

主 编·陈兴良  
副主编·周光权 车 浩

# 刑法总论精释

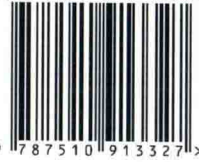
① 上

General Interpretation of Criminal Law

〔第三版〕

期

ISBN 978-7-5109-1332-7



9 787510 913327 >

定价：158.00 元 (上、下册)

责任编辑：赵作棟 封面设计：丁 鼎

〔第三版〕

# 刑法总论精释

General Interpretation of Criminal Law

主 编 陈兴良

副主编 周光权 车 浩

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

周光权 劳东燕 王政勋

陈兴良 付立庆 林 维

方 鹏 车 浩 柏浪涛

上

人民法院出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总论精释/陈兴良主编. —3 版. —北京:人民法院出版社,2016. 1  
ISBN 978 - 7 - 5109 - 1332 - 7

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—总则—法律解释—中国  
IV. ①D924. 105

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 217016 号

## 刑法总论精释(第三版)

陈兴良 主编

---

责任编辑 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)67550565(责任编辑) 67550558(发行部查询)  
65223677(读者服务部)

客服 QQ 2092078039

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)

印 刷 保定彩虹印刷有限公司

经 销 新华书店

---

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 1123 千字

印 张 60.75

版 次 2016 年 1 月第 3 版 2017 年 11 月第 5 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 1332 - 7

定 价 158.00 元(上、下册)

---

版权所有 侵权必究



## 第一版

# 序

近年来，随着我国刑事立法与刑事司法的发展，我国刑法理论也有了长足的进步，尤其是随着德、日刑法学知识的传入，我国面临着一个刑法知识的转型问题。在这种情况下，我们共同编写了《刑法总论精释》一书呈现给读者，意在提供一种别有新意的刑法总论的知识框架。本书具有以下三个特点：

第一，三阶层犯罪论体系的引入。犯罪论体系，也就是我们通常所说的犯罪构成体系，是关于犯罪成立条件的体系化知识的总和。在司法实践中，定罪根据是刑法及司法解释的规定，这是没有疑问的。但犯罪论体系为定罪活动提供某种理论指导，从而保证了定罪结果的正确性。由此可见，犯罪论体系对于定罪具有不可低估的作用。我认为，犯罪论体系对于定罪的作用主要体现在方法论意义上，即犯罪论体系是定罪思维方法的一种导引。犯罪论体系具有教义学思考、体系性思考与类型性思考的方法论特征。其中教义学的思考为定罪提供了教义规则，成为法律规定的重要补充，从而满足定罪活动对于规则的需求。而体系性思考节省法官对于案件的审查时间，可以在犯罪论体系中找到问题的解决方案，从而满足定罪活动对于理论的需求。类型性思考则引入类型学方法，将构成要件作为一种违法行为类型，在类型性的框架中根据犯罪的特征，通过涵摄使一定的案件事实归属于某一法律规定的定罪类型，从而满足定罪活动对于逻辑的需求。正因为犯罪论体系具有重大的方法论意义，其在刑法理论中的体系性地位才得以凸显。

我国目前通行的四要件的犯罪构成理论体系，是从苏俄引入的。它在过去30年的法治建设中发生过重大作用。但随着我国刑事法治的发展，向刑法理论提出了更加精密、更加精细、更加精致的要求，而四要件的犯罪构成体系基于其本身的缺陷，显然不能满足这一需求。在这种情况下，三阶层的犯

罪论体系取而代之正是势所必然。四要件的犯罪构成体系将正当化事由排斥在体系以外，存在结构性缺陷；四要件的犯罪构成体系以社会危害性为中心，使实质判断凌驾于形式判断之上，存在价值性缺陷；四要件的犯罪构成体系在客观要件与主观要件之间没有建立起位阶关系，使客观要件的故意规制机能荡然无存，存在逻辑性缺陷。而三阶层的犯罪论体系则将入罪要件与出罪事由融为一体、实质判断与形式判断妥当安排，客观要件与主观要件合理架构，为定罪活动提供了方法论指导，因而更为可取。

当然，从四要件的犯罪构成体系到三阶层的犯罪论体系，存在一个知识转型，也是知识更新的过程。三阶层的犯罪论体系对于某些司法人员来说，也许是较为陌生的，但是接触以后，还是十分容易掌握的，将其适用于定罪活动也是十分顺当的。因此，我们不应低估司法人员对于三阶层的犯罪体系的接受能力。

在我主编的《刑法学》（复旦大学出版社 2003 年第 1 版、2009 年第 2 版）一书中，就在我国刑法教科书中首次采用了三阶层的犯罪论体系。当然，《刑法学》一书包含了刑法总论与刑法各论，由于篇幅所限，对于三阶层犯罪论体系没有予以展开。本书是以刑法总论为主体的，篇幅较大，可以在相当的深度与广度上对三阶层的犯罪论体系展开叙述，因而也是将三阶层的犯罪论体系向司法实践推广的一种有益尝试。毛泽东同志有一句名言：“要知道梨子的滋味，就要亲口尝一尝。”对于四要件的犯罪构成体系与三阶层的犯罪论体系的理论争鸣当然不能说没有意义，但将两种体系在定罪活动中的功效进行比较，我认为是最为可取的，它可以减少无谓的争议。

第二，判例刑法学方法的采用。相对于刑法各论对具体罪名的阐述，刑法总论对犯罪与刑罚的一般原理的阐述更为抽象，也是更难掌握的。本书的定位是面向司法实践，因而不能过于晦涩。在这种情况下，本书在理论叙述的过程中，穿插了大量的判例，使理论见之于判例，理论与判例各显其彰。我在这里所讲的判例，也就是最高人民法院所公布的指导性案例，这些案例本身对于司法活动具有指导功能，实际上具有准判例的性质。这些判例主要来自于《最高人民法院公报》《刑事审判参考》《中国审判案例要览》等权威性刊物，并经适当剪裁，对于说明、论证某些理论命题具有不可替代的作用。我国是一个成文法国家，还没有建立判例制度，主要通过司法解释对司法活动进行指导。司法解释相对于法律规定而言，是更为具体的，具有细则性特征。但相对于个案仍然是抽象的规则。而判例则以其个别性、可比照性，显示出法律和司法解释所不具有的对个案处理的参照价值。近年来，我一直致力于判例刑法学的研究，《判例刑法学》（上下卷，中国人民大学出版社 2009 年版）就是这一研究的最新成果。相对于理论刑法学所具有的文本刑法学性

质，判例刑法学是司法刑法学，也是实践刑法学。在本书的编写过程中，我们采用了判例刑法学的研究方法，使本书内容更加贴近司法实践，也更具有可读性，对于传播有关指导性案例也是一种有效的途径。

