



新编21世纪法学系列教材

总主编 曾宪义 王利明

刑法总论

第三版

General Theories of Criminal Law

主 编 冯 军 肖中华



新编21世纪法学系列教材

总主编 曾宪义 王利明

刑法总论

第三版

General Theories of Criminal Law

主 编 冯 军 肖中华

撰稿人（以撰写章节先后为序）

冯 军 肖中华 杨兴培 李永升 时延安 王政勋
齐文远 陈家林 张 森 张明楷 李立众 杨 丹

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总论/冯军, 肖中华主编. —3 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2016. 2
新编 21 世纪法学系列教材
ISBN 978-7-300-22259-2

I. ①刑… II. ①冯… ②肖… 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 305791 号

新编 21 世纪法学系列教材

总主编 曾宪义 王利明

刑法总论 (第三版)

主 编 冯 军 肖中华

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

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京昌联印刷有限公司

规 格 185mm×260mm 16 开本

印 张 32.75

字 数 790 000

邮政编码 100080

010-62511770 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

版 次 2008 年 7 月第 1 版

2016 年 2 月第 3 版

印 次 2016 年 2 月第 1 次印刷

定 价 59.80 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

编审委员会

总主编 曾宪义 王利明

副总主编 韩大元（常务） 叶秋华 龙翼飞 郑定
林嘉 刘明祥 刘志

委员（按姓氏笔画排序）

马小红	王云霞	王作富	王欣新	王轶	王新清	尹立	冯军
史彤彪	史际春	叶林	田宏杰	刘文华	刘春田	吕世伦	孙国华
朱力宇	朱大旗	朱文奇	朱景文	江伟	汤维建	许崇德	何家弘
余劲松	吴宏伟	张小虎	张志铭	张新宝	李艳芳	杨大文	杨立新
杨建顺	邵沙平	陈卫东	陈桂明	周珂	范愉	姚辉	胡锦涛
赵中孚	赵秀文	赵晓耕	徐孟洲	莫于川	郭禾	郭寿康	高铭暄
黄京平	程天权	程荣斌	董安生	谢望原	韩玉胜	黎建飞	戴玉忠

编委会办公室 郝晓明 黄晓蓉 侯静

作者简介

冯 军：中国人民大学法学院教授

肖中华：中国人民大学法学院教授

杨兴培：华东政法大学法学院教授

李永升：西南政法大学法学院教授

时延安：中国人民大学法学院教授

王政勋：西北政法大学法学院教授

齐文远：中南财经政法大学法学院教授

陈家林：武汉大学法学院教授

张 森：南京大学法学院副教授

张明楷：清华大学法学院教授

李立众：中国人民大学法学院副教授

杨 丹：暨南大学法学院副教授

内容提要

本书以中国刑法总则规范作为主要研究对象，就犯罪的一般成立条件及其法律效果构建了较为全面、系统、细致的理论体系。坚持从中国刑事司法实践需要出发，注重理论联系实际，重视借鉴国外研究成果与立足中国现实相结合，突出理论前沿问题和司法实践重点、难点，详尽解析争议焦点，启迪刑法思维。本书对于学习中国刑法基础理论、研究中国刑法制度、理解中国刑法总论规范意义具有较为重要的价值。



总 序

曾憲義

在人类文明与文化的发展中，中华民族曾作出过伟大的贡献，不仅最早开启了世界东方文明的大门，而且对人类法治、法学及法学教育的生成与发展进行了积极的探索与光辉的实践。

在我们祖先生存繁衍的土地上，自从摆脱动物生活、开始用双手去进行创造性的劳动、用人类特有的灵性去思考以后，我们人类在不断改造客观世界、创造辉煌的物质文明的同时，也在不断地探索人类的主观世界，逐渐形成了哲学思想、伦理道德、宗教信仰、风俗习惯等一系列维系道德人心、维持一定社会秩序的精神规范，更创造了博大精深、义理精微的法律制度。应该说，在人类所创造的诸种精神文化成果中，法律制度是一种极为奇特的社会现象。因为作为一项人类的精神成果，法律制度往往集中而突出地反映了人类在认识自身、调节社会、谋求发展的各个重要进程中的思想和行动。法律是现实社会的调节器，是人民权利的保障书，是通过国家的强制力来确认人的不同社会地位的有力杠杆，它来源于现实生活，而且真实地反映现实的要求。因而透过一个国家、一个民族、一个时代的法律制度，我们可以清楚地观察到当时人们关于人、社会、人与人的关系、社会组织以及哲学、宗教等诸多方面的思想与观点。同时，法律是一种具有国家强制力、约束力的社会规范，它以一种最明确的方式，对当时社会成员的言论或行动作出规范与要求，因而也清楚地反映了人类在各个历史发展阶段中对于不同的人所作出的种种具体要求和限制。因此，从法律制度的发展变迁中，同样可以看到人类自身不断发展、不断完善的历史轨迹。人类社会几千年的国家文明发展历史已经无可争辩地证明，法律制度乃是维系社会、调整各种社会关系、保持社会稳定的重要的工具。同时，法律制度的不断完善，也是人类社会文明进步的显著体现。

由于发展路径的不同、文化背景的差异，东方社会与西方世界对于法律的意义、底蕴的理解、阐释存有很大的差异，但是，在各自的发展过程中，都曾比较注重法律的制定与完善。中国古代虽然被看成是“礼治”的社会、“人治”的世界，被认为是“只有刑，没有法”的时代，但从《法经》到《唐律疏议》《大清律例》等数十部优秀成文法典的存在，充分说明了成文制定法在中国古代社会中的突出地位，唯这些成文法制所体现出的精神旨趣与现代法律文明有较大不同而已。时至20世纪初叶，随着西风东渐、东西文化交流加快，中国社会开始由古代的、传统的社会体制向近现代文明过渡，建立健全的、符合现代理性精神的法律文明体系方成为现

代社会的共识。正因为如此，近代以来的数百年间，在西方、东方各主要国家里，伴随着社会变革的潮起潮落，法律改革运动也一直呈方兴未艾之势。

从历史上看，法律的文明、进步，取决于诸多的社会因素。东西方法律发展的历史均充分证明，推动法律文明进步的动力，是现实的社会生活，是政治、经济和社会文化的变迁；同时，法律内容、法律技术的发展，往往依赖于一大批法律专家以及更多的受过法律教育的社会成员的研究和推动。从这个角度看，法学教育、法学研究的发展，对于法律文明的发展进步，也有着异常重要的意义。正因为如此，法学教育和法学研究在现代国家的国民教育体系和科学研究体系中，开始占有越来越重要的位置。

中国近代意义上的法学教育和法学研究，肇始于19世纪末的晚清时代。清光绪二十一年（公元1895年）开办的天津中西学堂，首次开设法科并招收学生，虽然规模较小，但仍可以视为中国最早的近代法学教育机构（天津中西学堂后改名为北洋大学，又发展为天津大学）。三年后，中国近代著名的思想家、有“维新骄子”之称的梁启超先生即在湖南《湘报》上发表题为《论中国宜讲求法律之学》的文章，用他惯有的富有感染力的激情文字，呼唤国人重视法学，发明法学，讲求法学。梁先生是清代末年一位开风气之先的思想巨子，在他的辉煌的学术生涯中，法学并非其专攻，但他仍以敏锐的眼光，预见到了新世纪中国法学研究和法学教育的发展。数年以后，清廷在内外压力之下，被迫宣布实施“新政”，推动变法修律。以修订法律大臣沈家本为代表的一批有识之士，在近十年的变法修律过程中，在大量翻译西方法学著作，引进西方法律观念，有限度地改造中国传统的法律体制的同时，也开始推动中国早期的法学教育和法学研究。20世纪初，中国最早设立的三所大学——北洋大学、京师大学堂、山西大学堂均设有法科或法律学科目，以期“端正方向，培养通才”。1906年，应修订法律大臣沈家本、伍廷芳等人的奏请，清政府在京师正式设立中国第一所专门的法政教育机构——京师法律学堂。次年，另一所法政学堂——直属清政府学部的京师法政学堂也正式招生。这些大学法科及法律、法政学堂的设立，应该是中国历史上近代意义上的正规专门法学教育的滥觞。

自清末以来，中国的法学教育作为法律事业的一个重要组成部分，随着中国社会的曲折发展，经历了极不平坦的发展历程。在20世纪的大部分时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争。在外敌入侵、民族危亡的沉重压力之下，中国人民为寻找适合中国国情的发展道路而花费了无穷的心力，付出过沉重的代价。从客观上看，长期的社会骚动和频繁的政治变迁曾给中国的法治与法学带来过极大的消极影响。直至70年代末期，以“文化大革命”宣告结束为标志，中国社会从政治阵痛中清醒过来，开始用理性的目光重新审视中国的过去，规划国家和社会的未来，中国由此进入长期稳定、和平发展的大好时期，以这种大的社会环境为背景，中国的法学教育也获得了前所未有的发展机遇。

从宏观上看，实行改革开放以来，经过二十多年的努力，中国的法学教育事业所取得的成就是辉煌的。首先，经过“解放思想，实事求是”思想解放运动的洗礼，在中国法学界迅速清除了极左思潮及苏联法学模式的一些消极影响，根据本国国情建设社会主义法治国家已经成为国家民族的共识，这为中国法学教育和法学研究的发展奠定了稳固的思想基础。其次，随着法学禁区的不断被打破、法学研究的逐步深入，一个较为完善的法学学科体系已经建立起来。理论法学、部门法学各学科基本形成了比较系统和成熟的理论体系和学术框架，一些随着法学研究逐渐深入而出现的法学子学科、法学边缘学科也渐次成型。1997年，国家教育主管部门和

教育部高校法学学科教学指导委员会对原有专业目录进行了又一次大幅度调整,决定自1999年起法学类本科只设一个单一的法学专业,按照一个专业招生,从而使法学学科的布局更加科学和合理。同时,在充分论证的基础上,确定了法学专业本科教学的14门核心课程,加上其他必修、选修课程的配合,由此形成了一个传统与更新并重、能够适应国家和社会发展需要的教学体系。法学硕士和博士研究生及法律硕士专业学位研究生的专业设置、课程教学和培养体系也日臻完善。再次,法学教育的规模迅速扩大,层次日趋齐全,结构日臻合理。目前中国有六百余所普通高等院校设置了法律院系或法律本科专业,在校本科学生和研究生已达二十余万人。除本科生外,在一些全国知名的法律院校,法学硕士研究生、法律硕士专业学位研究生、法学博士研究生已经逐步成为培养的重点。

众所周知,法律的进步、法治的完善,是一项综合性的社会工程。一方面,现实社会关系的发展,国家政治、经济和社会生活的变化,为法律的进步、变迁提供动力,提供社会的土壤。另一方面,法学教育、法学研究的发展,直接推动法律进步的进程。同时,全民法律意识、法律素质的提高,则是实现法治理想的关键的、决定性的因素。在社会发展、法学教育、法学研究等几个攸关法律进步的重要环节中,法学教育无疑处于核心的、基础的地位。中国法学教育过去二十多年所走过的历程令人激动,所取得的成就也足资我们自豪。随着国家的发展、社会的进步,在21世纪,我们面临着更严峻的挑战和更灿烂的前景。“建设世界一流法学教育”,任重道远。

首先,法律是建立在经济基础之上的上层建筑,以法治为研究对象的法学也就成为一门实践性很强的学科。社会生活的发展变化,势必要对法学教育、法学研究不断提出新的要求。经过二十多年的奋斗,中国改革开放的前期目标已顺利实现。但随着改革开放的逐步深入,国家和社会的一些深层次问题,比如说社会主义市场经济秩序的真正建立、国有企业制度的改革、政治体制的完善、全民道德价值的重建、环境保护和自然资源的合理利用等等,也已经开始浮现出来。这些复杂问题的解决,无疑最终都会归结到法律制度的完善上来。建立一套完善、合理的法律制度,构建理想的和谐社会,乃一项持久而庞大的社会工程,需要全民族的智慧和努力。其中的基础性工作,如理论的论证、框架的设计、具体规范的拟订、法律实施中的纠偏等等,则有赖于法学研究的不断深入,以及高素质人才特别是法律人才的养成,而培养法律人才的任务,则是法学教育的直接责任。

