

刘宪权 著

Criminal Law Lectures

讲演录

刑法学名师

总论

第二版



上海人民出版社

前 言

“人生天地之间，若白驹之过隙，忽然而已。”我自 1983 年留校担任刑法教研室的教师，迄今匆匆已过三十三寒暑。无论是对本科生或硕士生的大堂讲课，还是对博士研究生的小范围传授，刑法学教学始终是我情有独钟并愿意与其终生相伴的工作或事业。鄙人不敢妄言已有面壁功深的教学能力，且常常自忖学力未逮。本书之著述，既是对自己三十多年来的教学经验和研究生涯的一个总结，也期望更多对刑法学研究学习有兴趣者借由本书之助，能有所得。

刑法学理论在百年的蓬勃发展历程中硕果累累，但理论的日臻成熟及其不断精致化的深入，令刑法学变得愈发艰深晦涩。刑法学亦是与社会生活关联性极强的应用型学科，层出不穷的司法实例，也令刑法学变得愈发错综复杂。因此，当我在课堂上讲授刑法课程时，曾煞费苦心地斟酌，如何把深奥的刑法学原理，用通俗生动的语言深入浅出地说明，使初学者不再将刑法学视之如畏途；又如何时刻将新鲜的司法热点注入课堂，理论与实务并重，从而引导学生融会贯通刑法学的理论体系。这样的教学目标，我心向往之，但深知只有旷日积晷的潜心钻研，方可艰难玉成。

近年来，我潜心于本科生和研究生的课堂教学。承蒙国家教育部的高度重视以及华东政法大学的大力支持，由我作为主讲教师讲授的“刑法学”课程被评为“上海市重点建设课程项目”、首批“上海市精品课程”，由我开设的“金融犯罪研究”被评为 2012 年度“上海市精品课程”。本人所著的《金融犯罪刑法理论与实务》于 2010 年获“上海市第十届哲学社会科学优秀成果奖”三等奖，本人主编的《刑法学》于 2007 年获“上海市优秀教材”一等奖，本人所著的《金融犯罪刑法学专论》于 2011 年获“上海市优秀教材”二等奖。我作为项目负责人所讲授的《犯罪与刑罚理论专题研究》课程以及本人主持的《刑法学课程与教学体系的改革》成果分别于 2001 年、2009 年两次被评为“上海市教学成果”二等奖。感谢本校历届学子们的厚爱，我连续十八年被评为“我心目中的最佳教师”。另外，近年来，我还获得“全国杰出专业技术人才”、“全国优秀教师”、“国家级教学名师”、“上海市高等教育教学名师”、“上海市教育功臣”等荣誉称号，并入选首批“国家高端人才特殊支持计划”。这些荣誉既是对我过去努力的一种肯定，亦是对我未来工作的一个鞭策，尤其看到同学们的学有所获和学有所成，更加令我孜孜而不敢懈怠。

根据出版社的建议，本书以《刑法学名师讲演录》为书名。“名师”之名实属各位同

仁的抬爱,与实际情况可能并不十分相符。当然,这也对本书的内容和质量提出了更高的要求。本书主要是以“刑法学”和“金融犯罪研究”这两个“上海市精品课程”的多媒体教学录像为基础,先由我的博士、硕士研究生将课堂录音转录成文字稿,再由我精心修改、整理和补充而完成。本书在构筑内容时,一方面顾及读者需要,以“讲”为编写体例,尽可能采用授课时口语化的表述形式,完整地再现了课堂的教学实况,力求以生动、平易之风格使读者易于理解;另一方面保持学术水平,将囿于课堂时间限制而省略的重要刑法理论和个人研究成果予以补充,兼顾口语化简明易懂的风格,令本书的体系与论述更趋完备,力求在内容深度上能够满足法学专业本科生和刑法学专业研究生水平的学习需求。除此之外,我还要作出几点说明:

一、本书的体系不同于一般的刑法学教科书。根据讲演录这种特殊形式,本书共分36讲,其中总论和分论各18讲,每讲之下设一些层级标题,同时以日常课堂口语化的表述作为逻辑上的衔接,从而达到内容的连贯和风格的统一。

二、本书是以2004年被评为“上海市重点建设课程项目”、“上海市精品课程”的“刑法学”和2012年被评为“上海市精品课程”的“金融犯罪研究”的课堂录音为基础,后来,在成稿之中又增加了一些新的内容。因此,讲演录中所列举的大多是当前的司法热点案例,对于最新的刑事立法与司法解释的规定也基本做了介绍,这些均有助于读者能更深入地掌握刑法基本理论并了解最新刑事立法与司法的发展动态。

三、本书所参照使用的教材为本人主编的《刑法学(第四版)》上、下册(上海人民出版社2016年版)。本书不但基本涵盖了教材的主要内容,而且还补充了部分重要刑法理论和个人研究成果,因此读者是否对照教材都不影响对本书的阅读。

四、本书由于受到讲演录形式的限制,对于一些在课堂上引用的资料或者学者观点的表述,除了在讲课中或字节说明以外,无法也不便于一一标明出处,但是大多数相关引用的资料和观点,在本人其他著作中均已经标明出处,所以绝无侵犯他人著作权之意,望有关学者和读者予以谅解。

自惭德薄能鲜,且授课毕竟不同于写作,本书内容未经妥适,缺漏错误之处,在所难免,尚祈读者不吝指正。

本讲演录是本人主持的上海市一流学科(华东政法大学刑法学)、国家高端人才特殊支持计划,以及国家社科基金重大项目“涉信息网络违法犯罪行为法律规制研究”(项目编号:14ZDB147)的阶段性研究成果。本书的付梓,得到了上海人民出版社龙敏编辑的热情邀请和鼎力支持,在此谨致本人的真诚谢意。此外,由于本人教学、研究以及行政事务繁忙,难以有很多时间投入本书的前期整理工作,为此,我所带的博士、硕士研究生提供了很大的帮助。他们中的一些同学在学校冒着酷暑,悉心完成课堂录音到文字稿转录以及文字稿校正等繁杂工作,很大程度上减轻了我的负担,对弟子们的辛劳只能用“感谢”两字加以回报。

刘宪权 谨识

2016年5月于东风楼

目 录

前言·001

第一讲 刑法学概述·001

- 一、刑法学的历史和最新发展·002
 - (一) 清末刑法学的转轨·002
 - (二) 民国时期刑法学的发展·003
 - (三) 新中国前三十年刑法学的主要成就·003
 - (四) 改革开放后刑法学的发展·004
- 二、刑法学的基本内容·007
- 三、学习刑法学的理论意义和实践意义·009
 - (一) 学习刑法学的理论意义·009
 - (二) 学习刑法学的实践意义·011

第二讲 刑法概述·018

- 一、刑法的概念、性质和任务·018
 - (一) 刑法的概念·018
 - (二) 刑法的性质和任务·020
- 二、我国刑法的产生和发展·022
 - (一) 革命根据地时期的刑法·022
 - (二) 新中国成立后刑事法律的初步发展·023
 - (三) 《中华人民共和国刑法》制定和颁布的过程·023
 - (四) 对《中华人民共和国刑法》修订的问题·024
- 三、刑法的体系和解释·032
 - (一) 刑法的体系·032
 - (二) 刑法的解释·034

第三讲 我国刑法的基本原则(一)·039

- 一、刑法的基本原则概述·039
 - (一) 刑法基本原则的概念和内容·039

(二) 确立刑法基本原则的意义·041

二、罪刑法定原则·042

(一) 罪刑法定原则的历史沿革·042

(二) 罪刑法定原则的理论基础·045

(三) 罪刑法定原则的内容·047

(四) 罪刑法定原则的基本精神·050

第四讲 我国刑法的基本原则(二)·055

(五) 如何贯彻罪刑法定原则·055

三、平等适用原则·069

四、罪刑相当原则·071

(一) 罪刑相当原则的基本含义和理论基础·071

(二) 罪刑相当原则在我国刑法中的确立和体现·071

第五讲 刑法的效力范围·075

一、刑法效力范围概述·075

二、刑法的空间效力·075

(一) 刑法空间效力的概念·075

(二) 我国刑法的空间效力·077

三、刑法的时间效力·083

(一) 刑法的生效和终止·083

(二) 刑法溯及力的问题·084

(三) 刑法司法解释的时间效力问题·094

第六讲 犯罪概述·101

一、犯罪概念·101

(一) 犯罪概念的立法类型·101

(二) 犯罪本质的理论分析·102

(三) 我国刑法的犯罪概念和特征·103

二、犯罪的分类·112

(一) 犯罪的理论分类·112

(二) 犯罪的立法分类·115

第七讲 犯罪构成·117

一、犯罪构成概述·117

(一) 犯罪构成理论沿革·117

(二) 犯罪构成的概念与特征·119

(三) 犯罪构成与犯罪概念·120

- 二、犯罪构成要件·121
 - (一) 犯罪构成的要件·121
 - (二) 犯罪构成的层次结构·122
 - (三) 犯罪构成的类型划分·123
- 三、犯罪构成与定罪·125