第三，司法刑法学视角的贯彻。本书写作的目的是为司法人员提供合适的刑法总论读本。因而，我们确立了司法刑法学的理论视角，并将其贯彻全书始终。从刑法学方法论来说，存在立法论思考与司法论思考的区分。立法论是关于法的思考（think about law），而司法论是根据法的思考（think of law）。在立法论中，法是思考的客体，因而对法的反思与批判是应有之义。在这个意义上的刑法学，是立法刑法学。在司法论中，法是思考的依据，因而只能以法律规则作为根据进行逻辑推理，而不能随意地批评法律、指责法律。这个意义上的刑法学，是司法刑法学。司法刑法学的视角，就是法官的视角。法官的职能是将法律适用于个案，因而法律不是被嘲笑与指责的对象，法律是裁判的规则。基于这一司法刑法学的视角，在本书中我们以刑法规定与司法解释为依归，对刑法总论原理进行法理阐述。因此，刑法规定与司法解释就成为我们对理论观点取舍的一个重要标准，也是本书解释的对象。在这个意义上说，本书以实用性作为写作的价值取向，尽量地使本书的内容与相关的法律规定能够有机地结合起来。因此，本书虽然采用的是三阶层的犯罪论体系，但将这一理论用于解释我国的法律规定，这实际上是为我所用，也是使这些来自德、日的刑法知识本土化的一种学术努力。

本书是人民法院出版社的约稿，经历了一个较长的写作过程。在写作当中，由我和周光权教授共同确定章节和思路，由来自北京大学法学院、清华大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学刑事司法学院、中国青年政治学院和西北政法大学刑事法学院的作者共同组成一个写作团队执笔完成，最后由我和周光权教授统改定稿，终于完成了这一合作作品。应当指出，各个章节尽量尊重执笔者的观点，能不改动的尽量不改动。因此，某些观点并不必然代表主编的立场，特此说明。在写作过程中，车浩博士为我的主编工作提供了协助，对此深表谢意。

本书的写作分工如下（以撰写章节的先后为序）：

周光权（清华大学法学院教授、法学博士） 第一章、第九章

劳东燕（清华大学法学院副教授、法学博士） 第二章、第十章

王政勋（西北政法大学刑事法学院教授、法学博士） 第三章、第六章

陈兴良（北京大学法学院教授、法学博士） 第四章、第五章

付立庆（中国人民大学法学院讲师、法学博士） 第七章

林 维（中国青年政治学院法律系教授、法学博士） 第八章

方 鹏（中国政法大学刑事司法学院讲师、法学博士） 第十一章、第

十五章

车 浩（清华大学法学院博士后研究人员、法学博士） 第十二章、第十四章

柏浪涛〔中国地质大学（北京）人文经管学院讲师、清华大学法学院博士研究生〕 第十三章

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2010年2月1日

## 第二版

# 序

《刑法总论精释》在2010年出版以后，因本书采取了三阶层的犯罪论叙述方式，无论在形式上还是内容上均有所创新，因而受到读者的好评。及至2011年2月25日全国人大常委会通过刑法修正案（八），对刑法作了局部修改。不同于以往的七次刑法修订，刑法修正案（八）涉及对刑法总则的重要改动，因而本书的随之修订势在必行。

刑法修正案（八）对刑法总则的修订，我以为总体上体现了宽严相济的刑事政策。自2005年提出宽严相济的刑事政策以后，首先是作为一项刑事司法政策，在司法活动中予以贯彻。但宽严相济刑事政策不仅是一项刑事司法政策，同时也应当是一项刑事立法政策。如果宽严相济刑事政策在刑事立法中得不到充分的体现，就不能为刑事司法中贯彻宽严相济刑事政策提供法律依据。刑法修正案（八）可以说是第一次在刑事立法中全面落实宽严相济刑事政策，因而是宽严相济刑事政策立法化的体现。以下，我想从宽和严这两个方面，阐述刑法修正案（八）对刑法总则的修订。

### 一、从宽的修订

在刑法修正案（八）当中，某些修订体现了宽缓的刑事政策精神。从宽的修订主要体现在以下四个方面：

#### （一）对老年人的宽大处理

刑法修正案（八）对已满75周岁的老年人作出了宽大处理的规定，这对我国刑法是一个重要补充。应该说，我国古代刑法历来就有矜老恤幼的传统。在我国刑法中，恤幼精神体现得较为明显。例如，对未成年人犯罪从轻量刑、不适用死刑等。但矜老精神则没有得到应有的体现，当然这与老年人犯罪整体较少，尚未成为一个突出的社会问题是有关联的。刑法修正案（八）首次

在刑法中体现了矜老的立法精神。

### 1. 老年人犯罪的从宽处罚

刑法修正案（八）第一条增设了老年人犯罪从宽处罚的条款：“已满七十五周岁的人故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚；过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。”这一规定，为已满75周岁的老年人犯罪的从宽处罚提供了明确的法律根据。

### 2. 老年人犯罪不适用死刑

刑法修正案（八）第三条还增设了老年人犯罪免死的条款：“审判的时候已满七十五周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外。”在减少死刑适用的背景下，我国刑法对已满75周岁的老年人免除死刑适用，虽有例外性的但书规定，仍具有重要意义。

### 3. 老年人符合条件应当适用缓刑

缓刑是我国刑法规定的一项从宽处罚的刑罚制度，但我国刑法对缓刑适用条件设置较为粗疏，仅规定“根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑不致再危害社会的，可以宣告缓刑。”并且，这一规定也未对不同主体予以区别对待。刑法修正案（八）第十一条将缓刑条件修改为：（1）犯罪情节较轻；（2）有悔罪表现；（3）没有再犯罪的危险；（4）宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。这种列举性规定，使缓刑条件较为明确，并且易于把握。同时，刑法修正案（八）还规定，已满75周岁的人符合缓刑条件的，应当适用缓刑。这一规定，对于扩大对老年人适用缓刑具有重要意义。

当然，我国规定的老年人年龄偏大，符合这个年龄的老年人犯罪，尤其是犯有死罪的案件极为个别，因而上述规定的宣示意义恐怕大于其实际意义。我认为，在将来条件具备时，对老年人的年龄可放宽到65周岁或者70周岁，以使更多老年人受惠于上述矜老的立法规定。

## （二）对未成年的宽大处理

如前所述，我国刑法对未成年人犯罪已经体现了宽大的立法精神。刑法修正案（八）对此又作了补充规定，使我国刑法对未成年人犯罪的宽大政策体现得更为彻底。

### 1. 未成年人不构成累犯

累犯是我国刑法规定的一种从严处罚的刑罚制度。我国原刑法规定过失犯不构成累犯，而将累犯限于故意犯罪。这就从罪责形式上对累犯作出了某种限制，因为过失犯罪与故意犯罪相比较，行为人的危险性较小。未成年人与成年人相比，由于未成年人身心发育尚未成熟，社会经验不足，其人身危险性也同样小于成年人犯罪。但在累犯的构成上，我国原刑法未作区别对待，这是存在缺憾的。刑法修正案（八）第六条关于累犯规定的但书中，



明确规定“不满十八周岁的人犯罪的除外”，这就确立了未成年人犯罪不构成累犯的法律原则，对于我国累犯制度的完善具有重要意义。

## 2. 未成年人符合条件应当适用缓刑

刑法修正案（八）在对缓刑适用条件作了较为细化规定的同时，明确规定对符合缓刑条件的未成年人应当适用缓刑。这一规定有助于对未成年人犯罪扩大适用缓刑，从而体现对未成年人教育、感化、挽救的政策精神。