其次,21世纪是一个多元化的世纪。20世纪中叶发生的信息技术革命,正在极大地改变着我们的世界。现代科学技术,特别是计算机网络信息技术的发展,使传统的生活方式、思想观念发生了根本的改变,并由此引发许多人类从未面对过的问题。就法学教育而言,在21世纪所要面临的,不仅是教学内容、研究对象的多元化问题,而且还有培养对象、培养目标的多元化、教学方式的多元化等一系列问题,这些问题都需要法学界去思考、去探索。

中国人民大学法学院建立于1950年,是新中国诞生后创办的第一所正规高等法学教育机构。在半个多世纪的岁月中,中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及丰硕的学术研究成果,在全国法学教育领域处于领先地位,并开始跻身于世界著名法学院之林。据初步统计,中国人民大学法学院已经为国家培养法学专业本科生、硕士生、博士生一万余人,培养各类成人法科学生三十余万人。经过多年的努力,中国人民大学法学院形成了较为明显的学术优势,在现职教师中,既有一批资深望重、在国内外享有盛誉的



法学前辈，更有一大批在改革开放后成长起来的优秀中青年法学家。这些老中青法学专家多年来在勤奋研究法学理论的同时，也积极投身于国家的立法、司法实践，对国家法制建设贡献良多。

有鉴于此，中国人民大学法学院与中国人民大学出版社经过研究协商，决定结合中国人民大学法学院的学术优势和中国人民大学出版社的出版力量，出版一套“21世纪法学系列教材”。自1998年开始编写出版本科教材，包括按照国家教育部所确定的法学专业核心课程和其所颁布印发的《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》而编写的14门核心课程教材，也包括法学各领域、各新兴学科教材及教学参考书和案例分析在内，到2000年12月3日在人民大会堂大礼堂召开举世瞩目的“21世纪世界百所著名大学法学院院长论坛暨中国人民大学法学院成立五十周年庆祝大会”之时，业已出版了50本作为50周年院庆献礼，到现在总共出版了80本。为了进一步适应高等法学教育发展的形势和教学改革的需要，最近中国人民大学法学院与中国人民大学出版社决定将这套教材扩大为四个系列，即：“本科生用书”、“法学研究生用书”、“法律硕士研究生用书”以及“司法考试用书”，总数将达二百多本。我们设想，本套教材的编写，将更加注意“高水准”与“适用性”的合理结合。首先，本套教材将由中国人民大学法学院具有全国影响的各学科的学术带头人领衔，约请全国高校优秀学者参加，形成学术实力强大的编写阵容。同时，在编写教材时，将注意吸收中国法学研究的最新的学术成果，注意国际学术发展的最新动向，力求使教材内容能够站在21世纪的学术前沿，反映各学科成熟的理论，体现中国法学的水平。其次，本套教材在编写时，将针对新时期学生特点，将思想性、学术性、新颖性、可读性有机结合起来，注意运用典型生动的案例、简明流畅的语言去阐释法律理论与法律制度。

我们期望并且相信，经过组织者、编写者、出版者的共同努力，这套法学教材将以其质量效应、规模效应，力求成为奉献给新世纪的精品教材，我们诚挚地祈望得到方家和广大读者的教正。

2006年7月1日



序 言



法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会的重要基础，并居于先导性的战略地位。在我国社会转型的新世纪、新阶段，法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务，而且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。近年来，法学教育取得了长足的进步，法科数量增长很快，教育质量稳步提高，培养层次日渐完善，目前已经形成了涵盖本科生、第二学士学位生、法学硕士研究生、法律硕士研究生、法学博士研究生的完整的法学人才培养体系，接受法科教育已经成为莘莘学子的优先选择之一。随着中国法治事业的迅速发展，我们有理由相信，中国法学教育的事业大有可为，中国法学教育的前途充满光明。

教育的基本功能在于育人，在于塑造德才兼备的高素质人才。法学教育的宗旨并非培养只会机械适用法律的“工匠”，而承载着培养追求正义、知法懂法、忠于法律、廉洁自律的法律人的任务。要完成法学教育的使命，首先必须认真抓好教材建设。我始终认为，教材是实现教育功能的重要工具和媒介，法学教材不仅仅是法学知识传承的载体，而且是规范教学内容、提高教学质量的关键，对法学教育的发展有着不可估量的作用。

第一，法学教材是传授法学基本知识的工具。初学法律，既要有好的老师，又要有好的教材。正如冯友兰先生所言：“学哲学的目的，是使人作为人能够成为人，而不是成为某种人。其他的学习（不是学哲学）是使人能够成为某种人，即有一定职业的人。”一套好的教材，能够高屋建瓴地展示法律的体系，能够准确简明地阐释法律的逻辑，能够深入浅出地叙述法律的精要，能够生动贴切地表达深奥的法理。所以，法学教材是学生学习的向导，是学生步入法律殿堂的阶梯。如果在入门之初教材就有偏颇之处，就可能误人子弟，学生日后还要花费大量时间与精力来修正已经形成的错误观念。

第二，法学教材是传播法律价值理念的载体。好的法学教材不仅要传授法学知识，更要传播法律的精神和法治的理念，例如对公平、正义的追求，尊重权利的观念。本科、研究生阶段的青年学子，正处在人生观、价值观形成的阶段，一套优秀的法学教材，对于他们价值观的塑造和健全人格的培养具有重要意义。



第三，法学教材是形成职业共同体的主要条件。建设社会主义法治国家，有赖于法律职业共同体的生成。一套好的法学教材，向法律研习者传授共同的知识，这对于培养一个接受共同的价值理念、共同的法律思维、共同的话语体系的法律共同体，具有重要的作用。

第四，法学教材是所有法律研习者的良师益友。没有好的教材，一个好的教师或可弥补教材的欠缺和不足，但对那些没有老师指导的自学者而言，教材就是老师，其重要作用是显而易见的。

长期以来，在我们的评价体系中，教材并没有获得应有的注重，对学术成果的形式优先考虑的往往是专著而非教材。在不少人的观念中，教材与创新、与学术精品甚至与学术无缘。其实，要真正写出一部好的教材，其难度之大、工作之艰辛、影响之深远，绝不低于一部优秀的专著，它甚至可以成为在几百年甚至更长的时间内发挥作用的传世之作。以查士丁尼的《法学阶梯》为例，所谓法学阶梯，即法学入门之义，就是一部教材。但它概括了罗马法的精髓，千百年来，一直是人们研习罗马法最基本的著述。日本著名学者我妻荣说过，大学教授有两大任务：一是写出自己熟悉的专业及学术领域的讲义乃至教科书；二是选择自己最有兴趣、最看重的题目，集中精力进行终生的研究。实际上，这两者是相辅相成的。写出一部好教材，必须要对相关领域形成一个完整的知识体系，还要能以深入浅出的语言将问题讲清楚、讲明白。没有编写教材的基本功，实际上也很难写出优秀的专著。当然，也只有对每一个专题都有一定研究，才能形成对这个学术领域的完整把握。

虽然近几年我国法学教育发展迅速，成绩显著，但是法学教育也面临许多挑战。各个学校的师资队伍和教学质量参差不齐，这就更需要推出更多的结构严谨、内容全面、角度各有侧重、能够适应不同需求的法学教材，为提高法学教学和人才培养质量、保障法学教育健康发展提供前提条件。

长期以来，中国人民大学法学院始终高度重视教材建设。作为新中国成立后建立的第一所正规的法学教育机构，中国人民大学法律系最早开设了社会主义法学教学课堂，编写了第一套社会主义法学讲义，培养了新中国第一批法学本科生和各学科的硕士生、博士生，产生了新中国最早的一批法学家和法律工作者。中国人民大学法律系因此被誉为“新中国法学教育的工作母机”。半个多世纪以来，中国人民大学法学院为社会主义法制建设培养了大批优秀的法律人才，并为法学事业的振兴和繁荣作出了卓越贡献，也因此成为引领中国法学教育的重镇、凝聚国内法律人才的平台和沟通中外法学交流的窗口，并在世界知名法学院行列中崭露头角。为了对中国法学教育事业作出更大的贡献，我们有义务也有责任出版一套体现我们最新研究成果的法学教材。

承蒙中国人民大学出版社的大力支持，我们组织编写了本套教材，其中包括本科生用书、法律硕士研究生用书、法学研究生用书和司法考试用书四大系列，分别面向不同层次法科教育需求。编写人员以中国人民大学法学院教师为主，反映了中国人民大学法学院整体的研究实力和学术视野。相信本套教材的出版，一定能够为新时期法学教育的繁荣发展发挥应有的作用。

是为序。



第三版修订说明

本书第二版发行以来，我国刑事立法、刑法有权解释及刑法实践（如实施特赦）发生了较大变化，刑法理论也具有新的进展。作为以刑法解释学为主要内容的刑法教材，理应及时作出相应调整。本次修订，各位作者除了因应立法、司法变化而对相应内容作出完善外，还增加、丰富、修正了一些理论。考虑到司法实践的逻辑规律，此次修订对犯罪构成四个方面的要件作了重新排列，即犯罪客体要件、犯罪客观要件、犯罪主体要件、犯罪主观要件；考虑到“刑事责任”在我国刑法理论中并非犯罪成立的要素、实践品格缺乏，此次修订不再将之作为独立一章进行论述。

本次修订由肖中华统稿。在统稿过程中，基于方便读者之考虑，在维护参编作者基本观点、立场之间的协调性的前提下，尊重参编作者在学术观点与风格上的独特性，并对于观点之间存在明显矛盾或冲突的部分，进行了一些规避性技术处理。另外，部分司法考试真题以当时的刑法规范为基本立法背景，这些规范在修正后，原考题的答案已不准确（如第十三章司考题第33题），统稿过程中进行了技术处理，以免误导读者。

调整后各参编作者分工如下：冯军（中国人民大学法学院教授）：绪论、第一至三章；肖中华（中国人民大学法学院教授）：第四至六章；杨兴培（华东政法大学法学院教授）：第七章；李永升（西南政法大学法学院教授）：第八章；时延安（中国人民大学法学院教授）：第九章；王政勋（西北政法大学法学院教授）：第十章；齐文远（中南财经政法大学法学院教授）：第十一章；陈家林（武汉大学法学院教授）：第十二章；张森（南京大学法学院副教授）：第十三章；张明楷（清华大学法学院教授）、李立众（中国人民大学法学院副教授）：第十四、十五章；杨丹（暨南大学法学院副教授）：第十六至十八章。

感谢读者的关爱和作者的敬业勤勉，感谢中国人民大学出版社的支持与帮助。

编者

2015年12月1日



出版说明

本书是中国人民大学刑事法律科学研究中心组织编写的刑法总论教科书，其内容包括“重要参考文献”“正文”“司考真题”（“司法考试真题”的简称）和“模拟试题”。编写本书的目的，主要是使大专院校的刑法课程教学与国家司法考试紧密结合，训练学生应对国家司法考试的能力。但是，由于本书的撰写人大多是著名学者，本书的部分内容也具有很高的学术价值。

撰写本书的分工如下：冯军撰写绪论、第一章至第三章；肖中华撰写第四章、第五章和第九章；李永升撰写第六章；时延安撰写第七章；杨兴培撰写第八章；王政勋撰写第十章；齐文远撰写第十一章；陈家林撰写第十二章；张森撰写第十三章；张明楷撰写第十四章至第十六章；杨丹撰写第十七章至第十九章。

本书由冯军和肖中华担任主编，肖中华拟定了编写大纲，冯军作了文字的加工。由于编者水平有限，难免存在错讹，以感恩之心，向读者深表歉意。并向富有合作精神和学术品德的各位作者谨致谢意。

编 者

2008年6月



目 录

绪论 刑法学的含义、轨迹和方法	1
-----------------------	---

第一编 刑法概论

第一章 刑法概说	15
第一节 刑法的概念、性质与渊源	15
第二节 刑法的目的、任务与机能	18
第三节 刑法的制定、修改与根据	21
第四节 刑法的规范、体系与解释	27
第二章 刑法的基本原则	38
第一节 概述	38
第二节 罪刑法定主义	39
第三节 刑法平等主义	46
第四节 责任主义	51
第五节 谦抑主义	57
第三章 刑法的效力	64
第一节 概述	64
第二节 刑法的空间效力	66
第三节 刑法的时间效力	77
第四节 刑法的人的效力	84