第八讲 犯罪客体要件·127

- 一、犯罪客体要件概述·127
 - (一) 犯罪客体的概念·127
 - (二) 研究犯罪客体的意义·129
- 二、犯罪客体的分类·130
 - (一) 犯罪客体在理论上的分类·130
 - (二) 犯罪客体在立法上的分类·133
 - (三) 犯罪客体的立法形式·134
- 三、犯罪客体与犯罪对象·135
 - (一) 犯罪对象的概念·135
 - (二) 犯罪对象与犯罪客体的联系和区别·135
 - (三) 研究犯罪对象的意义·137

第九讲 犯罪客观要件·139

- 一、犯罪客观要件概述·139
 - (一) 犯罪客观要件的概念·139
 - (二) 犯罪客观要件的特征·140
 - (三) 研究犯罪客观要件的意义·140
- 二、危害行为·141
 - (一) 危害行为的概念·141
 - (二) 危害行为的特征·144
 - (三) 危害行为的形式·146
 - (四) 危害行为与时间、地点和方法·150
- 三、危害结果·151
 - (一) 危害结果的概念与特征·151
 - (二) 危害结果的种类·152
 - (三) 危害结果的地位与作用·154
- 四、危害行为与危害结果之间的因果关系·155
 - (一) 刑法上因果关系的概念·155
 - (二) 刑法上因果关系的特性·156

第十讲 犯罪主体要件·161

- 一、犯罪主体要件概述·161

- (一) 犯罪主体的概念·161
- (二) 犯罪主体的基本特征·162
- (三) 犯罪主体要件的意义·163

二、自然人犯罪主体·163

- (一) 刑事责任能力的概念和内容·164
- (二) 刑事责任能力的程度·165
- (三) 决定和影响刑事责任能力的因素·167
- (四) 自然人犯罪主体的特殊身份·175
- (五) 研究犯罪主体特殊身份的意义·179

三、单位犯罪主体·180

- (一) 单位犯罪的由来·180
- (二) 单位犯罪的概念和特征·181
- (三) 单位犯罪的处罚及其法定刑的完善·182
- (四) 单位犯罪与自然人犯罪起刑点的差异性·185

第十一讲 犯罪主观要件·187

一、犯罪主观要件概述·187

二、犯罪故意·187

- (一) 犯罪故意的概念·187
- (二) 犯罪故意的种类·188

三、犯罪过失·191

- (一) 犯罪过失的概念和特征·192
- (二) 犯罪过失的种类·192
- (三) 犯罪过失的认定·196

四、犯罪动机与目的·204

- (一) 犯罪动机与犯罪目的的概念·204
- (二) 犯罪动机与犯罪目的的关系·205
- (三) 研究犯罪动机与犯罪目的的意义·206

五、刑法中的认识错误·206

- (一) 法律上的认识错误·207
- (二) 事实上的认识错误·208

第十二讲 排除犯罪性行为·215

一、排除犯罪性行为概述·215

- (一) 排除犯罪性行为的概念·215
- (二) 排除犯罪性行为的种类形式·216

二、正当防卫·217

- (一) 正当防卫的概念和意义·217
- (二) 正当防卫的成立条件·218

(三) 正当防卫中的特殊防卫 · 222

(四) 防卫过当及其刑事责任 · 223

三、紧急避险 · 223

(一) 紧急避险的概念和意义 · 225

(二) 紧急避险的成立条件 · 226

(三) 避险过当及其刑事责任 · 230

(四) 紧急避险与正当防卫 · 230

第十三讲 故意犯罪的停止形态(一) · 232

一、故意犯罪的停止形态概述 · 232

(一) 故意犯罪停止形态的概念和范围 · 232

(二) 故意犯罪停止形态的本质特征 · 235

二、犯罪既遂 · 238

(一) 犯罪既遂的概念 · 238

(二) 犯罪既遂的类型 · 240

三、犯罪预备 · 241

(一) 犯罪预备的概念和特征 · 241

(二) 犯罪预备的构成 · 242

(三) 犯罪预备的认定 · 243

(四) 犯罪预备的刑事责任 · 244

四、犯罪未遂 · 245

(一) 犯罪未遂的概念和特征 · 245

(二) 犯罪未遂的分类 · 248

(三) 犯罪未遂的存在范围 · 250

(四) 犯罪未遂的刑事责任 · 251

五、犯罪中止 · 251

(一) 犯罪中止的概念和特征 · 251

(二) 中止犯的刑事责任 · 254

第十四讲 故意犯罪的停止形态(二) · 256

六、故意犯罪停止形态认定中疑难问题分析 · 256

(一) 自动放弃重复侵害行为是否成立犯罪中止 · 256

(二) 危险状态下停止犯罪的形态 · 258

(三) 以“低位犯罪”代替“高位犯罪”的犯罪形态 · 262

第十五讲 共同犯罪 · 269

一、共同犯罪概述 · 269

二、共同犯罪的认定 · 271

(一) 不构成共同犯罪的情形 · 271

- (二) 片面合意的认定 · 272
- (三) 一般主体与特殊主体的共同犯罪认定 · 275
- (四) 共同犯罪成员的刑事责任认定 · 279
- 三、共同犯罪的形式 · 282
- 四、共同犯罪人的分类及其刑事责任 · 285
- 五、部分共犯停止犯罪问题 · 291

第十六讲 罪数形态 · 293

- 一、罪数形态概述 · 293
 - (一) 研究罪数理论的意义 · 293
 - (二) 罪数形态的基本特征 · 295
- 二、一罪的类型 · 296
 - (一) 单纯的一罪 · 296
 - (二) 实质的一罪 · 297
 - (三) 法定的一罪 · 298
 - (四) 处断的一罪 · 305
- 三、数罪的分类 · 312

第十七讲 刑罚论(一) · 313

- 一、刑罚论概述 · 313
 - (一) 刑罚的概念与刑罚权 · 313
 - (二) 刑罚的功能与目的 · 314
 - (三) 刑罚的体系和种类 · 315
- 二、刑罚裁量概述 · 328
 - (一) 刑罚裁量的概念、特征及其作用 · 328
 - (二) 刑罚裁量的原则 · 328
 - (三) 刑罚裁量中的情节 · 331
- 三、累犯 · 335
- 四、自首 · 339
- 五、立功 · 343
- 六、数罪并罚 · 345
 - (一) 数罪并罚的概念和特征 · 345
 - (二) 数罪并罚的相关疑难问题 · 351

第十八讲 刑罚论(二) · 356

- 七、缓刑 · 356
 - (一) 缓刑的适用条件 · 357
 - (二) 缓刑的考验程序 · 357

(三) 战时缓刑制度与一般缓刑制度 · 358

(四) 缓刑适用的相关疑难问题 · 359

八、刑罚执行制度 · 362

(一) 刑罚执行的特征与原则 · 362

(二) 减刑 · 363

(三) 假释 · 364

九、刑罚消灭制度 · 368

(一) 刑罚消灭的事由 · 368

(二) 时效 · 368

(三) 赦免 · 370

第一讲

刑法学概述

首先自我介绍一下,我叫刘宪权,宪法的“宪”,权利的“权”,即宪法的权利,从父亲给我起名时,就“命中注定”我今后可能会从事与法律相关的工作。(全场笑)令人遗憾的是,现在我并非从事宪法学教学工作,却成了一名刑法学教授。但是,这里所谓的“遗憾”是指未能如我父亲之愿,就自身而言则没有任何遗憾,我非常热爱刑法学专业,我已经并将终生“与刑法学为伴”。

从这个学期开始我为大家讲授刑法学。对我们法专业的学生来说,我们这个课属于专业课。刑法学本身,在我们法学中所占的位置是相当重要的。我们每个老师在讲自己的课之前,都要强调一下自己的课是很重要的,当然我也要强调一下,但实际上即便我不强调,你们也都知道刑法学的重要性。理工科里有句话叫“学好数理化,走遍天下都不怕”,法学中我用一句话来概括就是:“学好刑民法,走遍天下都不怕。”由此可见,刑法学在整个法学中所占的位置是最为重要的。

我认为,这里的“最重要”体现在两方面:一方面是教育部规定的专业主干课中,刑法学是其中最主要的课程之一,它是所有法学课程中课时最多的;另一方面就是司法实践对我们的要求,刑法学本身就相当于理工科数理化的位置,也就是通常所讲的我们“吃饭的工具”,是我们的“饭碗”。作为一名合格的法律人才,必须具有扎实的刑法学基础。当然,并不是说学好了刑法学就一定可以成为合格的法律人才,但是,我们可以说,学不好刑法学则一定不是一名合格的法律人才。我还想说,对于刑法学的学习也不是期末考试考完就结束了,如果单从考试讲,刑法学要一直考下去,对于很多人而言,甚至会与刑法学“相伴终生”,除非你今后不从事法律工作。需要指出的是,在我们司法考试里,刑法学所占比重也很高。

随着社会的发展,有些人提出刑法学可能已经过时了,在市场经济条件下,刑法学不会再像以前那样引人关注了。但是,我不同意这种说法,实际上刑法学不可能过时。随着经济的发展,刑法学的地位好像有所变化,但是各种各样新型的犯罪在不断发生,需要我们加以研究,由此可见,刑法学研究的领域还是相当广阔的。