## 3. 未成年人前科报告义务的免除

我国刑法第一百条规定了前科报告制度：“依法受过刑事处罚的人，在入伍、就业的时候，应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚，不得隐瞒。”这一规定的立法精神是加强对依法受过刑事处罚的人的有效管理，这对于预防犯罪具有重要意义。但这项义务的设定，对于未成年人来说，会给他们求学、就业及生活带来一定的困扰。为此，刑法修正案（八）作出了对未成年人的例外规定：“犯罪的时候不满十八周岁被判处五年有期徒刑以下刑罚的人，免除前款规定的报告义务。”这一规定对犯罪较轻的未成年人免除其前科报告义务，减少犯罪对其社会生活带来的负面影响，从而有利于他们悔过自新，重新做人。

### （三）坦白从宽政策的立法化

抗拒从严、坦白从宽是我国一项重要的刑事政策。但坦白从宽政策在我国司法活动中并没有得到有效的贯彻，这主要与坦白从宽在我国刑法中没有明文规定有关。我国刑法对自首和立功都作了规定，从而为其从宽处罚提供了法律根据。但自首和立功以外的坦白，则在刑法中未作规定。刑法修正案（八）第八条对此作了规定：“犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。”根据这一规定，我国刑法中的坦白是指犯罪嫌疑人在侦查阶段如实供述自己罪行的行为。坦白可以获得法律上的从宽处罚，这种从宽处罚分为两种情形：（1）对于一般坦白的，可以从轻处罚；（2）对于坦白而避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。我认为，坦白从宽政策的立法化，对于鼓励犯罪嫌疑人坦白自己罪行具有重要意义，也是我国刑法从宽制度完善的重要标志。

### （四）死刑罪名的减少

死刑制度是我国一项重要的刑罚制度，减少死刑是宽严相济刑事政策的重要体现。减少死刑，也就是死刑的限制可以分为两个方面：一是司法上的限制；二是立法上的限制。对死刑的司法上的限制于立法限制可以说是同样重要。前几年我国通过最高人民法院收回死刑复核权，严格掌握死刑适用标准，在死刑的司法限制方面取得了重大成效。但仅有死刑的司法限制是不够

的，死刑的立法限制具有其独特作用，它表明国家在死刑问题上的严正立场。刑法修正案（八）取消了13个经济性非暴力犯罪的死刑，具体包括：走私文物罪，走私贵重金属罪，走私珍贵动物、珍贵动物制品罪，走私普通货物、物品罪，票据诈骗罪，金融凭证诈骗罪，信用证诈骗罪，虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，伪造、出售伪造的增值税专用发票罪，盗窃罪，传授犯罪方法罪，盗掘古文化遗址、古墓葬罪，盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪。这些罪名死刑的取消，虽然是对刑法分则的修订，但其意义却并不局限于分则，而可以说是我国死刑立法改革所取得的实质性进展。当然，这次取消死刑的13个罪名，其死刑基本不用或者极少适用，对于死刑的实际效果还是十分有限的，而其对限制死刑的立法宣示意义更为重要。我认为，在条件具备以后，还应进一步从立法上限制死刑，对那些经济性非暴力以及暴力程度较轻的犯罪都应当逐渐取消死刑，使死刑的立法限制对司法发生实际效果。只有这样，才能推进我国死刑制度的改革。

## 二、从严的修订

宽严相济刑事政策不仅包括从宽的一面，而且包括从严的一面。在刑法修正案（八）的修订中，从严修订也是极为明显的。从严的修订主要体现在以下四个方面：

### （一）限制减刑制度

为克服我国刑罚制度中存在的死刑过重、生刑过轻的矛盾，在取消了13个罪名的死刑同时，刑法修正案（八）对死缓设立了限制减刑制度。死缓是我国一项重要的制度，它对于减少死刑立即执行具有重要作用。死缓在一般情况下都不会执行死刑，在这个意义上说，死缓属于生刑。当然，更确切地说，死缓是介乎于死刑与生刑之间的一种过渡性的刑罚。但目前我国刑法中的死缓实际执行的刑期过短，缺乏足够的严厉性，难以对死刑立即执行起到替代作用。为此，刑法修正案（八）第四条第一款适当延长了死缓减为有期徒刑以后的执行期限。原刑法第五十条的规定：“判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，二年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为十五年以上二十年以下有期徒刑；如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。”根据这一规定，死缓减为有期徒刑以后，最少执行十五年，这与死刑立即执行之间的差别过大。为此，刑法修正案（八）第四条规定：“如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为二十五年有期徒刑。”这样，就实际地把死缓减刑以后的刑期由过去最少只执行十五年，改为最少执行二十五年。与此同时，刑法修正案（八）第四条第二款设立了死缓限制减刑制度：“对被判处死刑缓期执行的

累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。”与此同时，刑法修正案（八）第十五条第（三）项规定：“人民法院依照本法第五十条第二款规定限制减刑的死刑缓期执行的犯罪分子，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，不能少于二十五年，缓期执行期满后依法减为二十五年有期徒刑的，不能少于二十年。”死缓限制减刑制度的设立，提高了死缓制度的严厉性，在一定程度上减少了死缓与死刑立即执行之间的惩罚强度上的差距，以便使死缓在替代死刑立即执行中发挥更大的作用，使我国刑罚结构更为合理。因此，死缓限制减刑制度虽然是一项从严规定，但其目的在于减少死刑立即执行的适用，又具有从宽的效用。

### （二）禁止令制度

刑法修正案（八）在我国刑法中首次设置了存在于管制和缓刑的执行中禁止令制度，这是具有创新性的立法举措。刑法修正案（八）第二条规定：“判处管制，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。”此外，刑法修正案（八）第十一条第二款规定：“宣告缓刑，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。”由此可见，我国刑法中禁止令是指对判处管制或者宣告缓刑的犯罪分子，根据犯罪情况，禁止在管制执行期间或者缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。判处管制的犯罪分子，违反第二款规定的禁止令的，由公安机关依照《中华人民共和国治安管理处罚法》的规定处罚。根据刑法修正案（八）第十四条的规定，被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内违反禁止令，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚。这是对于违反禁止令的惩罚性后果的规定。禁止令制度的建立，对于强化对管制的执行和缓刑的考验都具有重要意义。从法律上说，禁止令本身并不是一项刑罚制度，而是类似于一种保安处分措施。它与管制和缓刑配套适用，有助于管制和缓刑取得最佳的刑罚效果。

### （三）社区矫正制度

社区矫正是我国前些年进行试点的一项非监禁刑的行刑制度。根据有关规定，社区矫正是指将符合社区矫正条件的罪犯置于社区中，由专门的国家机关在相关社会团体和民间组织以及社会志愿者的协助下，矫正其犯罪心理和行为恶习，促使其顺利回归社会的非监禁刑罚执行活动。在试点中，社区矫正取得了较好的社会效果和法律效果。过去，非监禁刑处于无人过问的放任状态，因而非监禁刑的效果不佳，致使非监禁刑适用率极低。建立社区矫