第二编 犯罪总论

第四章 犯罪概说	95
第一节 犯罪的概念	95
第二节 犯罪的分类	104

第五章 犯罪构成	112
第一节 概述	112
第二节 犯罪构成的类型与分类	117
第三节 犯罪构成的要件与要素	124
第六章 犯罪客体要件	139
第一节 概述	139
第二节 犯罪客体的种类	143
第三节 犯罪客体的功能	145
第四节 犯罪客体与犯罪对象	147
第七章 犯罪客观要件	151
第一节 概述	151
第二节 危害行为	155
第三节 危害对象	165
第四节 危害结果	167
第五节 因果关系学说和客观归责理论	173
第八章 犯罪主体要件	197
第一节 概述	198
第二节 自然人犯罪主体	206
第三节 单位犯罪主体	218
第九章 犯罪主观要件	231
第一节 概述	231
第二节 犯罪故意	236
第三节 犯罪过失	247
第四节 不可抗力事件和意外事件	252
第五节 认识错误	254
第十章 正当行为	261
第一节 正当防卫	261
第二节 紧急避险	276
第三节 其他正当行为	284
第十一章 故意犯罪的停止形态	303
第一节 概述	303
第二节 犯罪预备	305
第三节 犯罪未遂	307
第四节 犯罪中止	310
第五节 犯罪既遂	312
第十二章 共同犯罪	319
第一节 概述	319
第二节 共同犯罪的成立条件	326

第三节	共同犯罪的形式	333
第四节	共同犯罪人的刑事责任	339
第五节	共同犯罪与身份	350
第十三章	罪数	361
第一节	概述	361
第二节	实质的一罪	370
第三节	法定的一罪	378
第四节	处断的一罪	381
第五节	数罪的认定	384

第三编 刑罚总论

第十四章	刑罚概说	399
第一节	刑罚的概念	399
第二节	刑罚的目的	404
第三节	刑罚的功能	409
第十五章	刑罚的体系	412
第一节	概述	412
第二节	主 刑	415
第三节	附加刑	427
第十六章	刑罚的裁量	438
第一节	概述	438
第二节	量刑情节	443
第三节	累犯	448
第四节	自首、坦白与立功	451
第五节	数罪并罚	457
第六节	缓刑	463
第十七章	刑罚的执行	471
第一节	概述	471
第二节	减刑	474
第三节	假释	479
第十八章	刑罚的免除与消灭	487
第一节	概述	487
第二节	非刑罚处罚	490
第三节	时效	493
第四节	赦免	499

绪 论

刑法学的含义、轨迹和方法

重要参考文献

张明楷. 刑法的基本立场. 北京: 中国法制出版社, 2002; 马克昌. 比较刑法原理——外国刑法学总论. 武汉: 武汉大学出版社, 2002; 陈兴良. 刑法的启蒙. 修订版. 北京: 法律出版社, 2003; 曾粤兴. 刑法学方法的一般理论. 北京: 人民出版社, 2005; 储槐植. 刑事一体化论要. 北京: 北京大学出版社, 2007; 冯军. 刑法教义学的立场和方法. 中外法学, 2014 (1); 张明楷. 也论刑法教义学的立场——与冯军教授商榷. 中外法学, 2014 (2)

一、刑法学的含义

在狭义上, 刑法学是指以解释现行刑法规定的具体含义为任务的“刑法解释学”。与刑法典的规定分为总则和分则相对应, 刑法解释学也分为刑法总论和刑法各论。刑法总论以刑法典总则部分的规定为核心, 主要考察犯罪的一般成立要件及其法律效果, 建立符合刑法规定的条理清晰、容易把握的关于犯罪的一般成立要件及其法律效果的学说。刑法各论以刑法典分则部分的规定为核心, 主要考察具体的犯罪类型及其法定刑, 建立与刑法总论相一致的揭示具体犯罪的成立要件及其法律效果的学说。对本国现行刑法的具体规定进行有根据的合理解释, 使刑法规定可以为司法实务具体运用, 总是大多数刑法学者的主要任务, 只有具备敏锐的心灵、渊博的学识和深远的洞察, 才可能使刑法解释符合理性。对刑法学者而言, 刑法解释学是最重要也是最具魅力的学问。

在广义上, 刑法学是指包含刑法理念、刑法历史和刑法比较在内的关于刑法的学问。刑法哲学是从刑法理念的角度考察犯罪和刑罚的哲学基础的学问, 刑法哲学追问的是具体刑法制度背后的理念, 并且建立符合正义的关于刑法理念的知识系统; 刑法史学是用历史学的方法考察犯罪和刑罚的历史发展, 并在历史的考察中拷问刑法基本理念和具体刑法制度的正当性; 比较刑法学是对各国的刑法规定进行相互对比, 发现各国刑法规定的异同, 通过揭示这种异同的背景, 指出刑法规定的世界趋势。

在最广义上, 刑法学是指也包括犯罪学和刑事政策学在内的关于刑法的学问。犯罪学主要

是用实证的方法研究犯罪的原因及预防措施的学问，刑事政策学主要是揭示符合本国现实状况的刑事司法策略的学问。

实现狭义刑法学、广义刑法学和最广义刑法学的无矛盾的融合，是刑事法学整体的目标。储槐植教授指出：“刑法学研究固然要关注刑法本身即罪刑的内部关系而从刑法之中研究刑法，就刑法论刑法的解释刑法学是刑法科学的基础，对司法实践有重大价值。但是，刑法学研究如果只局限在刑法自身，要取得重大进展实在困难。”^① 应该从刑法之外研究刑法，于刑法之上研究刑法，在刑法之中研究刑法。“从刑法之外研究刑法，涉及研究的广度；在刑法之上研究刑法，涉及研究的深度；在刑法之中研究刑法，则是研究的起点和归宿。”^② 储槐植教授在中国倡导的“刑事一体化”，是艰难而又重要的刑法研究方法和刑法运作观念。

二、刑法学的轨迹

就像具有国家性、公法性的刑法“在历史上并不久远”一样^③，作为一门成熟的学问的刑法学，可以说是在20世纪20年代刑法学派之争结束后才确立的，但是，人类关于刑法的思想却源远流长。

（一）古代的刑法思想

在古希腊，人们就对犯罪和刑罚进行了深邃的思考。亚里士多德（Aristoteles，前384—前322）认为：“每种技艺与研究，同样地，人的每种实践与选择，都以某种善为目的。”^④ 国家的任务是保障人们过上有德行的充实生活，“法律要求我们实行所有德性，禁止我们实行任何恶”^⑤。因此，国家需要对犯罪规定刑罚，需要对犯罪人科处符合正义的刑罚。根据报应原理，对犯罪人科处与其实施的害恶相适应的刑罚，就符合平等的正义之要求，大体上是正当的。但是，犯罪人并不都是平均人，仅以犯罪造成的损害大小为标准来科处刑罚是不充分的，要根据各个犯罪人的价值、业绩和加害的程度来科处刑罚，只有这样，才符合“把各人的东西给各人”这种分配的正义。他指出：“以刑罚惩治罪恶，就某一意义（如给人痛苦）而言，仍旧只是一件可以采取的坏事，相反，就惩恶的目的在于消除罪恶而言，刑罚恰恰是可以开创某些善业而成为善德的基础。”^⑥ 这样，亚里士多德展开了把报应思想和预防刑论结合在一起的刑法理论。^⑦

在古代中国，儒家强调犯罪的产生是为政者的责任，应该最小限度地使用刑罚。孔子（前551—前479）认为，与其巧于裁判，不如建立无须裁判的社会，所谓：“听讼，吾犹人也。必

① 储槐植：《刑事一体化论要》，25页，北京，北京大学出版社，2007。

② 同上书，27页。

③ 参见[日]大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，27页，北京，中国人民大学出版社，2003。

④ [古希腊]亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖申白译，3页，北京，商务印书馆，2003。

⑤ 同上书，133页。

⑥ [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，383页，北京，商务印书馆，1965。

⑦ 参见[日]大谷实：《刑法讲义总论》，4版，14页以下，东京，成文堂，1995。

也使无讼乎!”^① 孟子（前 372—前 289）认为，应该把人民生活的安定放在首位，如果政治不能使人民生活安定，那么，动用刑罚就是不当的。他说：“民之为道也，有恒产者有恒心，无恒产者无恒心。苟无恒心，放辟邪侈，无不为已。及陷乎罪，然后从而刑之，是罔民也。”^② 荀子（前 313—前 238）认为，即使存在刑罚制度，也可以不用，示用一二以使天下信服足矣。“有不由令者，然后俟之以刑。故刑一人而天下服。罪人不卹其上，知罪之在己也。……古者帝尧之治天下也，盖杀一人、刑二人而天下治。”^③ 与儒家不同，法家则主张将法律和刑罚作为治理国家的根本手段。韩非子（前 280—前 233）认为，脱离了法律和刑罚，君王的权力就是无意义的。“无庆赏之劝，刑罚之威，释势委法，尧舜户说而人辨之，不能治三家。”^④ 只有利用民众的好赏畏罚之心进行统治，才能达成治道。“凡治天下，必因人情。人情者，有好恶，故赏罚可用。赏罚可用，则禁令可立，而治道具矣。”^⑤

（二）中世纪的刑法思想

在中世纪的欧洲，基督教神学将宗教法律化，将人的良心也作为刑罚的对象，倾向于主观主义刑法观。托马斯·阿奎拉（Thomas Aquinas, 1225—1274）把亚里士多德的思想体系与基督教神学相结合，“基督教化了”亚里士多德。他把法分为永恒法、自然法、人法和神法：永恒法是神的理性，是上帝按其目的安排万物秩序的计划；自然法是永恒法中能够被人的理性所认识的涉及理性生物的那部分；人法是立法者根据自然法所制定的约束人的行为的一般律令；神法就是体现在圣经之中的神的启示。^⑥ 阿奎拉认为，法律的作用就是引导人们追求美德，促进人们的幸福。但是，公共幸福比个人幸福更尊贵，应该用刑罚惩罚破坏公共幸福的人。他主张用神法来补充人法，认为反抗宗教权威就是犯罪。阿奎拉也认为，自愿行为与不自愿行为是有区别的，不自愿地实施了违法的人应该受到相对较轻的处罚，而自愿地实施了违法的人应该受到更为严厉的处罚。^⑦

在封建社会的中国，制定了隋律、唐律、宋刑统等体现了很高立法技术的刑法。从传至今日的《唐律疏议》来看，唐律由名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂律、捕亡、断狱 12 篇共 502 条构成。在相当于刑法总则的名例篇中，规定了五刑（笞、杖、徒、流、死）、十恶（谋反、谋大逆、谋叛、恶逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不义、内乱）、八议（议亲、议故、议贤、议能、议功、议贵、议勤、议宾）、官当、自首、共犯、数罪俱发等。唐律体现了轻刑思想，“凡削烦去蠹，变重为轻者，不可胜纪”^⑧。有日本学者认为，唐律所体现的刑法思想可以与现代的刑法理论相比肩。^⑨

① 《论语·颜渊》。

② 《孟子·滕文公上》。

③ 《荀子·议兵》。

④ 《韩非子·难势》。

⑤ 《韩非子·八经》。

⑥ 参见 [英] 韦恩·莫里森：《法理学》，李桂林等译，68 页以下，武汉，武汉大学出版社，2003。

⑦ 参见何勤华、夏菲主编：《西方刑法史》，145 页以下，北京，北京大学出版社，2006。

⑧ 《旧唐书·刑法志》。

⑨ 参见 [日] 大谷实：《刑法讲义总论》，4 版，17 页。



（三）近代的刑法思想

刑法最早产生于个人的复仇感情和原始的宗教感觉，原本具有部族的、私法的性质。从原始社会对侵害了部族习俗秩序的人所科处的制裁中，可以看出刑法的始源。人类历史经过漫长的演变之后，至中世纪末期，在欧洲普遍确立了市民国家，刑法完全具有了国家的、公法的性质。但是，面临当时并不安定的社会环境，统治者恣意运用刑法（封建刑法的恣意性），大量地采用死刑和身体刑（封建刑法的残酷性）。为了维护封建等级制度和宗教权威，统治者在运用刑法时还特别重视贵族和平民的身份（封建刑法的身份性），广泛地把抵抗宗教权威的行为作为渎神罪加以处罚（封建刑法的宗教性）。16世纪之后，随着自然科学的发展和启蒙思想的普及，刑法开始了以人为本、追求合理性的进程。