我们学校法学专业本科设置了四个方向:国际经济法、经济法、民商法、刑事法,在

高考考生填报志愿时,刑事法这个方向确实不是很热门。很多人(包括我们学生的家长)都认为刑事法律就是杀人放火,因为民商法有商,经济法有经济,按照这样的一个思路,家长们都认为国际经济法最好,因为它又国际、又经济、又法律。(全场笑)但是我们从就业角度讲,没有那么多国际经济法的岗位让你就业,相反运用最普遍的还是刑、民法。无论你从事什么方向的法学学习,最基本的法律你还是要学好,很多法学基本原理的东西都在我们刑法、民法里。

以上就是我给你们上第一节刑法学课时,必须向你们强调的学习刑法学的重要性。

一、刑法学的历史和最新发展

下面,我给大家介绍一下我国刑法学的历史和最新发展。

通过了解我国刑法学的历史和最新发展,我们可以很全面地把握刑法学的发展脉络,这对于学习这门课程也是十分必要的。

我们国家的传统律学绵延近两千年的时间,在19世纪末、20世纪初由于受到西学东渐的影响而开始发生明显变化,所以这个时期可以被认为是中国传统律学向中国现代法学转变的门槛。反观20世纪以及进入21世纪后的中国法制建设,经历了由传统的人治到现代法治的转变。回首历史,我们可以看到,我国在20世纪及以后经历的三次伟大的法律革命,分别是辛亥革命的法律制度的建立、新中国的法制建设和1978年与改革开放和随后开始的市场经济体制改革相适应的法治国家建设。与此相对应,从刑法学角度看,20世纪以后的刑法学的发展也经历了以下几个阶段,分别是清末刑法的改制与刑法学的转轨、民国时期刑法学的发展、新中国成立至改革开放前刑法学的缓慢进展和改革开放后刑法学的发展。接下来,我依次为大家介绍刑法学在不同发展阶段的历史。

(一) 清末刑法学的转轨

我们首先来看刑法学的第一个历史阶段:清末刑法学的转轨。学习过中国法制史的同学应该知道,我国传统法律一向以刑法见长,有的学者指出,我国古代历来重视刑事法,因此,如果说到我国的传统法律,通常指刑事法,刑事法的发达,远胜于民事法。但是,一直以来,我们国家古代刑事法的发展过程中并没有出现现代意义上刑法学的研究,而是表现为受儒家思想影响的传统律学。然而,法学近代化是一场影响全球的法学变革和改制运动,我们国家不可避免会受到这种近代化辐射波的影响。一般认为,20世纪的中国刑法学,是指19世纪末20世纪初西学东渐以来受西方刑法制度和刑法学说影响而形成和发展起来的近现代法学。

在20世纪初,沈家本引进西方立宪法治思想和现代法律体系,并且主持了具有深远历史影响的变法修律运动。我认为,这是中国刑法学转型的基本标志。这场修律运动的历史意义主要表现在两个方面。一方面,它是中国近代社会政治、经济以及国际、国内形势发展的必然要求,虽然对于清政府来说是亡羊补牢,但在修律过程中引发的礼法之争把历史上法礼派和礼教派的斗争推到了顶峰,同时将西方先进的法律及法学

传播到中国,带来了中国刑法意识和刑事法制的变革,这对我们后世的影响是巨大的。另一方面,这场修律运动,它不但标志着近现代刑法体系、刑法理念在中国的落地生根,是中国刑法现代化的发端,同时也为民国时期北洋政府、国民党政府的刑事立法奠定了基础。

(二) 民国时期刑法学的发展

接下来是刑法学发展的第二个阶段:民国时期刑法学的发展。

民国时期可以说是20世纪中国现代刑法学史上的一个非常重要的时期,这一时期,随着许多的刑法学家引进、介绍、评价大陆法系刑法制度和刑法学说,中国现代刑法学体系初步得以形成,并在很多的刑法基本理论问题的研究上取得了相当的成就,这对于指导民国时期的刑事立法、司法以及推动对刑法学的进一步研究都起到了非常重要的作用。可是由于历史原因,我国在1949年新中国成立后将国民党政府的东西一律推倒重来,刑法学的研究在很长一段时间内不能在民国时期刑法学的成就上面得以延续,新中国成立以后刑法学的研究呈现出一种漠视、淡忘甚至是否定民国时期刑法学的发展历史的状况,因此导致了我国80年代的许多刑法学研究都是在重复前人已经研究过的问题,甚至是前人已经达成共识的东西。这不能不说是一种遗憾。但是我们也不得不承认,民国时期的刑法学也存在着许多不足,表现为典型的移植刑法学,对西方主要是大陆法系德国、日本等国的刑法学说,不加分析和批判,也不经中国现实社会实践的证明,而盲目地加以照搬和移植。

(三) 新中国前三十年刑法学的主要成就

我们现在继续介绍第三个阶段:新中国前三十年刑法学的主要成就。

由于历史的原因,可以说新中国的刑法学研究并不是一帆风顺的,新中国第一部刑法典直到1979年,也就是新中国成立后三十年才得以颁布实施,由此我们可以看到,在这段漫长的时间里,刑法学的发展经历了一个曲折的过程。在此,我主要给大家介绍的是从新中国成立至1979年《刑法》颁布这段时期我国刑法学所取得的主要成就。

大家都知道新中国成立初期苏联对中国的发展影响很大,包括刑法理论方面,也受到了苏联的影响,因此在这一时期里,首先值得特别介绍的就是苏联刑法理论的全面引进。新中国成立前夕,1949年3月31日中共中央发布《废除国民党的六法全书及其一切法律》的训令,明令提出各级人民政府的司法审判不得再援引其条文。这个训令说明我们已经废除了国民党的六法全书,同时也代表了国民党统治在中国大陆的终结。随着中华民国的终结,旧中国的刑法学理论成果也遭到了全面的否定。1952年我们国家又开展了司法改革运动,主要目的就是剥阶级旧法观点和旧法学理论进行彻底的批判,刑事古典学派的行为中心论和刑事实证学派的行为人中心论的两个刑法学体系受到彻底清算。从此,以社会危害性为中心的苏联刑法学体系开始在我国落地生根并产生深远影响。

新中国成立初期,我们除了聘请苏联刑法学家到中国来讲学授课以外,还翻译苏联及其他社会主义国家的刑法典,其中苏联刑法著作就有 30 余部被翻译出版。在这些著作中,尤其值得一提的是中国人民大学 1958 年翻译出版的苏联著名刑法学家特拉伊宁的《犯罪构成的一般学说》一书,很多刑法专业的老师在讲到犯罪构成的时候都会提到这本书。在这本书中,特拉伊宁对犯罪构成的基本理论进行了系统的研究,提出了一些有价值的见解。比如说,他在书中明确指出,犯罪构成是主客观要件的有机统一,犯罪构成不能脱离犯罪的实质概念,犯罪构成是负刑事责任的唯一根据,确立犯罪的因果关系和罪过必须以辩证唯物主义的哲学为指导等一系列对我国犯罪以及犯罪构成理论的建立有深刻影响的观点。通过这本书对我国犯罪构成理论的影响的缩影,我们可以看到苏联刑法学理论对中国刑法学的影响有多深。同时,苏联刑法学的大量引入也就意味着我国当时理论界对原大陆法系刑法学的背离或否定,导致了在此之后相当长的一段时间里,我国刑法学的发展主要处于对苏联刑法学的模仿和消化阶段。这种全盘照搬苏联刑法学的做法所带来的负面效果是巨大的,那就是不顾法律文化的历史传承性,隔断了刑法学的历史联系,并使当时的中国刑法学在很大程度上具有教条主义的倾向,从而为当时创建新中国社会主义刑法学的科学体系和理论预设了潜在的障碍。

这一阶段的刑法学研究成果不是很多,成果大多数体现为一些刑法教科书。但囿于历史局限,这些教科书只包括总则而没有分则,这是因为我国当时还没有刑法典,刑事立法又不完备,这就使得以刑法为研究对象的刑法学理论体系存在相当不足,无论在内容还是体系方面都明显留有模仿苏联刑法教科书的痕迹。我要特别指出的是,1957 年出版的李光灿的刑法学专著《论共犯》,表明了刑法学者在理论研究过程中注重转向一些特殊复杂领域。这本书介绍并分析了苏联学者关于共犯的学说,并结合中国的实际,对共同犯罪的概念、共同犯罪的种类及其刑事责任、犯罪的牵连行为及对资本主义刑法中共犯学说等各方面的理论问题作了难能可贵的开拓性研究。有兴趣的同学可以看一看这本书。

在这个时期里,除了教科书以外,学者们也发表了一些学术论文,主要就刑法中的因果关系、未成年人犯罪、过失犯罪、犯罪动机、犯罪未遂、刑罚目的、刑罚种类、量刑、自首、数罪并罚、缓刑、减刑、假释、刑法分则的体系以及某些具体犯罪,展开了讨论和论述,这些都在一定程度上推动了刑法学的发展。

