



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

刑法学 (第二版)

孙国祥 主编

CRIMINAL LAW



科学出版社

普通高等教育“十一五”国家级规划教材

刑 法 学

(第二版)

主 编 孙国祥

撰稿人 (按撰写章节顺序排序)

孙国祥 刘 伟

许 江 魏昌东

王 钧 杨辉忠

科 学 出 版 社

北 京

内 容 简 介

本书系统阐述了我国刑法学的基本原理和基本知识，具有以下特色：资料新，反映了最新刑事立法进展和最新的刑法学研究成果；资料全，1997年刑法典生效后至2012年6月对刑法的补充、修正和数十件司法解释的内容都在书中得到了充分反映；内容上有创新，近年来理论界讨论较为成熟的理论观点，都被吸收到了本书之中。全书重点突出、观点鲜明、条理清晰，有利于读者对刑法基本内容的掌握。

本书主要适用于高等院校法学专业本科教学，也可作为法学、法律硕士和在职政法干部的专业培训教材，对司法实务工作者、法学科研人员也具有参考价值。

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法学 / 孙国祥主编. — 2版. — 北京: 科学出版社, 2012

普通高等教育“十一五”国家级规划教材

ISBN 978-7-03-035740-3

I. ①刑… II. ①孙… III. ①刑法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 238485 号

责任编辑: 籍达心 / 责任校对: 徐榕榕

责任印制: 闫 磊

科 学 出 版 社 出 版

北京东黄城根北街16号

邮政编码: 100717

<http://www.sciencep.com>

随 主 印 刷 厂 印 刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2012年10月第二版 开本: 787×1092 1/16

2012年10月第一次印刷 印张: 45 1/4

字数: 996 000

定价: **88.00 元**

(如有印装质量问题, 我社负责调换)

第二版说明

作为普通高等教育“十一五”国家级规划教材的《刑法学》，因其内容新、资料全、体系新得到了读者的垂爱，自2008年出版以来，数次重印。在近几年时间里，刑法理论的学派之争、基本立场之争不断深化。在刑法解释领域，形式解释与实质解释的刑法观对立日趋明显；而在犯罪论体系上的争议呈现出非常尖锐的对立和冲突。在诸如此类的理论争鸣中，刑法学得到了新的发展和深化。

随着社会管理创新工作的开展和推进，刑法理念与制度在不断地更新与完善，刑事立法工作也在不断推进。自《刑法学》教材出版以来，全国人民代表大会相继通过了《刑法修正案（七）》、《刑法修正案（八）》，一批针对具体法律适用的解释也颁布施行。《刑法修正案（七）》针对走私、危害金融、妨害税收、扰乱市场秩序、侵犯公民人身权利、贿赂等犯罪类型进行了修正，涉及构成要件、法定刑的修改和罪名的增加等。而《刑法修正案（八）》的修改则引起了社会各界的广泛关注，其引起关注的一个重要原因便是修正案涉及总则、分则，涵盖了刑事责任年龄、刑罚调整、罪名的增加和罪状修改等，可以说是历年来修正幅度最大的一次。“死刑的削减”、“刑罚结构调整”、“危险驾驶入罪”等成为此次修法的关键词。为了便于理解与适用新的修正案，同时也考虑到现实中司法实践的需要，最高人民法院、最高人民检察院、公安部也相继出台了相关司法解释和新的追诉标准。而随着我国司法机关案例指导制度的构建和推进，案例指导已经在原来的理论探索基础上进行了具体制度构建和完善，最高人民法院和最高人民检察院相继发布了指导性案例。作者原本几年前便打算对本书进行修订，试图适应新的立法和司法解释精神的修订工作，但由于近年来修法、司法解释出台频繁，且碍于出版周期限制，修订工作不得不被一次次地搁置。2008年出版的《刑法学》，在如此大面积修法的情况下，其中的诸多内容已不合时宜，不能继续满足刑法学教学的需要。为了更好地适应刑法学教学需要，在科学出版社的多次关心和支持下，我们对其开展了修订工作。