1. 近代初期的刑法思想

在17、18世纪的近代初期，启蒙思想家们以人道主义和自由主义为旗帜，对中世纪具有恣意性、残酷性、身份性和宗教性的刑法进行了严厉的批判，因此，现代意义上的刑法是“启蒙时代之子”。

卢梭（Jean Jacques Rousseau, 1712—1778）以社会契约论为基础，认为犯罪破坏了社会契约，犯罪人是国家的叛逆者，丧失法的保护。“一个为非作恶的人，既然他是在攻击社会权利，于是便由于他的罪行而成为祖国的叛逆，所以就不再是国家的成员，他甚至是在向国家开战。这时保全国家就和保全他自身不能相容，两者之中就有一个必须毁灭，对罪犯处以死刑，与其说是把他当作公民，不如说是把他当作敌人。”^①

以社会契约论为基础，深入探讨犯罪与刑罚问题的，是意大利的贝卡里亚（Cesare Bonesana Marchese di Beccaria, 1738—1794）。在1764年出版的《论犯罪与刑罚》一书中，贝卡里亚指出：“离群索居的人们被连续的战争状态弄得筋疲力尽，也无力享受那种由于朝不保夕而变得空有其名的自由，法律就是把这些人联合成社会的条件。人们牺牲一部分自由是为了平安无扰地享受剩下的那份自由。”^② 为了防止个人夺回自己已经交给国家的自由，也为了防止一些人想霸占别人交给国家的那份自由，就需要一些“易感触的力量（*motivi sensibili*）来阻止个人专横的心灵把社会的法律重新沦入古时的混乱之中。这种易感触的力量就是对触犯法律者所规定的刑罚”^③。虽然贝卡里亚认为刑罚是必要的，但是，他对中世纪的刑讯逼供和残酷刑罚进行了严厉的批判，认为应该在社会契约的范围内行使刑罚权，主张由法律规定犯罪和刑罚，实行罪刑均衡。要实行刑法平等，“每个人都应由同他地位同等的人来裁判，这是最有益的法律。因为，在那些关系公民自由和幸福的地方，不应该让煽动不平等的那些感情作怪”^④。要废除死刑，除非某人被剥夺自由之后仍然有某种联系和某种力量影响国家的安全，除非某人的存在可能会在既定的政府体制中引起危险的动乱，除非死刑是预防他人犯罪的根本的和唯一的手段，否则，就没有理由处死一个公民。^⑤ 关于犯罪，贝卡里亚采取了以表现于外界的社会

① [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，43页，北京，商务印书馆，1980。

② [意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，8页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

③ 同上书，9页。

④ 同上书，20页。

⑤ 参见上书，45页以下。



侵害这种客观标准来理解犯罪的客观主义，“我们已经看到，什么是衡量犯罪的真正标尺，即犯罪对社会的危害”^①。关于刑罚，贝卡里亚采取了以一般预防和特殊预防为目的的相对主义，“刑罚的目的仅仅在于：阻止罪犯重新侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙”^②。贝卡里亚站在社会契约论的立场上，阐释了以维护自由为核心的近代刑法的基本内容，因此，他被称为“近代刑法学的始祖”。

2. 近代中期的刑法思想

19世纪初，康德、黑格尔以启蒙主义的合理主义为背景，从自由主义、人道主义的立场出发，深化了关于犯罪和刑罚的本质的哲学认识，费尔巴哈、宾丁等人则分析了刑法中的各个概念，建立了近代刑法学的理论框架。

康德（Immanuel Kant, 1724—1804）认为，人是理性的存在，自由是人的本质。每个人都有资格获得他人的尊重并尊重他人，人本身就是目的，不能被当作实现其他目的的手段。“你的行动，要把你自己人身中的人性，和其他人身中的人性，在任何时候都同样看作是目的，永远不能只看作是手段。”^③ 刑法是根据理性的判断而制定的，国家制定刑法的目的是保护自由。每个人都应该对自己的行为负责，如果一个人侵犯了他人的自由，就必然要受到刑法的惩罚，否则，就是不公正的，就违反了正义原则。犯罪就是具有自由意志的个人违反理性的绝对命令的行为，刑罚是对犯罪进行的同害报复。对犯罪人科处刑罚是正义的当然要求，“在每一种惩罚里面，首先必须有正义，这种正义构成了惩罚概念的本质的东西”^④。不能把刑罚仅仅作为一种工具来使用，“法院的惩罚绝对不能仅仅作为促进另一种善的手段，不论这是对犯罪者本人或者公民社会都是如此。惩罚在任何情况下，必须只是由于一个人已经犯了一种罪行，才加刑于他”^⑤。刑罚具有绝对的性质，即使一个海岛上的公民社会经过所有成员的同意而决定解散之后彼此分散居住到世界各地，在执行解散决定之前，如果监狱里还有最后一个谋杀犯，也应该将他处死，以便使人认识到自己的言行具有应得的报应，否则，所有的成员就是参与了他的谋杀，就是对正义的公开违反。^⑥

与康德一样，黑格尔（Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770—1831）认为人的本质在于人具有意志，意志是权利的根据，而意志是自由的，因此，自由是法的实体，法的体系就是实现了的自由王国。在此基础之上，黑格尔运用辩证法说明了犯罪和刑罚，认为犯罪侵害了自由，是对法的否定，它本身是无价值的外部存在，犯罪“不仅否定了特殊的法律，而且同时否定了普遍的范围，即否定了作为法那样的法”^⑦。刑罚的积极意义在于通过否定犯罪来恢复法，科处刑罚不是为了使犯罪人痛苦，而是为了把犯罪人作为具有理性的人来尊重。刑罚不是同害报复，而是应该与侵害的价值相等的等价报复。刑罚的轻重取决于犯罪对社会的危险性，但是，

① [意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，67页。

② 同上书，42页。

③ [德] 伊曼努尔·康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，48页，上海，世纪出版集团、上海人民出版社，2005。

④ [德] 康德：《实践理性批判》，韩水法译，40页，北京，商务印书馆，1999。

⑤ [德] 康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，164页，北京，商务印书馆，1991。

⑥ 参见上书，167页。

⑦ [德] 黑格尔：《逻辑学》（下），杨一之译，315页，北京，商务印书馆，1982。

犯罪对社会的危险性“因市民社会情况不同而有异，于是有时对偷窃几分钱或一颗甜菜的人处以死刑，而有时对偷窃百倍此数甚或价值更贵的东西的人处以轻刑，都同样是正当的。对市民社会具有危险性这一观点，看来会使犯罪更加严重，其实，这倒是减轻刑罚的主要原因。正因为如此，所以一部刑法典主要是属于它那个时代和那个时代的市民社会情况的”^①。

费尔巴哈（Paul Johann Anselm von Feuerbach，1775—1833）以康德的哲学思想为基础，建立了功利主义的刑法理论。康德把世界分为由自然规律所支配的现象世界和由自由规律所支配的实体世界，并且认为，如果没有一个不同于自然规律的自由规律，那么，人作为自然的一部分，就是一架机器，就要永远受自然的宰制，就会成为自然必然性的奴隶。这两个世界是康德一生的思考对象，“有两样东西，我们愈经常愈持久地加以思索，它们就愈使心灵充满日新月异、有加无已的景仰和敬畏：在我之上的星空和居我心中的道德法则”^②。受到康德的影响，费尔巴哈认为，存在感性界和理智界之分，在感性界里，人是自然的存在者，在理智界里，人是理性的存在者。据此，费尔巴哈严格区分了法和道德。他认为，在法的领域中，人只能作为由自然规律所支配的感性存在者加以考察；在道德的领域中，人才能作为由自由规律所支配的理性存在者加以考察。费尔巴哈认为，犯罪不是违反道德，而是违反法律。“犯罪是由刑罚法规规定的、侵害他人权利的行为”^③，因为权利以他人的权利为界限：“我虽然有权利，但这种权利不能对他人的权利造成侵害。”^④ 一个人之所以犯罪，是由于感性的冲动，是为了追求从犯罪中所获得的快乐。为了防止犯罪，就必须抑制人的感性冲动，因此，应当进行心理强制，应当预先宣布对犯罪科处的刑罚，使人们知道因犯罪被科处刑罚所遭受的痛苦比由于不实施犯罪所产生的不快乐更大，从而打消实施犯罪的意思。这就是著名的心理强制说，它是费尔巴哈刑法理论的核心。费尔巴哈认为，为了获得心理强制的效果，应当由法律预先明文规定犯罪和刑罚，实行罪刑法定主义。从心理强制说出发，费尔巴哈主张刑罚的目的不是特殊预防，而是一般预防，是通过威吓来阻止可能犯罪的人实施犯罪。^⑤ 虽然费尔巴哈以心理强制说为基础所建立的刑罚理论被黑格尔批判为：“如果以威吓为刑罚的根据，就好像对着狗举起杖来，这不是对人的尊严和自由予以应有的重视，而是像狗一样对待他。”^⑥ 但是，他的学说在19世纪前半期的德意志刑法学界占据了支配地位，他被誉为“近代刑法学之父”。

宾丁（Karl Binding，1841—1920）脱离了康德和黑格尔的形而上学倾向，从分析实定刑法的构造入手，严格区分了刑罚法规和从刑罚法规中推导出的规范，努力确立实定刑法学。宾丁认为，刑罚法规是规定何种行为构成犯罪、对犯罪科处何种刑罚的法律条文，调整的是刑罚权主体与犯罪人之间的法律关系；规范是对具有行为能力的人的禁令或者命令，直接指向行为人的行为。刑罚法规是以规范为前提的，可以从刑罚法规所规定的构成要件中推导出规范。例如，刑法规定“杀人者，处××刑”，这就是刑罚法规，可以从中推导出“不得杀人”的禁令或者“必须救人”的命令这种规范。从刑罚法规中推导出的规范具有与刑法条文一样的性质，

① [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，228页以下，北京，商务印书馆，1961。

② [德] 康德：《实践理性批判》，韩水法译，177页。

③ 转引自张明楷：《刑法的基本立场》，5页，北京，中国法制出版社，2002。

④ [德] 格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德主编：《九百年来德意志及欧洲法学家》，许兰译，133页。

⑤ 参见马克昌：《比较刑法原理——外国刑法学总论》，28页，武汉，武汉大学出版社，2002。

⑥ [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，102页。



虽然规范具有价值判断，但是，规范中所包含的价值判断正确与否并不是法学家要解决的问题。犯罪是对规范的违反，发生了违反规范的行为时，就基于刑罚法规而发生刑罚权。刑罚以国家对犯罪人的服从要求权为基础，通过否定作为规范的否定的犯罪来维持法律的权威，因此，刑罚的内容总是必须与犯罪的轻重相适应，犯罪对法秩序的损害越大，刑罚给犯罪人造成的痛苦也越大。这样，宾丁就从维护法秩序出发，提倡了法律的报应主义。宾丁认为，刑罚只是“通过使罪犯屈从于法的强制力而维护其自身的支配力”，在后来的学派之争中，他坚决地反对李斯特等人所主张的特殊预防学说，尖锐地指出：按照那个学说的解释来看，全人类都蜕变成了丧失理智的狂人，在那个学说中只能看到“法律的虚无主义”，“唯一能够对该学说有所帮助的措施，就是从根本上废除人类”^①。在规范说的基础之上，宾丁详细分析了组成犯罪的要素，阐释了各种刑法概念，建立了刑法学的理论体系，给刑法学的发展作出了巨大贡献。^②