随后由于轻视法制的“左”倾思想的抬头,我国的刑法学研究基本处于停滞状态。特别是对于一些重要的刑法理论,比如刑法的基本原则、犯罪构成等问题,学者们都不敢进行研究。在这样的形势之下,一些政法学院的刑法教学逐渐转向以刑事政策的的教学和研究为主。各校教材,也大都适应政治运动需要的产物,由于过分强调政治性,刑法学的专业内容就被大大压缩了。

(四) 改革开放后刑法学的发展

通过我们刚才对刑法学发展的三个阶段的了解,大家可以感觉到,这个历程中充

满了刑法学初创的艰辛、萧条、停滞的痛苦,此后,中国刑法学的研究终于走上了恢复、发展的道路,这就是我下面继续介绍的第四个历史发展阶段:改革开放后刑法学的发展。

应该看到,改革开放为我国刑法学的发展创造了良好的环境和氛围。我认为,改革开放以来我国刑法学在发展过程中取得了很大的成就,主要表现为这么几个方面。

第一个成就:注释刑法学研究的迅猛发展。这一时期学者们对于司法实践中需要正确解决的多发和疑难问题,比如正当防卫、共同犯罪、量刑方法等进行了充分的研讨,并对证券犯罪、计算机犯罪、安乐死的罪与非罪等较新问题也给予了密切关注。伴随着我国经济体制的改革和商品经济的发展,经济犯罪的研究也得到了刑法学界的重视。一些论著从宏观上论述了经济犯罪的概念、分类及其在刑法分则体系中的地位,还有一些论著针对经济犯罪中的具体问题进行了深入的研讨。特别是进入20世纪90年代,尤其是1997年新刑法修订以后,经济犯罪、金融犯罪等更是得到了充分的重视和研究。

第二个成就:刑法学者关注并参与刑法典的修改完善工作。1979年《刑法》实施以来,刑法学者们虽然着力进行注释刑法理论的研究,但是大家并没有完全拘泥于注释刑法,有很多学者也从建议或批判的视角开始对刑法典的修改和完善进行研究,这就大大推动了刑事立法进程。随着刑法的实施,刑法的修改与完善逐渐成为刑法学者们关心的一个重要课题,不仅有数千篇论文发表,还有很多专著对这个问题进行了系统论述,就比如薛瑞麟、侯国云主编的《刑法的修改与完善》、赵秉志主编的《刑法修改研究综述》等等,并且在1988年、1994年和1996年的中国法学会刑法学研究会年会中,还专门就刑法的修改与完善问题进行研讨。这些对于促进1997年《刑法》的出台是具有非常重要的作用的。而1997年《刑法》修订以来,学者们围绕这部新刑法缺陷的研究也从来就没有停止过。比如范忠信的《刑法典应力求垂范久远——论修订后的刑法的局限与缺陷》等,甚至出现了相关专著探讨修订后的刑法的不足。这些对于新刑法的不断完善是具有很大促进作用的,随后出现的几个刑法修正案和学者们的努力探讨是分不开的。

第三个成就:刑法学理论研究不断深入。正如我们刚才讲到的,这一时期学者们在对刑法立法与司法实践进行理论研究的同时,也十分注重刑法基础理论的研究,并且取得了丰硕的成果,主要体现为这个时期发表和出版的具有较高学术水准的学术论文和专著。特别应当指出的是,这个时期,随着我国刑法学研究生教育培养体系的健全和发展壮大,在老一辈刑法学者的栽培和提携下,一大批刑法学硕士、博士在刑法学基础理论研究方面显示了深厚的学术功底,研究成果卓著,很多以硕士、博士论文为基础的学术专著得以出版,这些作为我国刑法学界的新生代代表的贡献都大大丰富和深化了我国刑法基础理论的研究。

第四个成就:不断加强对外国刑法学、比较刑法学、国际刑法学的理论研究。这一时期,我国刑法学界加强了中外学术交流,派出许多刑法学界中青年学者出国考察、访问甚至攻读学位,学习外国刑法和刑法学,当今活跃于刑法学界的许多著名学者就是

这一时期留欧、留美、留日的法学博士。同时,中国刑法学界还聘请国外知名刑法学者到国内讲学、作学术报告,拓宽了中国刑法学的研究视野,使中国刑法学日趋开放化和国际化。

另外,我国刑法学者不但翻译出版了世界上主要国家的刑法学著作,而且也陆续翻译出版了这些国家的刑事法典。正是具备了对外国刑事立法、司法实践及理论研究的充分了解和把握,我国刑法学者才能逐渐加强对外国刑法学理论的研究。学者们还发表了数量颇多的翻译和介绍外国刑法和刑法学的论文,涉及西方国家刑法理论的新进展和刑事立法的新变化等。透过前面讲的这些成果,我认为,我国刑法学出现了很大演变,概括地说,苏联刑法学对我国刑法学的影响逐渐退位,而其他国家特别是德日等国的刑法学对我国刑法学的影响日益增强。

第五个成就:相关刑法学学术机构不断成立,学术活动也逐渐系统化,并且取得很大成果。这里为大家重点介绍一个刑法学的学术机构——中国法学会刑法学研究会,当然,现在已升级为“中国刑法学研究会”。中国法学会刑法学研究会成立于1984年,是中国法学会下属的从事刑法学研究的全国性的学术团体,由中国法学会中从事刑法研究与实践的会员组成。刑法学研究会自成立始,就以开展相关学术活动和学术研究作为工作的重点。它把广大刑法学理论工作者和实践工作者团结起来,一年一度开展学术研讨,这个就是我们现在每年举行的刑法学年会。我们的年会每次都根据刑事法治建设和刑法学发展的需要,围绕刑法实施中出现的新问题,确定研讨会议题,会上学者们进行论文交流以及与参会者研讨争鸣,会后有专人负责将优秀论文集结出版,至今已出版有20余本论文集,这样就在更大范围内促进了刑法学研究。

第六个成就:一系列高质量的刑法连续出版物不断被推出。由于受课堂时间的限制,我在这里就不再向大家进行介绍了。

第七个成就:我国刑法学专门人才培养机制的日趋完善。“文化大革命”后,我国刑法学科从1978年开始恢复招收研究生。经国家批准,刑法学科从1984年起开始招收和培养博士研究生,到目前为止,全国范围内有多个刑法学专业博士学位授予点,并且有众多高校已经取得了法学一级学科博士学位授予点,其中多家高校还先后设立了刑法学博士后流动站。各大院校基本上都有刑法学硕士学位授予点。

简单地回顾中国百年刑法史之后,我们应该获得怎样的启示呢?(下讲台提问)

提问:“你认为我们应从中国百年刑法史中获得怎样的启示?”

学生1:“我认为,应该在我们刑法学界甚至法学界掀起百花齐放、百家争鸣的浪潮,只有让学术争鸣不断,才能使得我们刑法学的研究更加深入,发展更加迅速。”

学生2:“我认为,我们刑法学应有独立发展的精神,虽然说刑法与政治联系也比较紧密,但绝对不能沦为政治的附庸,历史证明当刑法学完全沦为政治附庸、沦为统治工具时,刑法学的发展就会停滞甚至倒退。”

学生3:“我认为,我们刑法不能成为‘刀把子’,而应该注入更多人性、宽和、博爱的因素,要像严厉的慈父一样。”

(回讲台)刚才那三位同学都表达了自己独立的见解和看法,都有自己的思考,这

是很难得的。下面,我讲一下我认为我们应该从中获得的启示。

首先,我们要看到,刑法学的发展与社会的发展是同步的,只有置身于现实社会,紧密结合社会实践,刑法学的研究才有价值。20世纪初的中国正是面对现实,由最初的被动、无奈被迫转而以积极、主动的心态去适应这场法学近代化运动,近现代刑法学体系才得以逐渐形成。新中国成立后,刑法学研究同样也应该立足现实,关注社会生活中的重大问题,因而所取得的成就也是有目共睹的。

其次,刑法学的发展必须处理好刑法学的科学性与政治性的关系。新中国成立初期的一段时间内中国刑法学的发展告诉我们,在中国,刑法学是一门政治色彩很浓的社会科学,它的兴衰存亡总是与法治在国家政治生活中的地位有关,由此导致刑法学者们总是过分强调刑法为政治服务,为形势服务,片面强调刑事法制的实用,轻视基础理论研究。因此,我们要反思的就是,如何在保持刑法学科学性、强调体现统治阶级意志并为政治服务的同时,避免将刑法学变成政治权威的附庸,处理好刑法学的科学性与政治性的关系。

最后,刑法理论研究的成果只有包含更多的理性思考,才具有生命力。回顾一百多年来我国的刑法学研究,应该说是硕果累累。然而值得深思的是,在这些研究成果中,为什么有的理论只是昙花一现,而有的理论则长期为我们所提及与引用?其中一个重要的原因就是该研究是否实际包含理性的思考,凡理性思考含量多并且能够把握或反映刑法内在规律的研究成果生命力就强,反之那些未经理性思考不能把握或反映刑法内在规律的研究则很快被我们遗忘。