此次修订，保持了第一版教材的基本体系和架构，并在此基础上作出了以下修订：首先，及时增补2008年以来国家刑事立法和司法解释的变化；其次，对第一版教材中的不合时宜的观点以及相关的学术理论争议问题进行了删减，从而更加适应本科教学的需要；最后，对分则部分的篇章结构进行了一定的结构性调整，以使分则的篇章体

例模式更加统一。本次修订工作由孙国祥教授确立基本的修改框架，由孙国祥、刘伟共同完成，具体分工为：孙国祥修订第一～二十章，刘伟修订第二十一～三十一章。本次修订得到了科学出版社的大力支持，编辑籍达心对修订工作给予了极大的关心，在此表示感谢！由于时间仓促以及对新法和理论的理解差异，书中难免存在一定的疏漏，祈望读者批评指正。

作者

2012年7月

第一版前言

自 1997 年新刑法颁布实施以来，学者编著的适应不同层次教学需要的刑法学教科书可以用多如牛毛来形容。应当说，不同的刑法教科书在新刑法的宣传、刑法学研究的深入、刑法教科书编写的科学化方面起到了积极的推进作用。南京大学法学院对刑法学教学一直比较重视，自 20 世纪 80 年代法律系恢复招生起，在刑法学教学中就一直注重适应教学需要的教材建设。1998 年，为适应新修订刑法实施后的刑法学教学需要，本人主编了《新刑法学教程》（南京大学出版社，1998 年）；1999 年，“刑法学”被南京大学列为国家“985”名牌课程的建设项目，并获得相应的资助。2000 年，《刑法学》教材被列为精品教材建设项目；作为资助的成果，由南京大学法学院组织编写的《刑法学》教材在新刑法颁布五年之际，即 2002 年，在科学出版社出版；与此同时，刑法学课程建设于 2002 年获得江苏省优秀课程建设一等奖。

近年来，我国刑法理论有了许多新的发展。在犯罪论体系的研究上，一方面，部分中青年学者不满足于中国当前刑法学的研究现状，认为中国当前刑法学理论的不成熟根源于犯罪论体系的不科学，因而主张彻底扬弃来源于苏俄刑法学的四要件犯罪构成理论，直接引入德、日刑法学犯罪成立的递进式三要件理论，并在此基础上重构中国刑法学的理论体系；另一方面，相当一部分学者认为现行中国刑法学的理论体系（特别是四要件犯罪构成理论）并无大碍，完全可以在体系内进行完善性研究，没有必要彻底推倒已经建立起来的中国刑法学理论体系。争论在教科书上的直接反映便是陈兴良教授主编的《刑法学》（复旦大学出版社，2003 年），该教科书直接采用大陆法系递进式犯罪构成的编排方式进行架构。在刑法学理论具体问题的研究上，学派之争初见端倪，主观主义和客观主义、行为无价值与结果无价值等范畴被引入刑法学研究的语境后，在刑法学理论具体问题的研究过程中得以不断展开和运用，规范刑法学的研究得以不断深化。这方面的争论在教科书上的直接反映便是张明楷教授所著《刑法学》（法律出版社，2007 年）和周光权教授所著《刑法总论》（中国人民大学出版社，2007 年）。同时，刑法学的研究本身开始空前地注重理论与实践的结合，特别是在案件的法律适用中发现理论问题、进行理论的归纳和梳理。不同版本的教科书式的案例刑法教材直接反映了这一研究视角和方法的转变。而由法院、检察院组织编写的具有指导意义的书籍，如《人民法院案例选》、《中国审判要览》、《刑事审判参考》、《刑事司法指

