其合理性：过于注重探究行为人意志因素的希望主义、容认主义，都存在为了获取关于行为人意志因素的信息，而采取刑讯逼供或者其他变相非法手段，逼取被告人口供的可能；认识主义完全不考虑行为人的意志因素，与刑法的规定可能不相符合。为了兼采希望主义、容认主义的合理之处，同时防止过分重视行为人意志因素的弊端，有效防止刑讯逼供，盖然性说提出了自己判断犯罪故意的主张。应当说，盖然性说的结论是否妥当还值得考虑，但是这种在思考刑法问题的同时兼顾其他部门法理论的路径是值得提倡的。

当然，刑法学的立场和民法学、商法学在某些问题上的认识并不完全一致，有时还存在很大差异，例如，刑法学对于人的出生的看法、对财产占有的判断、对事实婚姻的效果等，都和民法学并不相同；收受他人提供的商品房，即使没有来得及进行产权变更，未取得物权法意义上的所有权，在刑法上也认为是受贿罪既遂；在刑法上，被害人的过错（例如，被害人没有听从警方劝告，执意到社会秩序特别混乱的场所游荡而遭受抢劫；被害人衣着过于暴露而被强奸；被害人贪图小便宜而被诈骗）与行为人的责任无关，但是，在侵权行为法上，被害人的过错可以减免行为人的赔偿责任。发生这种差异的原因在于：刑法需要保护个人的行动自由。被害人有权自由自在地生活，可以到处行走，可以选择其所喜欢的衣着方式，即使穿着暴露也不用担心自己会被误以为正在引诱强奸的发生。刑法为保护这种自由而不能指责那些缺乏应有的谨慎，将自己暴露在犯罪攻击危险之下的人。应受刑法谴责的是实施抢劫、强奸等行为的人。在侵权行为法上，被害人在减少损害方面负有共同责任，其在侵权损害后果的发生过程中和行为人相互作用，扮演重要角色。

关于侵犯发生的方式，刑法代表了一种独特的观念。罪犯把那些攻击性的冲动发泄在被害人身上。侵权行为法持的是另外一种观点。侵权行为人和被害人相互作用，由此导致了损害的发生。人们很难说，这种说法中哪一种观点是绝对正确或者是绝对错误的。它们是对同一现实两种不同的视角。^①

^① [美] 乔治·P·弗莱彻：《刑法的基本概念》，蔡爱惠等译，91页，北京，中国政法大学出版社，2004。

16 刑法总论（第二版）

刑法学和民法学之间所存在的上述差异都属于正常现象，这是由刑法学立场的独立性所决定的。强行要求刑法学立场和其他部门法学立场的一致性，有时会带来犯罪认定上的困难，不利于发挥刑法的法益保护机能。

三、刑法学研究方法

（一）体系思考与问题思考并重

在从事学术研究时，对某一学科可能涉及的“问题”进行深入讨论，至关重要。

刑法学发展始终面临双重任务：理论体系的构建和解决具体问题。体系思考和问题思考齐头并进，当然最好，但是，在很多情况下，兼顾二者比较困难，此时就有一个孰轻孰重的问题。

在西方，对问题的思考在前，对体系的思考在后，人们总是习惯于从现实的各种违法、犯罪中总结出一般规律，所以，刑法学各论发展历史悠久。西方刑法学由于规范化研究的时间较长，理论研究“去意识形态化”的任务业已完成，因此，进行体系研究和问题研究的工作都早已走上正轨。通过对现实中出现的各种问题的仔细讨论，“反哺”刑法学基础理论，根据对问题思考的结论，进行体系建构；在体系建构过程中，进一步思考问题。这一过程，和西方刑法学上先有对具体犯罪的研究，后有犯罪论体系是基本一致的。在问题充分展示，解决问题的各种方案也比较明确的情况下，人们对更为合理的体系的思考才可能顺利进行。在犯罪论体系确立之后，人们才能反过来在更高的层次上重视对问题的思考。

（二）抽象思考方法

抽象思考方法，是指使生活事实和法律规范之间保持距离，对行为是否符合犯罪成立条件作抽象的思考。刑法规定必须相对具体地规制各种事实构成（构成要件），惩罚的法律结果命令与其相连，这里的事实构成是一种抽象的概念，与具体的生活事实并不相同。根据构成要件的观点，人们自然可以得出如下结论：