当然,我认为,中国刑法学的研究还有很多不尽如人意而有待改进的薄弱环节,比如说我国的刑法研究方法还相对比较单一,注释方法尚占据过重的地位,基础理论研究相对薄弱,没能取得突破性的进展;经济犯罪和经济刑法的研究不够深入系统;对当代世界先进刑法的比较研究不够,还没有完全走出简单移植、生搬硬套的理论研究误区;学科之间的交叉整合几乎处于空白。我认为,中国刑法学要走出初级阶段,摆脱“幼稚法学”的讥讽,成为一门真正意义上的科学,依然任重道远,还有很多基础性的问题需要重新研究。

二、刑法学的基本内容

接下来,我们来了解一下刑法学的基本内容。

刑法学是研究刑法的一门学科,顾名思义,研究的对象是刑法。刑法学由三大块基本内容组成,分别是沿革刑法学、比较刑法学和解释刑法学。

第一,沿革刑法学是对刑法学的纵向研究,比如研究正当防卫,沿革刑法学探讨从古代各个朝代的法律一直到现行刑法都是如何规定的。

第二,比较刑法学是对刑法学进行横向研究,它把刑法本身的规定和实行的效果,放在世界各个主要国家的刑事立法中进行横向比较。同样以正当防卫为例,比较刑法学研究的是美国如何规定,俄罗斯如何规定,还有我国港澳台地区如何规定等等,把正

当防卫放到世界各个主要国家和地区的刑事法律中进行横向比较。由此可见,沿革刑法学和比较刑法学构成对刑法学纵横交错的研究。

第三,解释刑法学主要是对刑法学点和面的研究,它是对现行刑法的相关规定以及由这些规定所产生的基本制度和基本理论,进行全面阐述的一门学科。

需要特别指出的是,在组成刑法学的三个基本内容中,无论是同学们的自学还是我的讲课,始终是以解释刑法学为主,而以沿革刑法学与比较刑法学为补充。因此,你们在今后读书的过程中,就要以现行刑法的基本理论及制度作为自己学习的重点,而我在课堂中所讲的内容,也以此作为一个基本要点。

刑法学的研究对象是刑法,由此决定了刑法学的理论框架结构是以现行刑法为依据而制定的。现行刑法分成两部分,一个是总则,一个是分则,与此相对应,我们刑法学也分为两大部分,一个是总论,一个是分论(或者称之为各论)。我们所使用的这本刑法学教科书,一共分为十三论,总论部分共有三论,分论部分依照刑法分则中所规定的十大类犯罪而形成十论。

我们在了解了刑法学的知识框架结构与刑法的对应关系之后,需要清晰掌握两个问题。

第一个问题,刑法总论部分由三大论组成,分别是绪论、犯罪论和刑罚论。那么,与总论相对应的是刑法总则条文,一共有五章。绪论强调刑法学的基本概念、研究范围以及和其他学科的联系和区别,还包括刑法的基本原则、适用范围和刑法的任务等等。犯罪论是刑法总论的中心理论,包括犯罪的基本概念、犯罪构成及正当防卫、紧急避险、预备、未遂、中止等等这些理论,因为这部分理论内容十分丰富,所以,在今后的学习中,我们要花很长时间来讲犯罪论。刑罚论主要讲的是刑罚的种类、原则、基本制度。

第二个问题,刑法分论对应的是刑法分则条文。现行刑法是1997年《刑法》,在此之前是1979年《刑法》。1997年《刑法》是在对1979年《刑法》进行修订的基础上形成的,在整个修订过程中,变化最大的就是刑法分则。那么,究竟发生了什么样的变化呢?下面我为同学们详细介绍一下。

我们先来看看1979年《刑法》分则的规定,当时刑法分则有八章犯罪:第一章反革命罪,第二章危害公共安全罪,第三章破坏社会主义经济秩序罪,第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪,第五章侵犯财产罪,第六章妨害社会管理秩序罪,第七章妨害婚姻、家庭罪,第八章渎职罪。

同学们再来看一下1997年《刑法》对前面讲的八章犯罪所进行的重大修改。首先,1997年《刑法》改了两章的罪名,把第一章“反革命罪”改成“危害国家安全罪”,把第三章“破坏社会主义经济秩序罪”改成“破坏社会主义市场经济秩序罪”。其次,把原来放在“侵犯财产罪”里的“贪污罪”和放在“渎职罪”里的“贿赂罪”,分离出来之后又合并在一起,单独规定一章为“贪污贿赂罪”。最后,把以前独立成章的“妨害婚姻、家庭罪”并入到“侵犯公民人身权利和民主权利罪”里。简单总结一下,原来1979年《刑法》的八章犯罪,在我们修订的过程中,改了两章,拉出一章,并掉两章,

还是八章,在此基础上,又增加两章,分别是“军人违反职责罪”和“危害国防利益罪”,一共是十章。由此,相对应于刑法分则,刑法各论就是十论,即危害国家安全罪、危害公共安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯公民人身权利和民主权利罪、侵犯财产罪、妨害社会管理秩序罪、危害国防利益罪、贪污贿赂罪、渎职罪和军人违反职责罪。

三、学习刑法学的理论意义和实践意义

下面,我们来了解一下学习刑法学的意义,学习刑法学的意义包括理论意义和实践意义两方面。

我们说,刑法学的地位决定了刑法学的意义。有些人可以看不起刑法学方向,但无论选择什么方向来学习法学,首先必须学好刑法学。前面我们提到过,现在很多人喜欢从名称来看一个学科,我以前有一个设想,假如把“刑法学”改成“国际经济刑法学”之后,我们这个专业肯定热门得一塌糊涂,然后再加一个说明:本专业就业方向为海牙国际法院。(全场笑)当然这只是说说笑话,说到底无论刑法学的名字是什么,刑法学在整个刑法学科中的重要地位无法撼动,学好刑法学课程的重要性毋庸置疑。

(一) 学习刑法学的理论意义

我们先谈第一个方面,刑法学的理论意义。

刑法学尽管是一门应用性学科,但是它的理论还是非常丰富的,特别是应用性理论相当多。随着社会的发展会不断涌现出很多新型的犯罪,需要刑法学和其他学科之间交叉的理论才能解决,这样的理论的突出特点就是应用性比较强。比方说,目前刑法学者十分关注对金融犯罪的研究,这时就需要学者们对相关的金融知识有一定的掌握,比如研究操纵证券、期货市场罪,首先要准确把握什么是构成该罪客观方面的“操纵行为”,由此,至少还需要研究者本人掌握证券市场的一些基本概念,比如“涨停板”和“跌停板”等专业术语。由此可见,研究金融犯罪的前提是要具备有关的金融知识,这就体现了刑法学这门课在司法实践中的重要理论价值。

再比如刑法的溯及力采用从旧兼从轻理论,是指当新刑法的规定轻于旧刑法时,可以适用新刑法的规定,这是有条件的“从新”,也即法律有条件的可以溯及既往,而最早提出罪刑法定原则的派生原则是法律一概不能溯及既往。为什么我们会从一开始的“法律绝对不能溯及既往”,转变为现在的“法律可以有条件地溯及既往”呢?是什么原因导致了刑法学理论在这个问题上会发生这样的变化呢?(下讲台提问)

学生 1:“因为时代发生了变化了,社会更进步了。”

提问:“能否从罪刑法定原则本身加以思考呢?”

学生 2:“我觉得是因为以前的太绝对化了,现在的就具有灵活性,也更人性化了。”

学生 3:“我觉得‘法律可以有条件地溯及既往’更符合罪刑法定的内在精神。”

(回讲台)这位同学回答到点子上了。我认为,这个变化体现了罪刑法定原则从内容到根本精神逐步统一的过程,也集中反映了刑法学理论所具有的应用性特征。下面我就为大家分析一下这个问题。

应该看到,在当初一开始提出罪刑法定原则的时候,从这个原则推出的一个派生原则是法律不能溯及既往。所谓法律不能溯及既往,就是不能用一个以后颁布的法律对以前的行为进行评价和惩罚。这是因为,如果法律可以溯及既往的话,当事人就必须去猜测以后的法律变化,这不但对于当事人而言十分不公平,而且也不符合罪刑法定原则的要求。但是,人们在贯彻这个原则的实践过程中发现,如果绝对地履行法律不能溯及既往的原则,有时候会违背罪刑法定原则的根本精神,这个根本精神就是有利于被告。(这一点我在后面要专门讲,在这里先提一下。)于是我们对溯及力方面的制度进行了修正,修正的时候就产生了很多变化,也提出了新的理论。我们现在规定的从旧兼从轻的溯及力原则,就是从这一系列理论变化中发展出来的。所以,刑法学的理论意义十分重大。

我们有些同学会利用假期时间到司法实践部门去实习,在实习的过程中,你们应该会体会到,即使在司法实践部门里,对办案人员掌握刑法学理论的要求也相当高。我们现在的判决书通常都非常厚,这是因为,在判决书里面需要把有关刑法理论问题讲清楚,如果一个法官不具有相当深度的刑法学理论功底,他可能就不能准确地表达自己的观点,从而导致判决书也写不好。