南》等，越来越多地得到理论界的关注，相关的案例在实践中甚至带有判例的色彩。

与理论研究的推进相同步，我国的刑事立法在新刑法颁布实施后的十年中也得到了空前的发展。十年间，除《中华人民共和国刑法》外，1部单行刑法、6部刑法修正案、7件立法解释、150余件刑事司法解释和解释性法律文件充实了刑法的内容。若想全面地理解和适用我国的刑事法律，单一的刑法典已经根本无法满足这一需求。修正案特别是法律解释的不断出台，使刑法典大有被法律解释和解释性文件消解、虚置甚至是架空的风险和趋势，以至于在刑法学的教学研究过程中，不得不将视线更多地停留在法律解释及解释性文件上。也正因为如此，为了配合刑法学教学而出版的刑事法规汇编充斥着书店的货架，冠之“一本通”之类名称的法规整理型便携式书籍随处可见。2007年，中国人民大学法学院和北京师范大学刑事法律科学研究院都举行了隆重的仪式来纪念新刑法颁行十周年，对立法模式、罪状建构模式、刑事立法的精神、死刑的限制与适用等进行了总结和反思。

应当说，刑法学理论本不是一个不变的真理，相互对立的学术纷争推动了刑法学的不断进步。大陆法系刑法理论有着严谨与成熟的优势，刑法理论研究也不应当在全球化的背景下忽视刑法基本价值和制度的趋同性与普适性。过分强调国情的特殊，并借此抵制外来制度和普适理念无疑是“夜郎自大”。但凡事有度，一个国家有一个国家的历史和传统，有自己的发展阶段，根据自己的国情和发展阶段选择合乎自己的理论体系，取其当取，拒其当拒，当属合情合理。从理论体系到具体的制度，甚至一些具体概念连进行准确的中文翻译都顾不上就直接“拿来主义”，无疑是“囫圇吞枣”，其实践效果必将与初衷相悖。近年来，我国刑事立法和刑法理论有了许多新的发展，刑法学教材客观上需要及时吸收最新的刑法学研究成果，反映最新的刑事立法和司法解释的精神。

2002年的《刑法学》教材出版以来，得到了广泛的好评，数次重印。而作为教材的编著者，我们深感刑法学理论研究和刑事立法进展迅速，一直想寻找合适的时机，吸收最新的理论研究成果、反映最新的刑事法律变化，对教科书进行全面修订。2002年在全国范围内推广的国家统一司法考试，对高等学校的刑法学教学提出了更高的要求，结合统一司法考试的要求以及近年来的刑法学教学经验修订刑法教科书也一直在我们心中萦绕着，而《刑法学》教材于2006年在普通高等教育“十一五”国家级规划教材遴选中脱颖而出，为我们修订原教材提供了契机。

理想的刑法学教科书，应摆脱教材成为枯燥的记忆、背诵之学的模式，其内容应有一定程度的前瞻性，针对法治社会发展趋势和图景，构筑新的刑法学体系，并引导学生运用科学的方法论来认识、解释复杂的刑法现象。然而，理想毕竟受到现实条件的制约，一方面，编著者有限的学术水平决定了我们难以在短期内撼动目前主流的刑法学体系（况且，主流的刑法学体系现阶段也有相当的合理性）；另一方面，统一司法考试的要求也使我们难以脱离主流刑法学体系的羁轡，我们也只能将传授刑法学的基本原理作为教材的基本职能，在主流刑法学体系的基础上有所侧重。尽管如此，我们认为，本教材仍有一定的特色：一是资料新，反映的是最新刑事立法进展和最新的刑法学研究成果；二是资料全，1997年刑法典生效后至2008年5月对刑法的补充、修正

和数十件司法解释内容都在教材中得到了充实；三是内容体系上有一定的创新，对基本内容的阐述注重学术性，近年来理论界讨论较为成熟的理论观点，如期待可能性、严格责任和社区矫正等内容，都融入到本教材的体系中。

随着研究的深入，现代刑法学已经形成了庞大的知识体系。在本教科书编写的过程中，我们尽可能客观地介绍各种学术观点，但限于篇幅和掌握的资料，难免挂一漏万，有待于教师授课时予以补充和发挥；有些学术观点，为了尽可能采用通说，介绍后也没有作更多的分析和阐述；刑法学的许多知识，本可以通过鲜活的案例予以诠释，但同样因为篇幅所限，难以列举，需要教学中不断收集、灵活运用。