正制度以后，对于适用非监禁刑的罪犯进行统一管理，由此严格了非监禁刑的执行。但由于目前尚未制定社区矫正法，社区矫正的法律根据严重不足。刑法修正案（八）首次在我国刑法中对社区矫正作了规定，从而使社区矫正成为一项正式的法律制度，为以后制定社区矫正法创造了条件。刑法修正案（八）分别对管制、缓刑、假释的犯罪分子作了依法实行社区矫正的规定，尽管未对社区矫正的实体性和程序性内容作出具体规定，但这一规定对于社区矫正制度的建立仍然具有重要意义。

#### （四）从严处罚的规定

刑法修正案（八）还有两处涉及从严处罚，一是第十条规定在数罪并罚的情况下，总和刑期在三十五年以上的，最高不能超过二十五年。原刑法规定有期徒刑最高不能超过二十年，相比之下，刑法修正案（八）的这一规定体现了对犯有数个重罪的犯罪分子从严惩处的立法精神。二是在特别累犯中增加了恐怖活动犯罪和黑社会性质的组织犯罪，上述两种犯罪分子在刑罚执行完毕或者赦免以后，在任何时候再犯上述一类罪的，都以累犯论处。上述两项规定是宽严相济刑事政策中从严的立法体现。

以上是我对刑法修正案（八）对刑法总则的修订，从宽和严两个方面进行了初步梳理。这也是《刑法总论精释》第2版修订的主要内容。因为这次修订涉及本书的局部内容，而不是对本书的全面修订。因此，承担修订任务的主要是相关章节的执笔人，即付立庆博士、车浩博士和柏浪涛博士。周光权教授对修订后的内容进行了审订。最后还要指出，本书作者的身份现在发生了变化，其中付立庆博士现为中国人民大学法学院副教授，车浩博士现为北京大学法学院副教授。特此说明。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2011年6月12日

## 第三版

# 序

值此刑法修正案（九）颁布之时，《刑法总论精释》第三版正式与读者见面。从刑法修正案（八）到刑法修正案（九），间隔了不到五年时间，而我国的刑事法治建设和刑法理论都取得了长足的进展，这是令人欣慰的。《刑法总论精释》一书也伴随着刑事立法与刑事司法的进步而随之修订，使之能够保持与法治的同步。

刑法修正案（九）对刑法进行了较为系统的修订，就修订内容而言，涉及面是较为广泛的，对于刑法制度的影响也是较为深远的。当然，刑法修正案（九）对刑法的修订主要集中于刑法分则，对于刑法总则的修订相对较少，这也是一个事实。刑法修正案（九）对刑法总则的修订，体现在以下三个方面：

### （一）禁止从事相关职业制度的设立

刑法修正案（九）第一条规定：“在刑法第三十七条后增加一条，作为第三十七条之一：因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年”。这一规定设立了我国刑法中的禁止从事相关职业的制度，这是我国刑罚方法的一种拓展和创新。根据这一规定，在适用禁止从事相关职业这一制度的时候，应当注意以下三点：一是适用前提，即利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚。这里的利用职业便利实施犯罪，是指实施业务犯罪。业务犯罪的主体是具有特定身份的人员，并且具有业务上的便利。例如，刑法第一百八十三条规定的职务侵占罪，就属于此类犯罪。而实施违背职业要求的特定义务的犯罪则是指实施亵渎职责的犯罪，例如刑法第一百六十九条之一规定的背信损害上市公司利益罪。二是适

用根据，即犯罪情况和预防再犯罪的需要。根据我国刑法规定，并非所有上述实施犯罪而被判处刑罚的，都必须适用禁止从事相关职业的处罚措施。只有那些犯罪情节较为严重，尤其是与职务具有密切关联性的犯罪分子，并且人身危险性较大的情形，才有必要适用禁止从事相关职业的处罚措施。三是适用后果，即禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年。禁止从事相关职业，是对犯罪人所实施的某种业务犯罪的附带性的惩罚，同时也具有防止在一定期间再犯业务犯罪的功能。根据刑法规定，禁止从事相关职业的惩罚并非永久性的，而具有一定的期限，即三年至五年。应该说，禁止从事相关职业制度的设立，对于惩罚与预防业务犯罪具有一定的意义。

在理解禁止从事相关职业制度的时候，存在一个值得研究的问题，这就是禁止从事相关职业的性质。换言之，禁止从事相关职业到底是一种资格刑还是一种非刑罚的处理措施？在我国正式的刑罚种类中，只有剥夺政治权利是独立的资格刑。但除此以外，还存在驱逐出境，剥夺勋章、奖章和荣誉称号，以及剥夺军衔等补充性的资格刑。其中，驱逐出境规定在刑法第三十五条，是对外国人适用的资格刑，它并没有纳入我国刑罚种类的体系。而剥夺勋章、奖章和荣誉称号，以及剥夺军衔是对犯罪的军人适用的资格刑，规定在《中国人民解放军军官军衔条例》等军事性法律之中。在其他法律、行政法规中，也规定了禁止或者限制从事相关职业的处罚措施。由于这些法律、行政法规不具有设立刑事性处罚措施的权限，因此这些内容被认为是行政性的处罚措施。这次刑法修正案（九）规定的禁止从事相关职业制度，当然具有刑事性处罚措施的性质，但是否属于资格刑，还会存在争议。因为从刑法总则条文体系来看，第三十三条、第三十四条是关于主刑和附加刑的规定，第三十五条是关于驱逐出境的规定。第三十六条是关于赔偿经济损失的规定，第三十七条是关于免于刑事处罚和非刑罚处罚措施的规定。而刑法修正案（九）通过增设刑法第三十七条之一规定了禁止从事相关职业。从条文体系上来看，将禁止从事相关职业理解为非刑罚处罚措施似乎有一定道理。但这里的非刑罚处罚措施是对免于刑事处罚的犯罪分子适用的处罚，包括训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，以及由主管部门作出的行政处罚或者行政处分。由此可见，非刑罚处罚措施只适用于免于刑事处罚的犯罪分子。而禁止从事相关职业则适用于利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的犯罪分子。从这个意义上说，我认为禁止从事相关职业更接近于资格刑而非刑罚处罚措施。也就是说，禁止从事相关职业在其性质上是刑罚措施而不是非刑罚措施。当然，如果刑法修正案（九）



将禁止从事相关职业规定为刑法第三十五条之一，则其资格刑的性质更为明确。

## （二）刑罚执行制度的修改

刑法修正案（九）对我国的刑罚执行制度作了多处修改，其中某些修改对刑罚执行具有重大影响。因此，值得关注。刑法修正案（九）对刑罚执行制度的修订，涉及以下三点：

### 1. 死缓执行制度的修订

刑法原第五十条关于被判处死缓的犯罪分子的执行，规定了：“如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。”根据这一规定，在死缓执行期间，只要故意犯罪，就可以执行死刑。刑法修正案（九）对此修改为：“如果故意犯罪，情节恶劣的，报请最高人民法院核准后执行死刑；对于故意犯罪未执行死刑的，死刑缓期执行的期间重新计算，并报最高人民法院备案。”在这一规定中，增加了情节恶劣的条件：在死缓执行期间，只有故意犯罪，情节恶劣的，才能执行死刑。但对于故意犯罪未执行死刑的，死刑缓期执行的期间重新计算。这一修改总体精神是从宽，因为死缓犯罪分子在死缓执行期间，只要故意犯罪的，就执行死刑，这是一种较为严厉的规定。现在改为故意犯罪情节恶劣的，才执行死刑，体现了宽中有严，区别对待的政策精神。