谈到刑法学的重要理论意义,我再给大家举一个我个人体会深刻的例子。我会经常去司法实践部门举办讲座,我二十多年前去的话,下面听的人往往很反感,因为当时他们对刑法学理论价值的认识还很不到位。十多年前去的话,他们比较容易接受你讲的内容,因为他们欠缺这种知识,所以喜欢听,但是他们仍然会认为我讲的内容都是书本上的,对实践也起不到什么作用。很多人向我反映,我讲的内容虽然很精彩且很有道理,但是,实践部门却不是这么做的,理论和实践是相脱离的,这种脱离反映的可能是理论落后于实践。而现在我去开讲座,就不会再有人认为我讲的内容在实践中用不到了,因为他们已经深深感觉到了刑法学理论的重要性。很多人甚至觉得如果说理论与实践相脱离的话,完全应该是实践落后于理论,我们的理论在总体上是先进的,而我们的司法实践却是落后的。

刑法学和其他一些纯理论相比,比如法理学,两者之间可能不完全一样。这是因为,刑法学本身当然也包括一些纯理论的知识,但刑法学同时又是一门应用性理论。比如我国有一位学者,专门写过很多刑法学纯理论方面的著作,这些著作属于在刑法理念方面的研究。这位教授认为,他的许多研究和大多数人想象的并不一样。他举例子说,如果一个苹果,很多人都可以去咬,这个不稀奇,而他研究的恰恰是大家咬不到的东西。我赞赏这位教授的学问和水平,但是我的观点可能与这位教授有些不一样,我们承认,大家都咬不到的东西,确实需要有人去咬一口,但是,对于大家都可以去咬的东西,你比别人咬得好一点,那不也很好吗?所以,我认为,应用性的学科当然应该立足于应用本身,但是应用性的东西并非一定不具有理论性。

总之,我们必须要把刑法学这门课程研究好、学习好。

(二) 学习刑法学的实践意义

我们接下来谈第二个方面,刑法学的实践意义。刑法学的实践意义体现在两个方面,一方面体现在立法中,另一方面体现在司法实践领域。

首先,讲一下刑法学的实践意义在立法中的体现。

我们的立法往往都是遗憾之作,因为我们常常会在法律颁布后,发现仍然存在很多问题没有解决。我举一个在1979年《刑法》中规定的条文,来说明这种立法的遗憾。1979年《刑法》第122条规定的是制造枪支弹药罪,后来立法者感觉到,只规定制造枪支弹药还不够,于是在犯罪对象上增加了一个“爆炸物”,这就形成了“制造枪支、弹药、爆炸物罪”。后来又经过一段时间,立法者又发现犯罪对象的范围还是过窄,在“枪支、弹药、爆炸物”后面又加了“危险物质”,形成了现行刑法中的“制造枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪”。后来,又发现某地有人在制造“大炮”,而我们刑法规定的“制造枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪”,并不包括“大炮”。于是,有人提出来把大炮归类到枪支里面,但是我国军事法明确规定了多少口径为枪,多少口径为炮,显然两者是不一样的。我们绝对不能把炮看做是大枪,也不能把枪看做是小炮,枪炮理应分开。这里就涉及立法技巧的问题,当时的立法者没有考虑到有人会专门制造大炮,但是在实际中确实发生了制造大炮的情况。后面我还要专门讲,在罪刑法定原则的要求下,我们应该如何理解和认识这类情况。因此,我们说刑法学研究十分重要的一点,是如何掌握科学的立法技艺和正确理解刑法条文,这充分体现了刑法学在立法和司法层面的实践意义。

再比如,20世纪80年代的时候,社会上有淫书淫画,就是那种“黄色手抄本”,你们可能不知道,你们的父母那一代人应该知道,因为现代社会中绝对不会再有“黄色手抄本”,除非他为了练字。(全场笑)后来人们发现“黄色手抄本”越来越少,新的东西越来越多,比如黄色电影、黄色录像、黄色幻灯片、黄色照片等,当时1979年《刑法》第170条规定制作贩卖淫书淫画罪,只把淫书淫画列为该罪的犯罪对象,怎么办?一开始出现的是黄色照片,于是司法实践部门将照片认定为画,也就是把黄色照片归类到淫画里。随着科技的进步,后来又出现了黄色小电影和黄色录像,因为电影都是由一个一个的画面组成的,最高人民法院就出了一个司法解释,规定把黄色电影视为淫画。其实司法实践中的这种认定有点牵强,因为,无论如何,淫画和黄色电影的社会危害性有很大的不同。我们举个例子,淫书和黄色录像的传播面就有很大的不同,淫书一般是一个人看的,不太可能组织一个读书会,但是组织放映一场黄色录像,传播面就很广泛,其造成的危害要比一个人看淫书大很多。于是,1997年《刑法》就把制作、贩卖淫书淫画罪改成制作、贩卖淫秽物品罪,这样就把我们刚才所讲的各种情况都包含到这个罪名里了。所以,我们如何把刑法学的一些基本理论运用到立法中,这是很有讲究的,也体现了刑法学理论对于立法的实践意义。

其次,讲一下刑法学的实践意义的第二个方面,即在司法实践领域里的体现。

刑法学理论对于司法实践部门正确处理案件具有三个方面的指导意义。

第一个方面,学好刑法学基本理论,有利于司法实践部门办案人员形成正确的办案思路、准确地判断责任归属。

给大家举一个案件,这是上海首例行人因乱穿马路被检察机关以涉嫌交通肇事罪起诉的案件。

基本的案情是这样的:有五个人在没有横道线的地方一起穿马路,正好有一辆速度很快的摩托车经过,超速行驶的摩托车驾驶员就撞倒了其中的一个人,被撞倒的行人只是受了点小伤,但超速驾驶的摩托车司机被反弹出去撞在迎面开来的一辆卡车上,当场死亡。我应浦东新区法院邀请去参与这个案件的讨论,也全程旁听了这个案件的庭审过程。为被告人辩护的正好是我的学生,庭审结束后,学生让我评价一下他刚才的辩护。我说,你前面辩得可以,但是后面结论有问题,这么精彩可辩的案件被你浪费了。这是因为,他辩护最大的弊病是思路不完全一致,前面法庭辩论阶段他按无罪辩护,后面总结陈词的时候,他却要求法院能够从轻处理,对被告人适用缓刑,前后辩护的矛盾说明了他思路上存在矛盾之处。

这个案件,关键的问题是对于刑事责任的认定,即到底是行人还是摩托车驾驶员承担刑事责任。

我们首先看一下交警对这起交通事故责任是如何认定的。交警认为行人负主要责任,摩托车司机负次要责任。交警从对路权的占有角度来判断责任大小:如果乱穿马路的地点与最近的横道线距离在200米以内,那么,乱穿马路的人负主要责任;如果乱穿马路的地点与最近的横道线的距离在200米以外,其他人有超速等责任的,其他人负主要责任。结合该案的现场勘查情况看,交警认为,因为行人乱穿马路的地方和离他最近的人行横道没有超过200米,又因为行人乱穿马路的行为导致了摩托车驾驶员的死亡,因此行人应该负主要责任。

针对交警的这个观点,庭审完,我发表了自己的以下几点看法。

首先,交警认定肇事责任和刑法对刑事责任追究的角度并不完全一样。交警判断的这种交通事故的主要责任和次要责任主要是根据行人对马路的占有权利进行比较的。而从刑法角度来讲,我们判断主要责任和次要责任很重要的一点就是从注意义务考虑的。因此,我提出了一个刑法角度的注意义务,也就是说,行人和驾驶员在马路上的注意义务是不一样的。很显然,在机动车的驾驶员和行人都具有过错的情况下,机动车的驾驶员应该负主要责任,因为他的注意义务要大于行人的注意义务。举一个最简单却很有说服力的例子,机动车驾驶员必须经过培训才能取得驾驶执照,但是行人走路是不要执照的,行人只要能走就能作为行人。这说明法律对机动车驾驶员的要求要比对行人的要求高很多。正是因为对驾驶员要求更高,所以,在马路上驾驶员的注意义务要远远大于行人的注意义务。而就这一点本身来讲,我们就不能认同交警简单地占有马路的权利来判断责任主次或大小。其实,后来又经过调查,我们还发现行人乱穿马路的地方和离他最近的人行横道实际上已经超过了200米,这就说明交警原来的认定本身就存在问题。由于我认为驾驶员在马路上负有

更高的注意义务,因此,在这个案件中,既有行人乱穿马路,又有摩托车驾驶员超速行驶,比较这两个因素,本案的驾驶员应该负主要责任。这是我的一个观点,当然,最后法院也采用了我的观点。