虽然贝卡里亚、康德、黑格尔、费尔巴哈和宾丁等人的主张并不完全相同，例如，康德和黑格尔主张刑罚的绝对主义，而贝卡里亚和费尔巴哈主张刑罚的相对主义，费尔巴哈的刑法理论具有个人主义色彩，而宾丁的刑法理论带有国家主义倾向^③，但是，他们都以启蒙思想为背景，站在合理主义的立场上，从抽象的人性出发，认为所有的人都具有计算愉快与不快的能力，重视行为的外在表现，追求犯罪与刑罚的均衡，倡导罪刑法定和刑法平等，明确了刑法的各种概念，建立了客观主义的刑法理论。他们所代表的刑法立场，被称为古典学派或者旧派。

3. 近代末期的刑法思想

在19世纪中叶的欧洲各国，由于产业革命而产生了剧烈的社会变化。随着近代大工业城市的发展、工人数量的增加，工人阶级与资产阶级的矛盾也开始激化，失业、贫困、家庭的崩溃和帝国主义战争所造成的问题更加突出，出现了犯罪的增多现象，特别是累犯和青少年犯罪日益严重。古典学派以犯罪人的自由意志为基础、主张对客观行为进行报应处罚的刑法理论，似乎难以很好地处理犯罪问题。于是，受当时自然科学方法的影响，龙勃罗梭、菲利和李斯特等人对犯罪进行了实证研究，提出了新的刑法思想。

龙勃罗梭（Cesare Lombroso, 1836—1909）从人类学的角度研究了犯罪人之后，于1876年出版了《犯罪人：人类学、法理学和精神病学的思考》（简称《犯罪人论》）一书。在该书中，他基于对1279名意大利罪犯的人体测量和相貌分析，得出了如下结论：杀人惯犯的目光呆滞、冷漠，有时候眼睛布满血丝并且充血，鼻子呈鹰钩状，像是枭隼的鼻子，并且总是很大，下颌骨强健，耳朵长，颧骨宽，头发卷曲、茂密并且乌黑，胡须稀少，犬齿很大，嘴唇很薄，经常出现眼球震颤，脸面单侧收缩，从而露出犬牙，像是在奸笑或者恐吓；强奸犯的眼睛闪烁着，面目娇嫩，嘴唇和眼睑厚实，多数人显得弱不禁风，有时驼背，女声女气，喜欢留漂亮的女发，把长发编起来，喜欢女装，囚服里面还藏着某种女性的装饰；盗窃犯的脸和手都明显好动，眼睛小，常常是斜的，眉毛浓密，相互间靠得很近，鼻子弯曲或者塌陷，胡子稀少，头发并不总是浓密，前额几乎总是很窄并后缩，他们的耳郭，同强奸犯一样，常常像把柄一样

① [德] 格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德主编：《九百年来德意志及欧洲法学家》，许兰译，65页。

② 参见 [日] 大谷实：《刑法讲义总论》，4版，26页。

③ 因此，有学者把费尔巴哈所代表的刑法理论称为前期旧派，把宾丁所代表的刑法理论称为后期旧派。参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，36页注④。

插在头上，等等。^① 根据一系列解剖学和统计学的研究，龙勃罗梭提出了生来犯罪人说、犯罪人定型说、社会防卫论、人身危险性论和特殊预防论。龙勃罗梭是犯罪学史上最重要的开拓性研究者之一，被称为“近代犯罪学之父”。

菲利（Enrico Ferri，1856—1929）继承了龙勃罗梭的立场，认为犯罪具有人类学的、自然的和社会的原因，犯罪“无论哪种情况，从最轻微的到最残忍的，都不外乎是犯罪者的生理状态，其所处的自然条件和其出生、生活或工作于其中的社会环境三种因素相互作用的结果”^②。在此基础之上，他提出了犯罪饱和法则，认为：“每一个社会都有其应有的犯罪，这些犯罪的产生是由于自然及社会条件引起的，其质和量是与每一个社会集体的发展相适应的”^③。菲利认为，所谓自由意思不过是纯然的幻想，从而否定了以自由意思为前提的道义责任论，主张社会责任论，主张制裁反社会行为的目的并不在于谴责犯罪人，而是使反社会的行为人承担作为社会成员的责任，维持社会的健全发展。菲利将犯罪人分为五类，即生来犯罪人、精神病犯罪人、激情犯罪人、偶然犯罪人和习惯犯罪人，不仅主张采取与各种犯罪人相适应的个别性待遇，而且主张采用代替刑罚的保安处分，使刑罚成为处理犯罪的次要手段。

李斯特（Franz von Liszt，1851—1919）采取了社会功利的目的思想，提倡目的刑论。李斯特认为，犯罪具有个人的原因和社会的原因，“任何一个具体犯罪的产生均由两个方面的因素共同使然，一个是犯罪人的个人因素，一个是犯罪人的外界的、社会的，尤其是经济的因素”^④。并且认为，社会因素的影响显得相当重要，犯罪人实施犯罪的那一时刻所具有的个性是从他的天资发展而来，并由其出生后就面临的外界环境所决定。要消除犯罪，就要消除产生犯罪的社会原因，因此，李斯特提出了一个著名的口号：“最好的社会政策就是最好的刑事政策。”与龙勃罗梭不同，李斯特否定了关于犯罪原因的纯生物学观点，认为仅从犯罪人的身体和精神特征方面寻求犯罪原因是错误的，不可能产生一个统一的人类学的犯罪人类型，龙勃罗梭及其门徒们的学说不攻自破。^⑤ 在1882年发表的著名论文《刑法中的目的思想》（所谓马尔堡大学纲领，又称“马堡计划”）中，李斯特指出，刑罚既然是国家的刑罚，就不应该体现原始本能的、冲动的报应观念，刑罚本身必须具有必要性和合目的性，刑罚的目的是保护法益和防卫社会。他认为，“应受处罚的不是行为而是行为人”，应该根据反社会性的强弱对犯罪人进行分类，对不同的犯罪人要分别采取威吓、改善、排害等措施，以实现刑罚的个别化。

关于犯罪原因、犯罪本质和刑罚目的等刑法理论的基本问题，龙勃罗梭、菲利和李斯特的看法虽然也有细微差异，但是，具有很多共同之处，却在根本上与康德、黑格尔、费尔巴哈和宾丁的看法相区别，因此，通常将龙勃罗梭、菲利和李斯特所代表的看法称为近代学派或者新派。

4. 刑法学派之争

所谓刑法学派之争，是指19世纪末、20世纪初在欧洲，特别是在德国展开的古典学派（旧派）与近代学派（新派）的论争，并以李斯特与毕克迈尔之间的论争为顶点。论争的对象

① 参见〔意〕切萨雷·龙勃罗梭：《犯罪人论》，黄风译，34页以下，北京，中国法制出版社，2000。

② 〔意〕恩里科·菲利：《实证派犯罪学》，郭建安译，27页，北京，中国政法大学出版社，1987。

③ 同上书，43页。

④ 〔德〕弗兰茨·冯·李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，9页，北京，法律出版社，2000。

⑤ 参见上书，12页。



主要是刑罚的本质和目的，但是，刑罚的本质和目的也是关于刑法的本质的问题，因此，称为“刑法学派之争”。

古典学派的代表人物，在德国有康德、黑格尔、费尔巴哈、宾丁、贝林（Ernst Beling, 1866—1932）、毕克迈尔（Karl Birkmeyer, 1847—1920）、迈尔（Max Ernst Mayer, 1875—1923）等，在日本有大场茂马（1869—1920）、小野清一郎（1891—1986）、泷川幸辰（1891—1962）等；近代学派的代表人物，在德国有李斯特、特萨（Ottokar Tesar, 1881—1965）、利普曼（Moritz Liepmann, 1869—1928）等，在日本有胜本勘三郎（1866—1923）、牧野英一（1878—1970）、宫本英修（1882—1944）、木村龟二（1897—1972）等。

古典学派从启蒙主义的合理主义思想出发，以自由意思的存在为前提（非决定论），认为犯罪人基于自由的意思决定所实际实施的行为具有现实意义，正是这种客观的行为是处罚的对象（行为主义、现实主义、客观主义），行为人主观的犯罪意思是道义责任的基础（意思责任论、道义责任论），刑罚作为与犯罪相均衡的报应，是对犯罪人科处的害恶（报应刑论），刑罚具有威吓一般人以预防犯罪的作用（一般预防主义），否定与犯罪不相均衡的不定期刑，以对违法行为的责任为基础的回溯性刑罚与以犯罪人的危险性为前提的展望性保安处分存在本质的差异（二元主义）。

相反，近代学派从实证科学的立场，否定自由意思的存在（决定论），认为处罚的对象不是由素质和环境宿命地决定的行为，而是行为人的社会危险性乃至反社会性，犯罪行为不过是这种社会危险性乃至反社会性的征表（行为人主义、主观主义、征表主义），行为人以其反社会的性格为基础而负有社会的责任（性格责任论、社会责任论），刑罚是为了矫正、改善行为人的社会危险性乃至反社会性，使其再社会化，以教育为目的（目的刑论、教育刑论），刑罚通过改善具体的行为人来预防犯罪、防卫社会，不以一般威吓为目的（特别预防主义），应该采用具有改善行为人的作用的不定期刑，刑罚与保安处分具有相同的本质（一元主义）。

在德国，进入20世纪20年代之后，随着李斯特和毕克迈尔的相继逝世，古典学派和近代学派的论争急剧降温。后来，由于纳粹政权在德国刑法学会谋求统一，就从形式上结束了刑法学派之争。在日本，受到德意志刑法学的影响，从20世纪初叶直至第二次世界大战结束，展开了古典学派和近代学派的激烈论争，但是，第二次世界大战之后，开始了古典学派和近代学派的融合。

（四）现代的刑法思想

在第二次世界大战以后，刑法学者倾向于扬弃古典学派与近代学派的对立。在德国，梅茨格尔（Edmund Mezger, 1883—1962）倡导了人格责任论，韦尔策尔（Hans Welzel, 1902—1977）和茅拉哈（Reinhart Maurach, 1902—1976）倡导了目的行为论；在法国，安赛尔（Marc Ancel, 1902—1990）倡导了新社会防卫论；在日本，木村龟二采用了目的行为论和构成要件理论，试图实现主观主义与客观主义的统合，团藤重光（1913—）站在古典学派的立场上展开了人格责任论，试图实现道义责任论与性格责任论的统合。现代刑法学基本上采取了古典学派的立场，兼收一些近代学派的主张。

今天的刑法学者一般不再主张古典学派的抽象人性和近代学派的宿命人性，而是认为，人的行为是被决定的，同时也是自己决定的，只有在这种自由的意识之下，自觉认识到自己对自



己行为的责任，才能确保社会秩序。在自然科学的意义上，非决定论尚未得到完全的证明，但是，从一般人基于经验的确信而言，非决定论比决定论更具科学性。现在的刑法理论是在认为人是受素质和环境决定的同时也是主体地决定着自已这种相对的意思自由论的基础之上展开的。^①

关于犯罪的本质，存在客观主义与主观主义的对立。客观主义认为，刑事责任的基础是客观地表现于外部的犯罪人的“行为”；主观主义认为，刑事责任的基础是犯罪人的反社会的性格，即反复实施犯罪行为的犯罪人的社会危险性。这种对立也就是行为主义与行为人主义的对立。可以说，在现代刑法学的犯罪论中，基本上采取的是古典学派所提倡的客观主义和行为主义，近代学派所提倡的主观主义和行为人主义已经退出了历史舞台。^②