### 2. 罚金执行制度的修订

罚金的执行可以说是一个老大难的问题，我国刑法根据不同情况，分别规定了罚金的分期缴纳、强制缴纳、追缴，以及减免缴纳等制度。刑法修正案（九）在此基础上，又增加规定了延期缴纳制度。根据刑法修正案（九）的规定，由于遭遇不能抗拒的灾祸等原因缴纳确实有困难的，经人民法院裁定，可以延期缴纳、酌情减少或者免除。由此可见，延期缴纳是对于那些因遭遇不能抗拒的灾祸等原因缴纳确实有困难的犯罪分子建立的一种变通性措施。它对于刑法原规定由于遭遇不能抗拒的灾祸等原因缴纳确实有困难的就可以酌情减少或者免除缴纳而言，有所重；但就延期缴纳使犯罪分子缴纳罚金获得了一个宽限而言，又有所轻。

### 3. 自由刑数罪并罚执行制度的修订

在自由刑数罪并罚的情况下，如何决定执行的刑罚，这在我国刑法中是一个存在争议的问题。对于这个问题，我国原刑法没有明确规定，因此在我国刑法学界对此存在以下六种分歧观点：（1）换算说，认为应先把管制和拘役折算成有期徒刑，比例是两天管制折抵一天有期徒刑，一天拘役折抵一天有期徒刑，然后按照限制加重的原则，在总和刑期以下，数刑中最高刑期以

上，决定执行的刑期。（2）并科说，认为在数罪并罚的情况下，除判处死刑和无期徒刑的以外，其余的不同刑种，应当按照限制加重的原则分别并罚，然后逐一执行，而不能换算为另一种刑种处罚。（3）吸收说，对于数罪中同时判处有期徒刑、拘役或者管制，或管制期间又犯新罪被判处拘役或者有期徒刑的，在决定执行刑罚时，可以采取重刑吸收轻刑的办法，只决定执行有期徒刑。这样并罚既体现了法律的严肃性，又符合并罚的原则，且简便易行。（4）分别说，认为可以根据案件的具体情况采取不同的方法：有的可以采取重刑吸收轻刑的办法；有的可以采取执行完有期徒刑以后，再执行拘役和管制的办法。至于究竟采取哪一种办法，要依据罪刑均衡的原则来决定。对于采取重刑吸收轻刑不致轻纵罪犯的，即可采此方法，否则并科。（5）按比例分别执行部分刑期说，认为对于不同种有期徒刑，应从重到轻分别予以执行，但并非分别执行不同种有期徒刑的全部刑期，而是分别执行不同种有期徒刑的一定比例的部分刑期。（6）有限制酌情（或酌量）分别执行说，认为对于不同种有期徒刑，仍应采用体现限制加重原则的方法予以并罚，即在不同种有期徒刑的总和刑以下、最高刑以上，酌情决定执行的刑罚，其结果或仅执行其中一种最高刑的刑期，或酌情分别执行不同种的自由刑。以上观点其说不一，争议纷呈。以往在我国司法实践中，大多采取换算说。但刑法修正案（九）对此作了明确规定：“数罪中有判处有期徒刑和拘役的，执行有期徒刑。数罪中有判处有期徒刑和管制，或者拘役和管制的，有期徒刑、拘役执行完毕后，管制仍须执行”。这一规定，采取的是分别说，即对于数罪中有判处有期徒刑和拘役的，采取吸收原则，只执行有期徒刑。但对于数罪中有判处有期徒刑和管制，或者拘役和管制的，采取并科原则，在有期徒刑、拘役执行完毕后，管制仍须执行。这一规定实际修改了对于数个有期徒刑所采取的限制加重原则，而是分别采取吸收原则和并科原则。对于采取吸收原则当然没有问题，但采取并科原则则存在一个法律障碍，即违反了一个判决只能有一个主刑的原则。根据我国刑法的规定，主刑是指只能独立适用不能附加适用的刑罚方法，而附加刑是既可以独立适用又可以附加适用的刑罚方法。因此，在可以独立适用这一点上，主刑和附加刑是相同的。主刑和附加刑的唯一区分就在于：是否可以附加适用。刑罚的独立适用，是指只能判处一个刑罚。而刑罚的附加适用是指可以与其他刑罚共存，例如附加于主刑适用。这一特征就决定了一个判决只能有一个主刑，即主刑只能独立适用。而一个判决却可以有数个附加刑，因为附加刑可以附加适用。如果一个判决存在两个或者两个以上主刑，那么，主刑就不是独立适用而是附加适用，这就抹杀了主刑和附加刑之间的区分。因此，这个问题确实还是一个值

得探讨的问题。尽管如此，刑法修正案（九）还是作出了明确规定，使司法机关有所依据。

### （三）刑罚结构的调整

刑法修正案（九）对于刑罚结构作了重大调整，这主要表现为死刑罪名的进一步减少和对贪污受贿罪设立终身监禁制度。这一修改虽然是针对刑法分则条文的，但其意义还是在于刑法总则，这是值得注意的。

我国刑罚结构存在死刑过重，生刑过轻的结构性缺陷。从刑法修正案（八）开始对刑罚结构进行调整。调整的基本思路还是减少死刑，加重生刑。而刑法修正案（九）承接了这一调整进程，其中死刑罪名的进一步减少属于减少死刑之举，而对贪污受贿罪设立终身监禁制度则具有加重生刑之意。

继刑法修正案（八）废除13个死刑罪名以后，刑法修正案（九）又废除了9个死刑罪名，这9个死刑罪名分别是：（1）走私武器、弹药罪；（2）走私核材料罪；（3）走私假币罪；（4）伪造货币罪；（5）集资诈骗罪；（6）组织卖淫罪；（7）强迫卖淫罪；（8）阻碍执行军事职务罪；（9）战时造谣惑众罪。在刑法修正案（九）草案的讨论过程中，对于某些死刑罪名的废除存在较大、甚至重大的争议。但立法机构还是坚持减少这些死刑罪名，这是值得肯定的。这表明了我国立法机关对于减少死刑的坚定不移的决心和态度。当然，在以上废除的死刑罪名中，绝大部分都是备而不用的死刑罪名，对司法机关适用死刑影响不大。换言之，这种死刑罪名的减少与死刑适用的减少之间并不具有同步性。因此，我期望将来对于那些在司法实践中实际适用的死刑罪名也要考虑减少，只有走到这一步，我国死刑的司法适用才开始实际限缩，减少死刑的实际价值才开始呈现。