其次,假设交警的观点成立,我们从刑法的角度来审视这个观点,也会发现存在明显的公正。本案中有五个人一起乱穿马路,而其中驾驶员最后撞倒的仅仅是五个人中的一个。那么按照交警的观点,被撞倒的行人要负责任的话,说明他乱穿马路的行为导致了这个结果。事实上,乱穿马路不是他一个人的行为,而是五个人同时乱穿马路,摩托车驾驶员实际上是为了避免把五个人撞倒,而采取了撞倒其中一个人的方法。所以,如果说摩托车驾驶员规避的话,是规避五个人,那么违规、违章也是五个人共同的违规、违章,但是最后被撞倒的其中一个行人反而要负刑事责任,没受伤的其他四个行人却一点责任都没有,如果从实际刑事责任追究角度来讲,就是明显的不公平。从另一个角度来看,这个驾驶员是为了躲避这五个人而撞倒一个人,这个行人其实是个受害者。现在受害者反而要负刑事责任,而其他没有被撞倒的乱穿马路的行人反倒一点责任都不用负,这个也是不公平的。交警也觉得我的观点有道理,他们之后又去找了其他四个行人,有些人已经找不到了。当然,最后检察机关对这个案件作出了撤诉处理,撤诉之后,这就是一个无罪案件。

通过这个案件,我们可以看到,在追究刑事责任的时候,刑法学的基本理论对于指导司法实践部门形成正确的办案思路,确实起着重大的作用。

第二个方面,如果把刑法学的基本理论学好,有利于我们在实践中准确审理刑民交叉类的案件。

我们现在很多案件都具有刑民交叉的性质,给大家举一个曾经发生在静安区的典型案件。这个案件的被告人是国家工作人员,他挪用了本单位的40万元去买福利彩票。当时他想通过买福利彩票中个大奖之后,再把这40万元还回单位。但事与愿违,当他用40万元购买彩票之后,实际上只是中了9万元的小奖,也即实际亏了31万元无法返还。此时,他的挪用行为被单位里的人发现并且向检察机关举报,检察机关随即对他进行了控制。他的家属因此十分着急,在外面凑了31万元,加上中奖的9万元,将这40万元归还到单位。从他最初挪用40万元到家属帮助他归还40万元,期间只有两个多星期。

这个案件,从侦查、审查到起诉都没有遇到问题,最后到法院审判阶段产生了问题。法官在审理案件的时候,经过讨论之后,觉得应该明确福利彩票的定义。因为在挪用公款罪中,国家工作人员利用职务上的便利,挪用公款归个人使用,一共包括三种活动,分别是非法活动、营利活动和一般活动。这三种活动在挪用公款罪的构成要件上要求是不一样的。首先,对于挪用公款归个人使用,进行非法活动的情形,刑法条文并没有对数额和时间有任何要求。其次,挪用公款进行个人营利活动的情形,刑法条文要求数额较大,对时间则没有要求。最后,对于挪用公款进行一般活动的情形,刑法条文不但要求数额较大,而且在时间上要求“超过三个月未还”。正是因为刑法对前面讲的三种情况在挪用公款罪的构成要件的要求上有区别,所以只有首先正确认定购买

福利彩票行为的性质,判断出该行为属于三种情况的哪一种,才能进一步定罪量刑。结合该案案情,如果将被告人购买福利彩票的行为认定为是营利活动,那么他挪用公款40万元完全符合数额要求,且该类行为在挪用时间长短上没有要求,因此,被告人构成挪用公款罪。如果将被告人购买福利彩票的行为认定为是一般活动,对于挪用数额和挪用的时间上都有一定要求。本案被告人从挪用40万元到家属归还40万元,不过才两个星期多点,显然不符合“一般活动”所要求的“超过三个月未还”。因此,我们可以看出对购买福利彩票行为的定性对于判断行为人的罪与非罪,似乎起着至关重要的作用。

审理该案的法官首先请教我们学校的民法老师。民法老师认为购买福利彩票行为实际上具有捐赠性质,是对社会福利事业的一种贡献,它本身并不是一种经营和营利活动。听取了该老师的意见之后,这位法官马上意识到,被告人的挪用行为可能属于“一般活动”,因为其挪用时间没有超过3个月,所以不构成犯罪。而被告人已经被刑事拘留并且被检察机关提起了公诉,接下来应该怎么处理呢?此时问题就变得十分麻烦,于是,这位法官又请教了我,我对购买福利彩票行为性质的认定与民法老师的观点不尽相同。应该说,我对民法专家有关购买福利彩票的定义不存异议,因为民法老师专门研究这个问题,他们对于这种问题的理解肯定是正确的。但我认为,刑法看问题跟民法看问题角度不一样,最关键的区别就是“刑法看行为,民法看关系”。刑法注重的是人的主观意识支配之下的行为,而民法则注重因行为而产生的法律关系。

下面我为大家具体解释一下这句话的含义。

其一,“刑法看行为”中的“行为”指的是人的主观意志支配下的行为。

具体来说,就是刑法在判断一个人的行为时,实际上是按照他的主观认识来判断的。具体到本案,尽管购买福利彩票是一种带有捐赠性质的行为,客观上是对社会福利的一种贡献。但是,行为人在挪用公款40万元购买福利彩票的时候,主观上绝对不具有捐赠的意图。我认为,如果当时他具有捐赠意图的话,那么他的行为就不是挪用而应该是贪污了,因为他把国家的钱款作为自己的财产进行了捐赠的处理,根本不会具有归还的意图,反而可证明其具有“非法占有”的目的。因此从本案行为人意图利用公款40万元中大奖,再归还公款的实际情况分析,显然其主观上是把购买福利彩票的行为视为营利活动的。根据我的观点,刑法注重的是人的主观意识支配之下的行为,我认为被告人的行为符合挪用公款罪中“营利活动”的相关要件。最后法院审理认为,本案中被告人挪用公款购买社会福利彩票的行为属于营利活动,其行为构成挪用公款罪。这个案件就是一个典型的刑民交叉的案件,交叉之处在于对购买福利彩票的行为性质的认定,刑法和民法存在很大区别。

其二,“民法看关系”该怎么理解呢?给大家再举一个案例,通过这个案例,有助于你们更好地理解“民法看关系”及其与“刑法看行为”之间的本质区别。

这是一个在上海发生的案件。甲某到仓库里偷东西,正要离开的时候,他发现值班室的门虚掩着,门上挂着一件花衬衫。他由此推断,值班室里应该是女值班员,于是

偷偷朝门里看去,发现值班室的床上睡着一个“长发女郎”,这就更加肯定了他的想法。甲某随即产生强奸的意图,他悄悄溜进屋里之后,对准他认为是女性的值班员掐脖子和撕衣服,进而准备实施强奸。其实,睡在床上的是个留着长发的男性值班员,甲某发现值班员原来是个男人的时候,还没来得及逃跑,就被惊醒的值班员抓住。从我们刑法角度来讲,甲某主观上对于值班员的性别产生了认识错误,但是根据“刑法看行为”,就是从甲某的主观想法来认定其行为的性质,甲某主观上具有明显的强奸故意,客观上又实施了强奸的行为,只是由于对象实际上的不能犯而导致其行为未遂。据此,我们认定甲某构成强奸罪不会有任何问题,只是在犯罪形态上应以未遂论处而已。

“民法看关系”是指民法主要依据对民事关系造成侵害的客观实际,来判断行为的性质。我们学校的一位民法老师就从这个角度出发,和我讨论了这个案件。按照他的观点,这个案件中连妇女都没有,何谈造成妇女性权利的侵害,所以,本案无法得出甲某行为构成强奸罪的结论。同时,这位老师也不同意只有民法才看关系,他认为刑法也看关系,这个关系就是犯罪构成四个要件中的犯罪客体,因为犯罪客体的定义恰恰就是刑法所保护的被侵害的社会关系。

那么,为什么刑法注重行为而民法注重关系呢?(下讲台提问)

学生 1:“我觉得这与它们所分别调整的内容有关吧。”

提问:“能稍微具体点吗?”

学生 1:“刑法调整的是具有一定社会危害性的行为,而民法只是调整平等主体之间的法律关系。”

学生 2:“我也觉得这与刑法和民法所分别调整的内容有关。”

(回讲台)这两位同学的回答是正确的。这其实是一个很复杂的问题,但是,我们简单地看,可能主要是受刑法与民法所调整社会关系性质以及调整力度不同的影响。

首先,我们来看刑法。相对民法而言,刑法所调整的行为一般均具有严重的社会危害性。为此,刑法对社会关系的保护力度较强,其调整关系的“触角”往往会前伸,也即刑法强调某种行为只要对社会关系造成“可能”的损害,就要将其作为犯罪并纳入惩处的范围。刑法中规定预备、未遂、中止等故意犯罪的停止形态,实际上都是对刑法所保护的社会关系造成“可能的侵害”的情形,这些均在刑法惩治的范围之中。结合该案案情,甲某主观上把值班员作为妇女来看待,同时又实施了具体的暴力行为,因此,他主观上有强奸的故意,客观上又有暴力的行为。我认为,甲的行为完全符合强奸罪的构成要件,可以构成强奸罪。只不过由于值班员实际上是男性,甲最终不可能强奸得逞,所以我们按照强奸罪的未遂来认定。

其次,我们再来看民法。应该看到,在民事侵权行为的认定中,是不存在预备、未遂、中止等停止形态的,也即民事的侵权行为必须要有“实害”,如果没有实际的危害出现,民事赔偿是不可能发生的。正是因为如此,所以民法注重的是其所保护的法律关系实际受侵害的程度,并重点关注如何恢复或补偿这种受侵害的法律关系。可见,“民法注重关系”是完全可以理解的。