关于刑罚的本质，存在绝对主义与相对主义的对立。绝对主义以报应刑主义为前提，认为作为报应的刑罚本身具有超越威吓或者改善等目的的绝对意义。绝对主义认为正义是刑罚权的根据，刑罚体现的是道义的必然性，是“因为存在犯罪，所以要予以处罚”（Punitur, quia peccatum est）。相对主义认为，只有为了实现各个现实的目的，特别是作为预防将来犯罪的手段，刑罚才有意义。相对主义认为，刑罚的根据在于其有用性和合目的性，主张“为了不犯罪，所以要予以处罚”（Punitur, ne peccetur）。在现代刑法学中，通说倡导的是综合主义，并被刑事立法和刑事司法所采纳。^③综合主义把绝对主义和相对主义综合在一起，认为刑罚既具有绝对主义的契机，也具有相对主义的契机，是“因为存在犯罪，并且为了不犯罪，所以要予以处罚”（Punitur, quia peccatum est, ne peccetur）。作为绝对主义的契机，刑罚具有报应的机能，刑罚是与犯罪的社会侵害性相对应的对犯罪的非难，刑罚必须与犯罪的社会侵害性相均衡，刑法必须明确表达对犯罪的报应，明确规定何种犯罪值得受到何种刑罚的处罚。作为相对主义的契机，要多元地理解刑罚的目的，一般预防与特殊预防不是互相排斥的关系，而且相互补充的关系。在维持一般人的规范意识的意义上，刑罚具有一般预防效果。在对特定的犯人进行适当的个别处遇、使其规范意识觉醒、从而防止其再犯和使其复归社会的意义上，刑罚具有特殊预防效果。缓刑、假释、保安处分等近代学派所提倡的制度，正被世界各国广为采用。可以说，在现代刑法学的刑罚论中，近代学派的刑罚理论显现出旺盛的生命力。

三、刑法学的方法

关于刑法学的研究方法，通说认为，辩证唯物主义和历史唯物主义是研究刑法学的根本方法，具体地说，就是要运用阶级分析的方法、历史的方法、理论联系实际的方法研究刑法。^④也有学者认为，研究刑法学，除了需要运用上述方法之外，还需要综合运用注释研究法、历史研究法、比较研究法、社会学研究法和案例分析法。^⑤这些看法当然没有什么错误，但是，多

① 参见〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》，追补版，39页，东京，成文堂，2004。

② 参见张明楷：《刑法学》，3版，11页，北京，法律出版社，2007。

③ 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，95页以下，北京，中国法制出版社，2001。

④ 参见高铭喧主编：《中国刑法学》，5页，北京，中国人民大学出版社，1989。

⑤ 参见张明楷：《刑法学》，3版，13页以下。

少带有一点儿宏大叙事的味道。在笔者看来，要真正掌握刑法，就要练会以下三种方法^①：

（一）问题意识

无论学习和研究什么，都要有问题意识。所谓问题意识，就是在学习和研究中总是努力发现问题，能够清楚地意识到问题在哪里，并且，持续地追问下去。学会提问并且刨根究底，是学习和研究的第一步。

问题是：提什么问？

在提问之前，首先要认真思考的是：某个问题到底是不是一个值得提出的问题。有些问题是不应该提出来的，因为存在或者问题由于已经解决而不复存在或者问题由于过分庞大而无法回答等情形。例如，“罪刑法定主义真的是刑法的基本原则吗”不应该成为刑法学的问题，因为这个问题已经在其无可争辩的肯定回答中得到解决。“刑法有助于宇宙的美丽吗”也不应该成为刑法学的问题，因为这个问题会因为导致陷入对宇宙之美的无休止争论而得不到解决。

问题也是：怎样提问？

某个问题本身可能包含着重要的研究开端，但是，如果提问的方式不正确，错误地设定了问题，也不会有满意的解答。有些问题或许是值得提出来的，也或许值得追问。但是，如果人们错误地对这种问题的内容进行追问，并且，总是努力于给一种本来值得追问却不正确地设定的问题寻找正确的答案，那么，就可能是一个错误，就可能是一个白费心血的徒劳，甚至会误入歧途。例如，“中国刑法关于共犯人的分类如何体现马列主义的光辉”设定这个问题本身，就会使“中国刑法关于共犯人的分类具有怎样的科学根据”这个真正的刑法问题变成马列主义光辉的注脚。

提什么问，怎样提问，有时难以把握。但是，对真心学习刑法的人而言，这不要紧，因为人们往往是在错误地提问中练会正确地提问，在这个意义上，并且，仅仅在这个意义上，可以说“没有愚蠢的问题，只有愚蠢的答案”。要紧的是，必须具有问题意识。只有提出问题，并且，在适当的时候改变提问的方式，才可能获得解决问题的满意答案。

在今天的中国刑法学界，人们已经不再提问了，或者说人们根本就还不习惯于提问，人们忙于推论。总是用一种形式逻辑的方式，从大前提到小前提，再推导出结论。用这种方法做研究，怎么可能有真正的中国刑法学呢？人们应该知道，刑法学是不讲逻辑的。刑法学总是要研究形式逻辑之外的问题，要追问什么是自己的大前提（包括对既有的大前提追问到底）。不能仅仅因为相信某一或者某些大前提，而窒息了刑法学的生命力。“相信只有一种真理而且自己掌握着这个真理，这是世界上一切罪恶的最深刻的根源。”^②对解决刑法问题的大前提进行追问，这才是刑法学研究的真正内容。

（二）生活观察

刑法学人不可缺的是观察能力，要在自己的日常生活中观察，也要在阅读时观察或者说从

^① 下述三种方法，虽然在理论上存在先后顺序，但是，在实践中（也就是说，各人在具体运用时）可以颠倒顺序或者有所侧重。

^② [德] M. 玻恩：《我的一生和我的观点》，李宝恒译，97页，北京，商务印书馆，1979。

观察的角度来阅读，要观察他人的言行，也要观察社会的形态。要成为一个观察家，用德国人的词儿来说，就是要成为一个 Beobachter。

有些事过于简单，无须观察就能理解；但有些事过于复杂，不观察就根本不能理解。例如，对大多数人而言，红色和黑色容易区别，无须观察。但是，如果不仔细观察，深蓝色和深绿色就难以区别。无论如何，会观察事物，是一个愿意学习和研究的人必须具备的素质。

大塚仁教授正确地指出：“在解决刑法上的问题时，要仔细观察社会的实际，提出符合社会实际的解决办法，也就是说，刑法理论必须是能够给社会带来妥当结果的现实的刑法理论。”^①

德国刑法学家雅科布斯（Günther Jakobs，1937— ）在20世纪末提出了要区别市民刑法与敌人刑法这一“具有启迪价值的”理论^②，或许人们还会不断质疑这一理论的价值，但是，更应该重视的是雅科布斯提出这一理论的方法论基础。雅科布斯是一个敏锐的观察者，他总是自觉地运用着他的观察能力，以至于他一眼就能看出差别。在“9·11”事件发生之前，雅科布斯就发现了这个世界上存在着的一类人，他们虽然实施了严重的恶行，但是，不属于犯罪人，他们比犯罪人更本质地否定着社会的基本规范，典型的是那些进行着无差别的杀人的恐怖分子，他们属于社会的敌人。可以说，雅科布斯是在深入观察了社会的实际之后，才提出了敌人刑法这一富有洞见的主张。

（三）规范思维

规范思维就是对事实进行当为的思考。要从生活中发现问题、观察现象，并且，要思考我们应该怎样塑造我们的生活，什么应该是我们生活的规范。这种规范思考的过程，主要是一个寻找关于当为的论证理由的过程。也就是说，如果被人追问“你怎么这样行动”，被问的人不能总是主张“我就是要这样行动”，而是要主张“我之所以这样行动，是因为我应该这样行动，我的行动具有下述当为的理由”，或者符合康德在《道德形而上学原理》中提出的主张，即因为你是“仅仅根据你同时能够希望成为一般法律的准则而行动着”^③。

很多人总是会从实际存在或者实际发生的事情中寻找自己的行为根据，而不在意那些实际存在或者实际发生的事情是否具有偶然性。一个人因为出版了很多但是没有科学价值的书籍而获得了地位，于是，就有很多人效仿其法；另一个人因为诈骗而获得了金钱，于是，也有很多人效其行。但是，从存在中不能逻辑地推导出当为。即使认识了某种自然秩序（事物的本性），也不能从其中必然推导出法律的命题。

刑法学者以敏锐的观察发现了需要解决的各种问题并且用理性之光制作了符合当为的体系性回答，这就是刑法学的诞生历程。

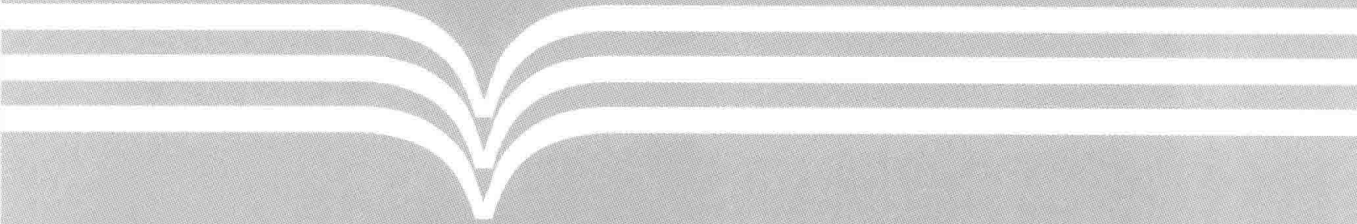
^① [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，改订增补版，3页，东京，有斐阁，1992。

^② 参见周光权：《刑法总论》，25页，北京，中国人民大学出版社，2007。

^③ Vgl. Immanuel Kant, Grundlegung der Metaphysik der Sitten, Herausgegeben von Karl Vorländer, Nachdruck, 1957, der 3. Auflage, S. 42.

第一编

刑法概论





第一章

刑法概说

重要参考文献

李希慧. 刑法解释论. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1995; 高铭暄, 赵秉志编. 新中国刑法立法文献资料总览. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1998; 高铭暄. 刑法肆言. 北京: 法律出版社, 2004; 陈晓明. 修复性司法的理论与实践. 北京: 法律出版社, 2006; 高铭暄. 中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善. 北京: 北京大学出版社, 2012; 张明楷. 刑事立法的发展方向. 中国法学, 2006 (4); 陈兴良. 形式解释论的再宣示. 中国法学, 2010 (4); 张明楷. 实质解释论的再提倡. 中国法学, 2010 (4); 周光权. 刑法解释方法位阶性的质疑. 法学研究, 2014 (5); 车浩. 刑事立法的法教义学反思——基于刑法修正案(九)的分析. 法学, 2015 (10)

第一节 刑法的概念、性质与渊源

一、刑法的概念

“刑法”, 在德语中是 Strafrecht, 在法语中是 droit pénal, 在英语中是 penal law。但是, 在国外, 也常用“犯罪法”(Kriminalrecht, droit criminel, criminal law)来代替“刑法”一词。在英美, 多用“犯罪法”; 在法国, “刑法”和“犯罪法”几乎被对半使用; 在德国, 一般使用“刑法”。有学者认为, 使用“刑法”时重视的是规范的一面, 使用“犯罪法”时重视的是事实的一面。^① 但是, 这种用法的不同主要是源于惯例, 很难说具有实质的不同。^② 在中国, 过去称刑法为“刑统”“刑律”。自1928年制定的《中华民国刑法》始, 才正式使用“刑法”一词。

^① 参见 [日] 团藤重光:《刑法纲要总论》, 3版, 3页, 东京, 创文社, 1990。

^② 参见 [日] 大塚仁:《刑法概说(总论)》, 冯军译, 20页。

目前，关于“实质意义上的刑法”的概念，在我国尚不存在统一的定义，主要存在三种观点。第一种观点认为，刑法是“规定哪些行为是犯罪，并给犯罪人以何种刑罚处罚的法律。犯罪和刑罚构成刑法的基本内容”^①。也有学者站在这种立场上，认为“刑法是规定犯罪和刑罚及其罪刑关系的法律”^②。第二种观点认为，“刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律”^③。第三种观点认为，“刑法是规定犯罪及其刑事责任的法律规范的总和”^④。这些不同观点反映的是对刑法基本构造的不同认识，第一种观点认为“罪—刑”是刑法的基本构造，第二种观点认为“罪—责—刑”是刑法的基本构造，第三种观点认为“罪—责”是刑法的基本构造。

刑法的基本构造是什么？这个问题的回答取决于对“责任”概念的理解。如果像德日刑法学者一样，把“责任”理解为可以就行为对行为人进行的谴责，那么，“责任”就是犯罪的成立要件之一；如果像很多中国刑法学者一样，把“责任”理解为实现对犯罪的惩罚的方式，那么，“责任”就是犯罪的法律后果。因此，一个超越争论的用语而包括争论的内容的应该选择的关于刑法的简明定义是：刑法是规定犯罪的成立要件及其刑事法律后果的法律规范的总和。当然，刑法也规定关于刑法本身的内容，例如，我国刑法总则第一章规定了刑法的任务、基本原则和适用范围。但是，在简明地定义刑法时，人们一般不在定义中涉及刑法本身的内容。