这次刑法修正案（九）的亮点之一是对贪污受贿罪设立了终身监禁制度。根据刑法修正案（九）的规定，因犯贪污受贿罪被判处死刑缓期执行的，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释。这里的终身监禁，实际上是指不得减刑。从刑法修正案（八）对某些严重犯罪被判处死缓规定的限制减刑制度到刑法修正案（九）对贪污受贿罪被判处死缓规定的不得减刑制度，可以明显地看到立法机关对生刑向着加重方向的调整，这对于惩治腐败犯罪具有积极意义；同时也为减少死刑适用创制了条件。

刑法总则是刑法的基本原则和基本制度的法律载体，在整个刑法典中占据着十分重要的地位。同样，刑法总论也是刑法理论的基础部分，具有方法论的意义。《刑法总论精释》一书根据刑法修正案（九）的立法进展，又对

部分内容做了调整，使本书与法俱进，焕发生机。

值此《刑法总论精释》一书第三版出版之际，个别作者的身份又发生了某些变动。柏浪涛现在的身份是中国地质大学（北京）人文经管学院副教授，特此说明。

最后还应当指出，在《刑法总论精释》一书写作、修订和出版过程中，北京大学法学院副教授车浩博士付出了辛勤的劳动，对于本书的出版具有独特的贡献。新版是一本书的生命再造，也就是一本书的新生。经与周光权教授商量，增加车浩为《刑法总论精释》第三版的副主编。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋家园寓所

2015年9月18日

## 上 册

## | 目 录 |

第一章 刑法概说 .....	(1)
第一节 犯罪 .....	(1)
一、犯罪的概念 .....	(1)
二、犯罪的本质 .....	(6)
三、犯罪的分类 .....	(8)
第二节 刑罚 .....	(9)
一、刑罚的概念 .....	(9)
二、刑罚权 .....	(10)
三、刑罚功能 .....	(12)
四、刑罚和保安处分的关系 .....	(12)
第三节 刑法 .....	(13)
一、刑法的概念 .....	(13)
二、刑法的演变 .....	(14)
三、刑法的性质 .....	(15)
四、刑法的任务 .....	(17)
五、刑法的机能 .....	(17)
第四节 刑法学 .....	(19)
一、刑法学思维的独特性 .....	(19)
二、刑法学和其他部门法学之间的关系 .....	(20)
三、刑法学研究方法 .....	(21)
第二章 刑法基本原则 .....	(24)
第一节 罪刑法定原则 .....	(24)
一、罪刑法定的历史沿革 .....	(25)
二、罪刑法定的本土历程 .....	(27)

三、罪刑法定的思想渊源	（30）
四、罪刑法定的基本内容	（32）
五、罪刑法定的司法适用	（42）
第二节 罪刑平等原则	（52）
一、罪刑平等的含义	（52）
二、罪刑平等的内容	（59）
第三节 罪刑均衡原则	（60）
一、罪刑均衡的思想基础	（60）
二、罪刑均衡的理论内涵	（62）
三、罪刑均衡的具体适用	（65）
第三章 刑法的效力	（68）
第一节 刑法的空间效力	（68）
一、刑法空间效力的一般原则	（69）
二、我国刑法的空间效力	（71）
三、国际司法合作	（76）
第二节 刑法的时间效力	（78）
一、刑法的生效时间	（78）
二、刑法的失效时间	（79）
三、刑法的溯及力	（79）
四、从旧兼从轻原则的适用	（82）
五、有权解释的时间效力	（88）
六、存在中间法时从旧兼从轻原则的适用	（89）
第四章 犯罪论体系	（90）
第一节 犯罪论体系的比较研究	（90）
一、犯罪论体系的形成	（90）
二、苏俄犯罪构成理论的反思	（92）
三、大陆法系犯罪论体系的借鉴	（95）
第二节 犯罪论体系的法理考察	（101）
一、主观与客观	（102）
二、事实与价值	（104）
三、形式与实质	（106）
第三节 犯罪论体系的法律分析	（108）



一、犯罪论体系的立法分析 .....	(108)
二、犯罪论体系的司法分析 .....	(110)
第四节 犯罪论体系的适用原则 .....	(111)
一、客观判断先于主观判断 .....	(111)
二、形式判断先于实质判断 .....	(120)
三、定型判断先于个别判断 .....	(134)
<b>第五章 该当性 .....</b>	<b>(136)</b>
第一节 构成要件该当性概述 .....	(136)
一、构成要件的概念 .....	(136)
二、构成要件的性质 .....	(137)
三、构成要件的机能 .....	(138)
四、构成要件分类 .....	(139)
第二节 主体 .....	(141)
一、主体的概念 .....	(141)
二、主体的类型 .....	(141)
三、身份犯 .....	(142)
四、国家工作人员的认定 .....	(149)
第三节 行为 .....	(157)
一、行为的概念 .....	(157)
二、行为的理论 .....	(160)
三、行为的构造 .....	(162)
四、行为的形式之一：作为 .....	(166)
五、行为的形式之二：不作为 .....	(169)
六、行为的形式之三：持有 .....	(180)
第四节 客体 .....	(183)
一、客体的概念 .....	(183)
二、客体的类型 .....	(183)
三、客体的认定 .....	(184)
第五节 结果 .....	(193)
一、结果的概念 .....	(193)
二、结果的界定 .....	(196)
三、结果的类型 .....	(199)

第六节 因果关系 .....	(199)
一、因果关系的概念 .....	(199)
二、事实因果关系 .....	(200)
三、法律因果关系 .....	(204)
四、因果关系的认定 .....	(208)
五、结论 .....	(227)
第七节 客观的附随情状 .....	(227)
一、犯罪的时间 .....	(228)
二、犯罪的地点 .....	(229)
<b>第六章 违法性</b> .....	<b>(230)</b>
第一节 违法性的概念 .....	(230)
一、违法性的意义 .....	(230)
二、违法性的要素 .....	(231)
第二节 违法性的本质 .....	(233)
一、形式的违法性与实质的违法性 .....	(233)
二、主观的违法与客观的违法 .....	(237)
三、结果无价值与行为无价值 .....	(239)
第三节 违法性的程度 .....	(242)
一、违法性的统一性和相对性 .....	(242)
二、违法性的程度——犯罪的定量因素 .....	(244)
第四节 违法性的阻却 .....	(245)
一、违法阻却事由的原理 .....	(245)
二、违法阻却事由的种类 .....	(247)
第五节 违法阻却事由之一：正当防卫 .....	(248)
一、正当防卫的条件 .....	(248)
二、无限防卫权 .....	(274)
第六节 违法阻却事由之二：紧急避险 .....	(280)
一、紧急避险的条件 .....	(280)
二、紧急避险与正当防卫的区别 .....	(290)
第七节 违法阻却事由之三：超法规的违法阻却事由 .....	(291)
一、依照法令的行为 .....	(291)
二、业务正当行为 .....	(295)