任何人不能仅仅因为依据我们的道德情感或仅根据“健康的大众情感”使他遭致刑罚，因为他干了“下流的勾当”或者“违反了秩序”，即他是一个“无赖”或者“坏蛋”，而对他处以刑罚。而是说，只有当他满足了由刑法中“事实构成特征”所包含的刑罚的前提条件时，才能受到刑罚，例如“故意偷走他人的动产，非法地占有它”……或者“出于杀人兴趣，满足性欲，贪财或其他卑鄙的动机（故意）杀人”^①。

由此，我们可以看到，大陆法系国家为什么要在犯罪成立条件中首先设立构成要件符合性这一个条件。从刑法上看，行为是否构成犯罪，细节并不重要，关键是行为是否与构成要件所规定的抽象轮廓之间具有同一性。抽象标准的存在，对于不同的案件事实也可以进行检验，既保证了司法效率，也减少了出错的几率。有此条件，司法上对于行为的客观危害性才能进行一般性的判断，在此基础上，对行为实质违法性、行为人责任的判断才能进行。

（三）比较方法

比较方法，是指大陆法系刑法学对许多重要犯罪的思考，都总是结合民法学等其他部门法学的判断进行，但是又不局限于其他部门法学思维所得出的结论。例如，对于侵犯财产罪的界定，就涉及刑法和民法对财物占有的判断标准、民法保护范围和刑法是否有区别、民法和刑法对无形财产的概念各自如何处理等问题；对侵犯人身罪的处理，就事关民法和刑法对于人的出

^① [德] 卡尔·恩吉斯：《法律思维导论》，郑永流译，47页，北京，中国政法大学出版社，2004。

生、死亡、伤害的评价有何不同，民法和刑法对于名誉、人格、个人行动自由的保护侧重点是否有差别等问题。大陆法系刑法学在对刑法分则进行“问题的思考”时，总是对民法和刑法有交叉的问题十分重视，只有将这些问题解释清楚，对盗窃罪、侵占罪、诈骗罪、故意杀人罪、故意伤害罪、诽谤罪的定性才能准确，而这些犯罪，在实践中发案率高，问题也最多。在认定这些犯罪过程中，发现新问题，总结新经验，对于刑法各论发展的意义自不待言，对于刑法总论的发展也会产生重要影响。

（四）回应方法

回应方法，是指刑法学理论研究始终密切关注社会发展状况和司法实务所提出的种种问题。我们今天所耳熟能详的许多刑法理论，包括流行病学的因果关系理论、过失犯中的“不安感”说、信赖原则、市民刑法与敌人刑法的区分等，都是20世纪中后期以来西方刑法学者为回应社会现实突飞猛进所提出的。这里以市民刑法与敌人刑法的区分来加以说明：雅科布斯在21世纪初提出：对于犯罪人，可以分为市民和敌人。遭受刑罚制裁的市民在法律上的地位仍然保留，刑罚的功能在于对市民不遵守规范的行为进行否定。但是，受到制裁的敌人，被排除在法律保护之外，他是必须用战争征讨的人。换言之，敌人刑法是对危险的排除。雅科布斯由此得出结论：一个清晰、明确的敌人刑法，比起整个刑法中四处混杂着敌人刑法的规定，从法治国的角度看，危险更少。对于雅科布斯的主张，人们完全有理由进行质疑。但是，他要求人们给予一般犯罪人回归社会的权利和对个别特别危险的“敌人”（例如恐怖分子）给予特殊处遇的观点，是具有启迪价值的。犯了罪的人拥有重新回到社会开始正常生活之权利，对此，他无论如何要留存其在法律上作为一个人格、一个市民的地位，并且，就此他也负有弥补所犯错误的义务，而义务，是以具有人格作为前提条件，换言之，犯罪者不会因为其犯行就随意地与社会脱离……而对于日常一般犯罪行为人的处遇方式，则不会被用在恐怖分子身上，恐怖分子被认为，他对法秩序的正当性全盘加以否定，并且因此要毁灭此秩序。^①只要仔细体会雅科布斯的良苦用心，我们就会发现，关于市民刑法和敌人刑法的区分，对于使社会在恐怖威胁下仍然保留其秩序具有重要意义。从这个角度看，将雅科布斯的这一主张称为21世纪颇有创意的刑法思想，实不为过。由此可见，结合社会发展进程以及现实的需要思考刑法学问题，进行必要的理论创新，是重要的刑法学研究方法，也是刑法学的生命力和魅力之所在。

^① 参见〔德〕雅科布斯：《市民刑法与敌人刑法》，徐育安译，载许玉秀编：《刑事法之基础与界限》，21页，台北，学林文化事业有限公司，2003。