由于犯罪的刑事法律后果主要是刑罚，所以，犯罪的成立要件与刑罚是刑法的主要内容。在某些西方发达国家（例如，德国、瑞士），作为刑罚的补充，往往也在刑法典中规定了保安处分。我国刑法典中虽然也对保安处分有所规定，例如，对于造成危害结果的精神病人，刑法第18条规定“在必要的时候，由政府强制医疗”。但是，我国刑法关于保安处分的规定很不全面，亟待完善。

二、刑法的性质

现代国家的法律已经形成一个类似金字塔的法律体系。在这种法律体系之中，刑法是一个独立的部门法。与其他部门法不同，刑法不是根据其调整社会生活的领域来确定的，而是根据其调整社会生活的方法来确定的。刑法用刑罚调整社会生活的诸多领域，“在某种意义上刑法被称为万法之法”^⑤。

刑法是子法。刑法是“根据宪法”制定的，刑法的内容必须符合作为母法的宪法，不允许在制定、修改和适用刑法时违背宪法。刑法的解释也必须符合宪法的规定，违反宪法规定的刑法解释不可能具有任何效力。

刑法是补充法。刑法不同于民法、行政法等法律，民法、行政法是第一次规范，是创设权利和义务的规范，刑法则是第二次规范，是在第一次规范没有被遵守时证明第一次规范仍然有效的规范，是用刑罚对第一次规范的效力进行的补充。因此，也可以说刑法是其他法律的保障法。但是，这并不意味着刑法从属于其他法律，在用刑罚这种强有力的手段来保护法益这一点

① 高铭喧主编：《中国刑法学》，1页。

② 陈兴良：《口授刑法学》，1页，北京，中国人民大学出版社，2007。

③ 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（上编），3页，北京，中国法制出版社，1999。

④ 苏惠渔主编：《刑法学》，13页，北京，中国政法大学出版社，1994。

⑤ 陈兴良：《口授刑法学》，22页。

上，刑法具有独自的存在意义。

刑法是实体法。刑法规定的是有关刑罚权行使的实质法律关系，与刑事诉讼法不同，刑法规定的是犯罪与刑罚的内容，刑事诉讼法规定的是查明犯罪、动用刑罚的方式。刑法是内容，刑事诉讼法是形式。刑法与刑事诉讼法相互依存。特别需要指出的是，一方面，为了法律适用的便利，在刑法中也会规定一些关于刑事诉讼程序的问题，例如，我国刑法典分则的某些条文（如第 257 条）将某些犯罪规定为“告诉的才处理”，同样，在刑事诉讼法中也会规定一些关于犯罪成立与否的问题，例如，《中华人民共和国刑事诉讼法》第 15 条将某些情形规定为“宣告无罪”的根据，从而使得刑法与刑事诉讼法更加密不可分；另一方面，在现代社会，刑事诉讼法所起的作用越来越大，因为人权保障是现代社会最重要的法治课题，而人权保障主要依赖于正当程序。

刑法是公法。刑法起源于个人的和部落的复仇感情，原本具有私法的性质。在古代，对犯罪的惩罚可以是向个人支付赔偿金和向部落支付和平金（Friedensgeld）。但是，今日的刑法不再是规定私人之间关系的私法，而是规定作为刑罚权主体的国家和作为刑罚权客体的犯人之间关系的公法。^① 因此，在绝大多数情况下，只要行为构成犯罪，便不问被害人的意志如何，都依照刑法定罪量刑。^② 但是，现在出现了令人瞩目的刑法私法化倾向。在我国，无论是在理论上还是在实践中，近年来都在倡导“刑事和解”，特别是对于因民间纠纷引起的轻伤害案件，如果犯罪嫌疑人有认罪悔改表现，积极赔偿损失，被害人要求不追究行为人刑事责任的，司法机关就会视为已经“刑事和解”，不再追究行为人的刑事责任。不过，这种刑法私法化倾向不应该无限膨胀，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 277 条第 1 款的规定，因达成“刑事和解”而不追究行为人刑事责任的案件被限定为可能判处 3 年以下有期徒刑以下刑罚的轻微刑事案件等情形。对于严重的刑事案件，即使加害人与被害人达成了赔偿协议，也应追究行为人的刑事责任。这是因为，一方面，“刑事和解”往往是不得已的事后补救措施，事前地看，人们一般不会因为能够达成赔偿协议就接受加害人的严重侵害，并且，严重的犯罪行为并非仅仅侵害了被害人及其社区，而且侵害了整个社会的价值规范，应该通过适用刑罚来证明社会的重要价值规范的不可侵犯性；另一方面，在社会上还存在着一些完全对抗法规范的敌对者（例如，恐怖分子、黑社会组织头目），他们即使与被害人达成了赔偿协议，也不可能真正与被害人和社区和解。虽然刑事和解制度具有建立加害人与被害方的相互理解、降低诉讼成本等积极意义，但是，也可能导致处遇不公和权力滥用等消极后果。^③ 不能仅仅根据行为人赔偿了被害人的损失，就进行刑事和解。不是因为赔偿了被害人的损失，恢复或者弥补了法益，就必须进行刑事和解。而是只有赔偿行为表明行为人变得忠诚于法规范，责任减轻了，才能进行刑事和解，否则，“被杀人者反为妻子亲戚乞钱之资，甚可痛也”^④。

三、刑法的渊源

所谓刑法的渊源，是指刑法的出处，也可以认为是刑法的表现形式。

① 参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，20 页。

② 参见张明楷：《刑法学》，3 版，20 页。

③ 参见陈庆安、王剑波：《刑事和解制度的优劣势再解读》，载《河南社会科学》，2008（1）。

④ 沈家本：《历代刑法考》（二），1028 页，北京，中华书局，1985。

实质意义上的刑法，有四种表现形式：刑法典、单行刑法、附属刑法和特别刑法。

(一) 刑法典

刑法的第一种表现形式是刑法典，它是以刑法名义颁布的、系统规定犯罪及其法律后果的法律。刑法典被称为“普通刑法”，被视为“形式意义上的刑法”。我国在1979年7月1日颁布了《中华人民共和国刑法》，1997年3月14日颁布了修订后的《中华人民共和国刑法》，一般称前者为旧刑法典，称后者为新刑法典。

(二) 单行刑法

刑法的第二种表现形式是单行刑法，它是国家以“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的法律。例如，新刑法典颁布之后，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》就是惩治外汇犯罪的单行刑法。

(三) 附属刑法

刑法的第三种表现形式是附属刑法，它是附带规定于民法、经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范。关于附属刑法的规定模式，尚可探讨。我国采用的大多是宣示性规定模式，即规定：“违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”^① 外国则多采用实质性规定模式，即规定相应的构成要件和法定刑。从附属刑法调整对象的特殊性和专业性来看，应该说采用实质性规定模式更为合适。

(四) 特别刑法

刑法的第四种表现形式是特别刑法，它是仅适用于特别人、特别时间、特别地点或者特别事项的罪刑规范，香港刑法、澳门刑法、台湾“刑法”以及民族自治地方的省级人民代表大会制定的变通性或者补充性罪刑规范，都是特别刑法。

相对于刑法典而言，单行刑法、附属刑法和特别刑法都是特别法，其效力优于刑法典，在单行刑法、附属刑法和特别刑法的内容与刑法典的内容相冲突时，要优先适用单行刑法、附属刑法和特别刑法。

第二节 刑法的目的、任务与机能

一、刑法的目的

所谓刑法的目的，是指国家制定和适用刑法所要实现的目标。

^① 2007年8月30日第十届全国人大常委会第二十九次会议通过的《中华人民共和国突发事件应对法》第68条。



刑法的目的是刑事立法的动力，是刑事司法的灵魂，是刑法解释的指针。我国刑法具有如下三个不同层次的目的：

第一个层次是刑法的整体目的，即刑法典所要实现的目标。根据刑法第1条的规定，刑法的整体目的就是“惩罚犯罪，保护人民”。所谓“惩罚犯罪”，是指要对犯罪行为作出否定评价，要制裁实施了犯罪的人。虽然惩罚犯罪也是保护人民的手段，但是，“惩罚犯罪”本身也是刑法的目的。即使被害人已经死亡，并且被害人没有任何亲戚，犯罪人完全不可能再侵害其他任何人，为了实现正义，也必须对犯罪人杀害被害人的行为进行审判，必须根据刑法对犯罪人判处刑罚。只要国家存在着，犯罪就必须被否定，犯罪人就必须受到惩罚。所谓“保护人民”，是指要通过正确适用刑法来保证没有犯罪的公民不受惩罚，要通过正确适用刑法来恢复、弥补被犯罪侵害的法益，要通过正确适用刑法来保障犯罪人不受非法的制裁。

第二个层次是刑法的部分目的，即刑法分则各章所要实现的目标。我国刑法分则共有10章，它们分别具有各自的目标。例如，刑法分则第四章规定的是“侵犯公民人身权利、民主权利罪”，它的目的就是惩罚侵犯公民人身权利、民主权利的犯罪，保护公民的生命、身体、自由、名誉、监督权、选举权等权利。除刑法分则第四章和第八章的目的分别体现在其相应条文之中以外，刑法分则其他各章的目的都贯彻在其全部条文之中。解释和运用刑法分则各章的具体条文时，必须相应地符合刑法分则各章的目的。例如，刑法第133条规定，“违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的”，构成交通肇事罪，但是，在认定交通肇事罪的成立时，还必须考虑到刑法第133条被规定在刑法分则第二章“危害公共安全罪”之中，因此，只有危害了公共安全的交通肇事行为，才能构成交通肇事罪。一个刚领到驾驶执照的小伙子，在自己的农家院里练车时，不慎轧死了唯一一个在场观看的小孩，他的行为因为没有危害公共安全，就不可能成立交通肇事罪，而是仅仅可能成立刑法第233条规定的过失致人死亡罪。

第三个层次是刑法的具体目的，即刑法分则各条所要实现的目标。刑法分则共有388个条文，除少数条文是注意规定之外，其他条文都具有自己所要保护的法益。刑法分则各条所保护的法益，就是刑法的具体目的。刑法的具体目的对于认定具体犯罪的成立具有重要意义，不处于某一刑法条文的具体目的所保护的范围内的行为，就不成立该条所规定的犯罪。例如，刑法第263条规定“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的”，构成抢劫罪。刑法第263条的目的在于保护公私财产权，如果某人以暴力抢劫了他人的情书，那么，就会因为侵犯的不是他人的财产权，而不构成抢劫罪。

刑法三个不同层次的目的协调一致的，不存在矛盾和冲突。把握刑法不同层次的目的，是正确解释和适用刑法的钥匙。

二、刑法的任务

刑法的任务，是指国家为了实现刑法的目的所必须完成的工作。

根据刑法第2条的规定，刑法的任务就是“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”^①。

刑法的任务与刑法的目的具有内在联系。刑法的目的是确定刑法的任务的根据，刑法的任务是实现刑法的目的的措施。应该全面理解刑法的任务。我国刑法的任务很多，归纳起来，有两个方面：一是法益保护，二是规范保障。

所谓法益保护，是指刑法必须保护由其他法律所肯定、确认或者承认的利益。国家的安全、人民民主专政的政权和社会主义制度是宪法所肯定的利益，保护它们是刑法的任务；国有财产、劳动群众集体所有的财产和公民私人所有的财产是民法等法律所确认的利益，保护它们也是刑法的任务；公民的人身权利、民主权利和其他权利是宪法、民法、诉讼法等法律所确认的利益，保护它们当然是刑法的任务；社会秩序、经济秩序是行政法、经济法等法律所确认的利益，保护它们当然也是刑法的任务；社会主义建设事业是所有法律都承认的利益，保护它们无疑是刑法的任务。