三、自助行为 .....	(297)
四、被害人承诺的行为 .....	(304)
五、安乐死 .....	(306)
<b>第七章 有责性 .....</b>	<b>(316)</b>
<b>第一节 有责性概述 .....</b>	<b>(316)</b>
一、责任主义 .....	(316)
二、责任的本质：从心理责任论到规范责任论 .....	(317)
三、行为责任、性格责任与人格责任 .....	(318)
<b>第二节 责任形式之一：故意责任 .....</b>	<b>(319)</b>
一、犯罪故意与故意责任形式 .....	(319)
二、故意的种类 .....	(320)
三、故意的认定 .....	(324)
四、刑法上的认识错误 .....	(331)
<b>第三节 责任形式之二：过失责任 .....</b>	<b>(341)</b>
一、过失责任形式概说 .....	(341)
二、过失的种类 .....	(343)
三、监督过失与管理过失 .....	(354)
四、过失向故意的转化 .....	(357)
<b>第四节 责任形式的其他问题：犯罪的目的和动机 .....</b>	<b>(358)</b>
一、犯罪目的与目的犯 .....	(358)
二、犯罪动机 .....	(371)
<b>第五节 责任形式的欠缺：无罪过事件 .....</b>	<b>(374)</b>
一、无罪过事件的体系地位及其意义 .....	(374)
二、意外事件 .....	(374)
三、不可抗力 .....	(375)
<b>第六节 责任阻却事由之一：责任无能力 .....</b>	<b>(378)</b>
一、责任能力概说 .....	(379)
二、刑事责任能力的程度与责任无能力 .....	(382)
三、刑事责任年龄 .....	(384)
四、精神障碍 .....	(398)
五、又聋又哑的人和盲人 .....	(403)
六、醉酒人 .....	(407)

第七节 责任阻却事由之二：欠缺违法性认识的可能性 .....	(407)
一、违法性认识不要说的问题所在 .....	(408)
二、严格故意说的问题所在 .....	(409)
三、限制故意说的放弃和责任说的倡导 .....	(409)
第八节 责任阻却事由之三：期待不可能 .....	(412)
一、概念 .....	(413)
二、期待可能性的判断标准 .....	(413)
三、期待可能性在责任论中的地位 .....	(414)
四、期待可能性在四要件的犯罪构成体系中无处栖身 .....	(417)
<b>第八章 未完成罪 .....</b>	<b>(419)</b>
<b>第一节 未完成罪概述 .....</b>	<b>(419)</b>
一、未完成罪概述 .....	(419)
二、未完成罪与故意犯罪的阶段 .....	(420)
三、未完成罪的范围 .....	(422)
<b>第二节 预备犯 .....</b>	<b>(425)</b>
一、预备犯的概念和特征 .....	(425)
二、预备犯的处罚 .....	(431)
<b>第三节 未遂犯 .....</b>	<b>(434)</b>
一、未遂犯的概念和处罚依据 .....	(434)
二、未遂犯的成立范围 .....	(436)
三、未遂犯的特征 .....	(439)
四、未遂犯的类型 .....	(446)
五、未遂犯的处罚 .....	(449)
<b>第四节 中止犯 .....</b>	<b>(450)</b>
一、犯罪中止的概念 .....	(450)
二、犯罪中止的法律性质 .....	(450)
三、中止犯的成立条件 .....	(452)
四、中止犯的处罚 .....	(468)

# 第一章 刑法概说

规范界定行为性质，塑造个人，约束个人举止。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。法律规范与社会形影相随。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）。所以，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。如欲研究刑法学，必须对犯罪、刑罚、刑法等相关范畴进行分析。

## 第一节 犯 罪

### 一、犯罪的概念

任何现代国家都无不以一种务实的态度承认：犯罪是社会的毒瘤，犯罪的发生，牵动社会的神经，但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。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，犯罪是指“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危害性、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一些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，犯罪从根本上看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制国家的根本性界限——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。

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有其独特价值。

所以，要在刑法学上对犯罪概念进行界定，就必须考虑：（1）犯罪的形式概念与实质概念的统一。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与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给予同样处理，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

我国刑法在形式与实质的统一上，对犯罪概念作出了界定。刑法第十三条规定：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。

从犯罪的法定概念可以合乎逻辑地引申出犯罪的特征，犯罪特征对于理解犯罪具有重要意义。根据刑法的规定，犯罪具有以下三个基本特征：

1. 刑事违法性。刑事违法性是指触犯刑律，即某一个人的行为符合刑法分则所规定的犯罪构成要件。刑事违法性是犯罪的法律特征，是对犯罪行为的否定的法律评价。在罪刑法定原则下，没有刑事违法性，也就没有犯罪。因此，刑事违法性是犯罪的基本特征。

刑事违法性之违法具有不同于其他违法行为的特殊性。在法理上，违法行为可以分为民事违法行为、行政违法行为和刑事违法行为，此外，还存在诉讼违法行为。违法行为的共同特征是违反法律规定，因此，法律规定是违法行为产生的法律原因。而法律规定是各种各样的，由此形成一个国家的法律体系。在这一法律体系中，刑法具有其他部门法的制裁力量，其规范主要由假定与处理两部分构成。例如，“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”这一刑法规定中，“故意杀人的”是罪状，“处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”是法定刑。罪状就是刑法规范的假定部分，法定刑是刑法规范的处理部分。当行为符合刑法所规定的故意杀人这一假定性条件时，就应当处以死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑这一法定刑。在刑法理论上，刑法规范的假定部分规定的是犯罪构成要件。只有当行为人的行为符合这一犯罪构成要件时，其行为才构成犯罪并被处以刑罚。因此，刑事违法性之违法并非是指对刑法规范中的假定性条件的违反，而恰恰是符合。显然，刑事违法性之违法是指违反作为刑法规范前提的禁止性规定。例如，



刑法关于故意杀人罪的规定，表明刑法禁止杀人。当行为符合故意杀人罪的构成要件时，就是违反了刑法禁止杀人的规定。由此可见，刑法的禁止性规定是内在于刑法规范的，一个人的行为是否具有刑事违法性，应以其行为是否符合刑法所规定的犯罪构成要件为根据。

刑事违法性尽管在其性质上不同于其他违法性，但这并不意味着刑事违法性与其他违法性毫无关系。恰恰相反，在某些情况下，刑事违法性是以其他违法性为前提的，因而存在所谓双重违法的问题。在刑法分则中，某些犯罪是以违反国家规定（刑法第一百三十七条规定的工程重大安全事故罪）或违反法律、行政法规规定（刑法第四百零五条第一款规定的徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪）、违反部门规定（刑法第一百八十八条规定的违规出具金融票证罪）为前提条件的。尤其是刑法第九十六条对于违反国家规定含义作出了解释：“本法所称违反国家规定，是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。”因此，在认定这些犯罪的时候，其行为是否具有上述行政违法性就成为确认其行为的刑事违法性的标准。这种情形，在刑法理论上称为双重违法性。

2. 法益侵害性。法益侵害性是指对于刑法所保护的利益的侵害。这里所谓刑法所保护的利益，就是法益。刑法法益是关涉社会生活的重要利益，对此，我国刑法在关于犯罪概念的规定中作了明文列举，这就是国家主权、领土完整和安全、民主专政的政权和社会主义制度、社会秩序和经济秩序、国有财产或者劳动群众集体所有的财产，以及公民私人所有的财产，以及公民的人身权利、民主权利和其他权利。上述法益，可以分为国家法益、社会法益和个人法益，这些法益为犯罪所侵害而为刑法所保护。因此，法益侵害性揭示了犯罪的实质社会内容。