综上,我认为,由于刑法强调的是行为对社会关系的“可能害”,因此其着重看行

为；而民法中的侵权强调的是行为对社会关系的“实际害”，因此其着重看关系。今后我们处理刑民交叉的案件时，一定要注意分清刑法和民法在判断角度和标准上的界限，也就是我一再强调的“刑法看行为，民法看关系”。

第三个方面，如果把刑法学的基本理论学好，有利于区别罪与非罪、此罪与彼罪。

我要侧重讲的是刑法学理论对于区分此罪与彼罪的指导意义。此罪与彼罪的区分主要对于量刑有着直接影响。

有人认为，看看刑法条文规定就可以很容易地区分此罪与彼罪，比如说杀人、放火等传统犯罪，其实已经不需要太多的刑法学理论作为支撑了。但是，我并不这样看。我认为，随着社会的不断发展，即使传统犯罪也会以很多新的形式表现出来，尽管刑法学理论对传统犯罪的研究已经十分透彻，但仍然需要对有些新的形式进行专门研究，以便司法实践部门更好地解决案件。由此，刑法学理论在认定此罪与彼罪问题上，具有不可或缺的价值。

以盗窃罪和诈骗罪为例，这两个罪名都属于传统犯罪，但是现实生活中则可能以多种形式表现出来。也即仅以盗窃罪和诈骗罪为例，我们就有很多新的问题需要研究。如果我们不具有深厚的刑法理论功底，对某些行为很难判断究竟是构成盗窃罪还是诈骗罪。

大家来看这两个案例。随着市场经济的发展，商店经营模式发生很大变化，以前我们一般都采用柜台式营业的模式，但是现在柜台式营业实际上已经很少见，市场上基本上采用超市或大卖场等经营模式。在这个变化中，传统型诈骗罪出现了新的诈骗方式，这就需要用正确的刑法学理论来解说。比如说，在超市里，行为人把原来放在箱子里面的商品全部换成其他的商品结账，通常是以“贵”换“贱”，例如，行为人把箱子里的方便面全倒掉，然后在方便面箱子里装满VCD光盘，把封条重新封好，然后拿着这个装满VCD光盘的方便面箱子到收银台结账，收银员误认为是一箱方便面而只收其很少的钱就予以放行，并欢迎行为人下次再来。（全场笑）那么对这种案件中行为人的行为应如何定性？应该定盗窃罪还是定诈骗罪？

再比如，某甲对卖香烟的营业员乙说：“你给我拿10条中华牌香烟。”乙拿来10条之后，他说：“你再去拿5条。”乙认为买15条中华牌香烟绝对是一笔大生意，就很开心地又去拿了5条。就在乙去拿这5条香烟的时候，甲用事先准备的10条假烟与放在柜台上的10条真烟调包。乙回来以后，见柜台上放着10条香烟，误认为这仍然是自己店里的烟，而并没有发觉香烟已被调包。此时，甲一边让乙把15条烟包装起来，一边对乙说自己要去外边开张支票来付款。乙认为烟还在自己手中，所以就放心地让甲去开支票，甲趁机逃走。后来，隔了很长时间，乙才发现放在自己店里的实际上是被调包的假烟。

对于这两个案例中行为人的行为，我要问的是，应该以什么罪名定性呢？（下讲台提问）

学生1：“好像都应该以盗窃罪定性吧。”

学生2：“我讲不清楚。”

(回讲台)对这类案件中行为人行为的定性,涉及盗窃罪和诈骗罪的区分问题。

由于课堂时间有限,有关这两个案件的认定问题,我们在讲授刑法分论的时候会具体讲。在这里,我要强调的是,面对这样比较复杂的案例,如果没有刑法理论和刑法知识,就无法具体地从这种案件中看到其中比较深刻的法理问题。因此,我们要重视对刑法学理论知识的学习,这样才能正确分析许多复杂的案件。这就是我所要强调的,刑法学的实践意义,我们绝对不应低估。

第一讲的内容我就介绍到这里,谢谢大家!

第二讲

刑法概述

下面,我们开始第二讲刑法概述的学习。

一、刑法的概念、性质和任务

(一) 刑法的概念

我们首先来了解一下刑法的概念。传统刑法理论认为,刑法是统治阶级为了维护其阶级利益与统治秩序,根据自己的意志,以国家名义颁布并以国家强制力保证其实施的,规定犯罪、刑事责任以及刑罚的法律规范的总和。这个定义揭示了刑法的阶级本质与法律性质,表明了刑法的内容与范围。在这个定义中,突出体现了刑法的阶级性。我们知道,法律具有阶级性,法律是阶级意志的一种体现。而刑法作为我国法律中的一个部门法,它与其他法律一样,都体现了阶级性。从某种意义上讲,由于刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律,因此,刑法与其他法律相比,其阶级性的体现更为直接和鲜明。由于近年来人们对于法律具有阶级性早已有所定论,也正是因为阶级性已经体现在我国法律中,对于刑法的定义就没有必要再特别强调阶级性的体现。据此,我认为,所谓刑法,是指规定犯罪、刑罚与刑事责任的法律规范的总和。

下面我再为大家具体分析一下刑法的概念。

首先,刑法所规定的内容是“犯罪、刑事责任和刑罚”。这是刑法不同于其他部门法的最本质的特征。我们在刑法中明确用条文规定了什么行为是犯罪,什么行为不是犯罪,构成犯罪应具备何种要件,刑事责任的基础是什么,刑事责任的依据是什么,刑事责任的形式是什么,对于犯罪应该如何适用刑罚,在适用刑罚过程中如何正确地量刑,对各种犯罪应适用何种刑罚,对各种犯罪应如何追究刑事责任等等。

其次,刑法是关于犯罪与刑事责任的法律规范的总和。从其形式上看,刑法的渊源有三种。第一,系统的刑事法律,也就是刑法典。刑法典是国家以刑法名称颁布的,系统规定犯罪、刑罚以及刑事责任的法律。我们的1979年《刑法》和1997年《刑法》,都属于刑法典。第二,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刑事责任或者刑法的某一事项的法律。大家比较熟悉的有《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》、《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》等等。单行刑法的产生,主要是针对刑法中本身规定的不足而适时作出的修改和补充规定。随着新刑法的颁布施行,以及有关单行刑法被纳入刑法条文中,这些单行刑法,有的被刑法所废止,有的则失去效力,只是有关行政处罚与行政措施的规定继续有效。需要指出的是,在1997年《刑法》生效后,全国人大常委会颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》是我国目前唯一有效的单行刑法。由于对刑法条文的修改和补充工作现在已经确定用修正案的方式进行,因而,可以预计今后我国的单行刑法将会很少甚至不会再出现。第三,非刑事法律中的罪刑规范,也就是附属刑法。附属刑法是指附带规定于民法、经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范。由于我国强调刑法典是规定犯罪、刑事责任和刑罚的统一规范,因此,我国的附属刑法规范中一般都没有规定具体的构成要件与法定刑。1979年《刑法》公布后,出现了130多个附属刑法条文,对完善刑法起到了较大的作用。

下面,我介绍一下在刑法学理论上对于刑法的形式分类。依据不同的标准,可以有不同的分类,我主要为大家介绍几种比较重要的分类。

第一种,从形式上看,我们可以将刑法分为广义的刑法和狭义的刑法。广义的刑法是指一切有关犯罪、刑事责任和刑罚的法律规范的总和,也就是包括刑法典、单行刑法与附属刑法。狭义的刑法仅指刑法典。理论上通常把狭义的刑法叫做普通刑法,而把单行刑法与附属刑法叫做特别刑法。

第二种,依照法律成立的来源分析,我们可以将国家的法律分为固有法与继受法。刑法属于固有法,即我国刑法是根据我国的政治、经济、文化、治安等实际情况制定的,比较适合我们的国情。

第三种,依照法律规制的对象及法律后果的不同分析,我们可以将国家的法律分为刑事法与民事法(广义的)。而刑法属于刑事法,即刑事法是关于犯罪的侦查、追诉、认定、刑事责任以及刑罚的适用与执行的法律。刑法规制犯罪,其法律后果主要是刑罚,所以刑法属于刑事法。

第四种,依照法律规定的内容分析,我们可以将国家的法律分为实体法与程序法。刑法是实体法,即我国刑法仅指有关什么是犯罪、对犯罪追究何种刑事责任的实体规范,而不包括认定犯罪与追究刑事责任的程序规范。

第五种,依照法律效力的强弱分析,我们可以将国家的法律分为强行法与任意法。刑法是强行法,即我国刑法是关系国家、社会安宁的重要法律,它不管个人的情愿与否而一律适用。

第六种,依照指导原理的不同分析,我们还可以将国家的法律分为司法法与行政法。刑法是司法法,即理论上一般认为,行政法的指导原理是法的目的性,司法法的指导原理是法的安定性,刑法是以后者为指导的,基本上属于司法法。

通过前面对刑法概念的分析,我认为,刑法是国家法律体系中的一个重要组成部分,是国家的基本法律之一。它既区别于其他的法律,有自己调整的特定的社会关系