所谓规范保障，是指刑法必须保障所有法律规范的有效性。只有保障国际法规范、宪法规范、民法规范、行政法规范、经济法规范、诉讼法规范等法律规范的效力，才能保护由它们所肯定、确认或者承认的利益。如果违反国际法规范、宪法规范、民法规范等法律规范的行为不能由这些法律规范自身或者相互的力量加以遏制，那么，就需要刑法将这种违反法律规范的行为规定为犯罪，并且用刑罚与它作斗争。

法益保护是刑法的间接任务，规范保障是刑法的直接任务。刑法不可能直接地保护法益，对于法益保护而言，刑法往往为时已晚。刑法大多是在生命被剥夺、财物被盗窃之后，才开始发挥作用。刑法能够直接地保障规范，对于规范保障而言，刑法永远不会太晚。杀人行为侵犯了保护生命的法律规范，但是，只要刑法用刑罚惩罚杀人罪行，就会证明保护生命的法律规范仍然有效。一个人的生命可能由于杀人行为的实施而不复存在，一个人的财产也可能由于盗窃者的使用而消耗殆尽，即使如此，刑法也必须运用刑罚惩罚杀人者和盗窃者的罪行，为了证明生命的尊严、财产的价值。“绝不能为惩罚而惩罚”这句格言，在今天的意蕴仅仅是：不要惩罚无辜的人。

三、刑法的机能

所谓刑法的机能，是指刑法在其运行过程中实际或者可能发挥的功效和作用。

为了实现刑法的目的、完成刑法的任务，就需要使刑法发挥以下三大机能：

第一是行为规制机能，这是指刑法具有对行为进行评价并通过决定行为人的意思来控制行为人的行为的效果，刑法规范既是评价规范，又是意思决定规范。刑法通过把某行为规定为犯罪、使之与刑罚相联系，就将该行为评价为在法律上是无价值的，并命令行为人应该在内心作出不实施该行为的意思决定。刑法通过对行为的评价和对行为人意思决定的命令，来控制行为人的行为。

第二是安全保护机能，这是指刑法具有使个人、社会和国家不受犯罪的侵害或者威胁的效果。首先，安全保护机能表现为法益保护机能。对个人、社会和国家而言，存在种种利益，但

^① 可以简化为“一斗争、二保卫、三保护、一维护、一保障”。

是，并非每一种利益都受到法律的保护，只有那些具有普遍性的利益，也就是说，只有那些由于在自己的利益中也承认着他人的利益因而能够普遍存在的利益，才会受到法律的保护。就像自己的意志侵害了他人的意志时就不是自由而仅仅是任意一样，当自己的利益侵害了他人的利益时就不是法益而仅仅是利益。受到法律保护的利益，就是法益。所有的法律都是在确认和保护法益，但是，只有在其他法律不能充分地保护法益时，刑法才动用刑罚对法益进行彻底的保护。其次，安全保护机能表现为秩序维护机能。法益总是存在于一种现实的正常运行的社会秩序之中，没有正常运行的社会秩序就没有法益，因此，刑法往往通过维护正常运行的社会秩序来保护利益。再次，安全保护机能表现为犯罪预防机能，刑法既运用刑罚来使社会一般人远离犯罪（一般预防机能），也运用刑罚来使特定犯罪人不再犯罪（特殊预防机能），但是，刑法主要不是用刑罚来威吓社会一般人和特定犯罪人，而是用可感受的刑罚来鲜明地体现刑法规范的效力，刑法用刑罚毫无疑问地证明：遵守法规范是正确的。如果刑法不用刑罚惩罚犯罪，人们就会怀疑：不用犯罪人采取的那种方式捞取利益是否太愚蠢了呢？正是刑法用刑罚惩罚着犯罪，人们才能够坚定地把“通过犯罪捞取利益”这种行为方式从自己应该选择的行为方式中排除出去，尽管总是有人通过犯罪捞取着利益。

第三是自由保障机能，这是指刑法具有使公民的自由不受国家刑罚权不当侵犯的效果。刑法规定了犯罪的成立要件，也规定了犯罪的法律后果，因此，刑法使不具备犯罪成立要件的人不受刑罚处罚，也使具备犯罪成立要件的人不受与犯罪成立要件不相一致的刑罚的处罚。刑法既是“善良人的大宪章”，也是“犯罪人的大宪章”。

克服安全保护机能与自由保障机能之间的紧张关系，使安全保护机能与自由保障机能获得平衡，“应该说正是刑法理论和实践的核心”^①。这既是刑事立法、刑事司法和刑法解释面临的困境，也是刑事立法、刑事司法和刑法解释成功的证明。刑法必须保护公共安全，必须服务于文化国家的发展，但是，刑法也必须防止公民的自由受到国家的不当侵害，必须限制国家刑罚权的过分行使。

第三节 刑法的制定、修改与根据

一、刑法的制定

制定刑法是国家的大事。新中国成立初期，为了巩固新生政权、恢复国民经济，当时的中央人民政府曾制定了一些单行刑法，例如，1951年2月20日中央人民政府公布了《中华人民共和国惩治反革命条例》，1951年4月19日中央人民政府政务院公布施行了《妨害国家货币治理暂行条例》，1952年4月18日中央人民政府公布了《中华人民共和国惩治贪污条例》。虽然这些单行刑法给司法机关处理发生在特殊领域里的犯罪案件提供了法律依据，但是，由于缺乏一部系统的刑法典，司法机关处理很多日常的犯罪案件时就只能根据党和国家当时的刑事

^① [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，23页。

政策。

新中国刑法典的起草准备工作始于1950年，为了起草刑法典，中央人民政府法制委员会专门成立了刑法大纲起草委员会。1950年7月25日，中央人民政府法制委员会将刑法大纲起草委员会草拟的《中华人民共和国刑法大纲草案》（以下简称《刑法大纲草案》）发给当时参加全国司法工作会议的同志，向他们征求意见。《刑法大纲草案》共157条，分总则与分则两部分，总则规定了“罪刑指导原则”，分则规定了“具体犯罪与具体处罚”。1954年9月30日，中央人民政府法制委员会又印发了在总结司法实践经验的基础上所拟订的《中华人民共和国刑法指导原则草案（初稿）》（以下简称《刑法指导原则草案》）。《刑法指导原则草案》共76条，除“序言”之外，分三章规定了“犯罪”“刑罚”和“几种犯罪量刑的规定”。虽然《刑法指导原则草案》的内容尚有很多值得完善之处，但是，已经体现出相当高超的刑事立法技巧，例如，在条文中规定了具体的罪名。由于当时的社会条件并不成熟，上述两个草案并未公布，但是，它们为以后刑法典的拟制工作奠定了基础。

1954年宪法的颁布，推动了刑法起草工作。依据宪法和组织法，刑法的起草工作改由全国人民代表大会常务委员会法律室负责。自1954年冬天起，全国人大常委会法律室就着手起草刑法典。1955年6月，拟出了《中华人民共和国刑法草案》的初稿（以下简称《刑法草案稿》），并广泛征求意见。法律室在总结司法实践经验的基础上，根据所征求的意见和调查报告，对《刑法草案稿》作了修改。其后，连同各种参考资料分送全国人大常委会委员、中央有关部门、各省市的司法部门以及政法院校征求意见。根据这些意见，法律室对《刑法草案稿》又进行了重大修改。^①1956年11月12日，全国人大常委会法律室完成了《中华人民共和国刑法草案》第13稿（以下简称《刑法草案第13稿》）。《刑法草案第13稿》共261条，分总则和分则两编，内容比较完备，已经具有了刑法典的雏形。董必武同志在党的八大会议上指出：现在无论就国家法制建设的需要来说，或者是就客观可能性来说，法制都应该逐渐完备起来。法制不完备的现象如果再让它继续存在，甚至拖得过长，无论如何不能不说是一个严重的问题。^②此后，刑法起草工作加紧进行，1957年6月，全国人大常委会法律室完成了《中华人民共和国刑法草案》第22稿（以下简称《刑法草案第22稿》）。《刑法草案第22稿》共215条，分总则和分则两编。经全国人大法律委员会审议修正之后，于1957年6月28日提交给第一届全国人民代表大会第四次会议的全体代表征求意见。这次会议作出决议：“由常务委员会根据代表和其他方面所提的意见加以审议修改，作为草案公布试行，在试行中继续征求各方面的意见，再加修改，提请全国人民代表大会审议通过。”^③但是，由于1957年夏天开始了反右斗争，我国陷入了突出表现为以群众运动代替法治的法律虚无主义的泥淖，不仅《刑法草案第22稿》没能公布试行，而且刑法典的起草工作也因此停顿下来。

1962年3月22日，毛泽东明确指出：“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。”^④根据这一指示，1962年5月，在有关部门的协同下，全国人大常委会法律室恢复了刑法典的起草工作，在《刑法草案第

① 参见高铭喧：《刑法肄言》，116页，北京，法律出版社，2004。

② 参见《董必武法学文集》，346页，北京，法律出版社，2001。

③ 高铭喧、赵秉志主编：《新中国刑法立法文献资料总览》，1985页，北京，中国人民公安大学出版社，1998。

④ 转引自《人民日报》，1978-10-29，1版。



22稿》的基础上，反复征求意见之后，作出了重大修改，至1963年10月9日，完成了《中华人民共和国刑法草案》第33稿（以下简称《刑法草案第33稿》）。《刑法草案第33稿》共205条，分总则和分则两编，经中共中央政治局常委和毛泽东原则审查后，曾考虑公布试行，但是，由于不久就开始了“四清”运动和“文化大革命”，《刑法草案第33稿》没能公布。

“文化大革命”结束之后，法制建设受到重视。1978年10月，邓小平指出：“非常需要搞社会主义法制。没有法不行。没有法，就乱搞一气。过去和现在，都是这么一种情况：领导人说了话就叫法；不赞成领导人说的话，就是违法、犯法。这种情况不能继续。”“过去‘文化大革命’前，曾经搞过刑法草案，经过多次修改，准备公布。‘四清’一来，事情就放下了。”现在，“很需要搞个机构，集中些人，着手研究这方面的问题，起草有关法律”^①。根据邓小平的指出，中央政法小组重新组建了刑法草案的修订班子，对《刑法草案第33稿》进行修订，先后完成三个修订草案，其中，第二个修订草案获得政治局的原则通过。随后，刑法草案在全国人大常委会法制工作委员会全体会议和第五届全国人大常委会第八次会议上讨论审议，修改后提交第五届全国人民代表大会第二次会议审议，最后于1979年7月1日一致通过，同年7月6日正式公布，1980年1月1日起施行。经过几十年的风雨历程，终于诞生了《中华人民共和国刑法》（以下简称《79刑法》），共192条。这是新中国的第一部刑法典，它的诞生是值得庆贺的大事。对新中国第一部刑法典的诞生，邓小平指出：“在建国以来的二十九年中，我们连一个刑法都没有，过去反反复复搞了多少次，三十几稿，但是毕竟没有拿出来。现在刑法和刑事诉讼法都通过和公布了，开始实行了。全国人民都看到了严格实行社会主义法制的希望。这不是一件小事情啊！”^②

二、刑法的修改

《79刑法》的体系和结构合理，它所确立的基本原则和规定的基本内容是正确的，许多具体规定是可行的，颁行之后，为保障公民的自由和人权发挥了重大作用。但是，《79刑法》难免受到制定当时政治体制和经济体制的影响，不能完全满足市场开放和体制改革的要求，加之采用了“宜粗不宜细”的立法策略，有些本来应该明确规定为犯罪的行为没有被规定在刑法典中，却让司法机关适用类推制度去解决，有些本来应该详细规定的犯罪行为却规定得不具体，例如，渎职罪、流氓罪、投机倒把罪都规定得比较笼统，成为三个可以装进很多东西的“口袋罪”，让司法机关不好操作，造成刑法适用的随意性。因此，《79刑法》实施以后，我国最高立法机关为了适应新的社会情势，以单行刑法的形式对《79刑法》进行了一系列的补充和修改。自1981年至1995年间，全国人大常委会先后通过了24部单行刑法，例如，1981年6月10日颁布了《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》和《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日颁布了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，1983年9月2日颁布了《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》，1988年1月21日颁布了《关于惩治走私罪的补充规定》和《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，1990年

^① 转引自高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，4页，北京，法律出版社，1981。

^② 《邓小平文选》，2版，第2卷，243页，北京，人民出版社，1994。