法益侵害行为是刑法明文规定的，因此，行为是否具有法益侵害性，应以刑法规定为根据。在这个意义上说，刑事违法性是法益侵害性的前提。一个行为如果不具有刑事违法性，就不可能具有法益侵害性。因此，超越刑事违法性的法益侵害性是不被承认的，这也是罪刑法定原则的必然要求。由此可见，法益侵害性虽然是对犯罪的实质社会内容的阐述，但它仍然受到犯罪的刑事违法性的限制。在这个意义上说，法益侵害性是刑事违法范围内的法益侵害性。

法益侵害具有两种情形：一是实害，二是危险。实害是指行为对法益造成的现实侵害，例如，故意杀人，已经将人杀死，造成对他人生命法益的侵害。危险是指行为对法益具有侵害的可能，在这种情况下，实际损害并未发生，但法益处于遭受侵害的危险状态，因而同样被认为具有法益侵害性，并

具有刑事违法性。在我国刑法中，大多数行为是因为具有法益侵害的实害性而被规定为犯罪，例如，以发生一定的法益侵害结果为法定犯罪构成要件的结果犯就是如此。也有少数行为是因为具有法益侵害的危险性而被规定为犯罪，这种危险包括抽象危险与具体危险。其中抽象危险是指立法推定的危险，在司法活动中无须认定，只要具有法律规定的行为就可构成犯罪。具体危险是指司法认定的危险，如果不具有这种危险，即使存在法律规定的行为也不构成犯罪。此外，犯罪的预备行为、未遂行为和中止行为，都没有造成法益侵害的实害结果，也是因其具有法益侵害的危险而被处罚。

3. 应受惩罚性。应受惩罚性是犯罪的重要特征，是国家对于具有刑事违法性和法益侵害性的行为赋予的刑罚后果。犯罪是适用刑罚的前提，刑罚是犯罪的法律后果。如果一个行为不应受刑罚惩罚，也就意味着它不是犯罪。应受惩罚性并不是刑事违法性和法益侵害性的消极的法律后果，它对于犯罪的立法规定与司法认定具有重要意义。在立法上，应受惩罚性对于立法机关将何种行为规定为犯罪具有制约作用。对于某种行为，只有当立法机关认为需要动用刑罚加以制裁的时候，才会在刑法上将其规定为犯罪，给予这种行为以否定的法律评价。在司法上，应受惩罚性对司法机关划分罪与非罪的界限也具有指导意义。根据刑法第十三条关于犯罪概念的但书规定，某种行为情节显著轻微的不认为是犯罪。这些不认为是犯罪的行为，也是没有必要予以刑罚惩罚的行为。因此，是否具有应受惩罚性也是犯罪的重要特征。

这里应当指出，应受刑罚惩罚与实际受到刑罚惩罚，是两个不同的概念。某行为如果缺乏应受刑罚惩罚性，就不构成犯罪。但犯罪不一定都实际受到刑罚惩罚。刑法第三十七条规定：“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚……”这种免于刑事处罚是以行为构成犯罪为前提的。这种情节轻微的犯罪行为虽然具有应受惩罚性，但因其不需要被判处刑罚而免于刑事处罚。

此外，刑法第十三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。因为刑法第十三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，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，所以不可能成为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十三条的但书规定为宣告无罪。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另外提出了出罪标准。换言之，对但书规定必须理解为：行为因为不符合分则罪状的规定，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，即使取消刑法第十三条关于但书的规定，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，存在以下三种学说：

### （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 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。

### （二）法益侵害说

法益侵害说认为，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。法益侵害说在 19 世纪中期由 Birnbaum（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。

我国刑法分则将具体的犯罪分为十章，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。

法益侵害说有其合理性。但是，随着现代刑法对法益保护范围的无限扩张、对抽象危险犯的过度保护，使法益概念在今天也出现了抽象化、精神化的趋势。例如，一般认为刑法惩罚聚众淫乱行为是为了保护社会的善良风俗，但是，何谓社会的善良风俗，取决于社会观念、社会伦理和社会价值。在这个意义上，聚众淫乱罪的保护法益就是高度抽象的东西。而法益概念越是突出其精神内容，由刑法所保护的法益就与个人的生命、健康以及财产等具体利益的距离越来越远，法益就逐步演化成为权利实体背后所体现的社会价值，或者说是这种价值予以尊重的要求。行为人的行为是否已经使某一特定法益受到损害，就变得越来越不重要，法益就越来越不具有决定性。

### （三）规范违反说

在有些场合，法益保护原则明显带来刑事立法的泛滥或者是多余的刑事立法。如果法益概念无限扩张，我们甚至可能得出这样的结论：为了保护身体法益，使一个在危险的河流中漂流的人的生命、身体不会出问题，就需要在刑法上处罚漂流者的探险行为！因为法益概念本身可能是无限定的，哪些利益在生活上重要，哪些不重要，有时很难决断，我们就可以说个人必须关心自己的健康状况，努力增进健康，以确保其在更长的时间内对国家和社会作出贡献。此时，个人对国家和社会的义务而不是身体权利本身成为法益，这种法益的所有者就不再是漂流者本人，而是国家或者社会。在现代社会中，刑法预计要处罚的侵害、威胁法益的行为过多，确定一般的法益概念，将其

作为刑事立法的界限，基本上是不可能的。所以，针对现代社会中过剩的刑事立法，法益保护原则难以发挥阻止作用，它既不可能给刑事立法划定界限，也不可能使刑事立法正当化。刑法的正当化问题，总是和特定时代的社会规范相对应，犯罪就是侵犯这些规范的行为，由此，规范违反说登场。规范违反说由 Hans Welzel（1904～1977）在第二次世界大战后创立。

规范违反说认为，刑法通过发挥其法益保护机能而维持国家认可的、主流的社会伦理，犯罪的本质是违反社会伦理。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社会伦理规范的维持，所以在评价犯罪时，将行为的样态、方式、手段、行为人的主观恶性作为重点（行为无价值论）；后者重视法益侵害性，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，可以分为以下各种类型：

#### （一）自然犯与法定犯

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）亲告罪与非亲告罪

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の場合，考虑被害人的追诉要求是合理的。

### （三）国事罪与刑事罪

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。这类犯罪所侵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。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）基本犯与加重犯

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，符合刑法第二百三十四条第一款的规定的，就成立故意伤害罪的基本犯。加重犯，是指基于某种法定事由而使法定刑升格的犯罪形态。根据法定加重事由的不同，加重犯可以分为结果加重犯、数额加重犯、情节加重犯、身份加重犯、方法加重犯等。例如，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，在实施基本行为时，发生了超过基本构成要件结果的结果加重结果，因而导致刑罚加重的犯罪形态。故意伤害致人死亡的，就成立故意伤害罪的结果加重犯。

### （五）即成犯与状态犯和继续犯

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所控制，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：

#### （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，刑罚是因犯罪行为所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。对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，才能得以真正发挥。而刑罚在司法上的具体适用，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