本教科书由孙国祥、许江、刘伟、魏昌东、王钧、杨辉忠分工撰写完成。初稿完成后，由孙国祥作统一修改并定稿。

本教科书在撰写和出版过程中，得到了科学出版社的支持，科学出版社责任编辑徐蕊为本教科书的出版付出了辛勤的劳动，在此表示谢意。

由于水平有限，疏漏之处在所难免，祈望读者批评指正。

孙国祥

2008年5月于南京大学

目 录

第二版说明

第一版前言

第一章

	刑法和刑法学导论	1
第一节	刑法的概念和法律性质	1
第二节	刑法的制定和修改	3
第三节	刑法制定的根据	4
第四节	刑法的机能	5
第五节	刑法体系	8
第六节	刑法解释	9

第二章

	刑法的基本原则	14
第一节	刑法基本原则的概述	14
第二节	罪刑法定原则	14
第三节	人人平等原则	21
第四节	罪刑相当原则	22

第三章

	刑法的适用范围	24
第一节	刑法空间适用范围	24
第二节	刑法时间适用范围	29

第四章

	犯罪概说	34
--	-------------------	----

第一节	犯罪概念	34
第二节	犯罪分类	40
第五章		
	犯罪构成	43
第一节	犯罪构成的概念和意义	43
第二节	犯罪构成的模式	45
第三节	犯罪构成要件的理论层次	48
第六章		
	犯罪客体和犯罪对象	52
第一节	犯罪客体的概述	52
第二节	犯罪客体的种类	54
第三节	犯罪对象	56
第七章		
	犯罪的客观方面	59
第一节	犯罪客观方面的概述	59
第二节	危害行为	60
第三节	危害结果	66
第四节	刑法中的因果关系	69
第五节	犯罪的时间、地点和方法、工具	75
第八章		
	犯罪主体	77
第一节	犯罪主体的概述	77
第二节	刑事责任能力	78
第三节	刑事责任能力的认定	80
第四节	犯罪主体的特殊身份	85
第九章		
	犯罪主观方面	87
第一节	犯罪主观方面的概述	87

第二节	犯罪故意	88
第三节	犯罪过失	93
第四节	意外事件、不可抗力和严格责任	98
第五节	犯罪的目的和动机	100
第六节	期待可能性	102
第七节	刑法中的认识错误	104
第十章		
	单位犯罪	109
第一节	单位犯罪的概述	109
第二节	单位犯罪的构成要件	110
第三节	单位犯罪的认定和刑事责任	114
第十一章		
	刑法上的正当行为	119
第一节	正当行为的概述	119
第二节	正当防卫	119
第三节	紧急避险	129
第四节	其他正当行为	132
第十二章		
	故意犯罪过程中的犯罪形态	137
第一节	故意犯罪过程中的犯罪形态概述	137
第二节	犯罪既遂	139
第三节	犯罪预备形态	141
第四节	犯罪未遂	143
第五节	犯罪中止	147
第十三章		
	共同犯罪	151
第一节	共同犯罪的概念和构成	151
第二节	共同犯罪的形式	156
第三节	主体性质与共同犯罪	160

第四节	共同犯罪人的种类和刑事责任	164
-----	---------------------	-----

第十四章

	罪数	171
第一节	罪数概述	171
第二节	实质的一罪	173
第三节	法定的一罪	181
第四节	处断的一罪	184

第十五章

	刑罚概述	190
第一节	刑罚的概念和特征	190
第二节	刑罚的目的	192
第三节	刑罚的功能	198

第十六章

	刑罚的体系和种类	201
第一节	刑罚体系概述	201
第二节	主刑	202
第三节	附加刑	213
第四节	非刑罚处理方法	220

第十七章

	量刑 (刑罚裁量)	221
第一节	量刑概述	221
第二节	量刑原则	222
第三节	量刑情节的概念和分类	224
第四节	量刑情节适用的一般规则	228
第五节	累犯	231
第六节	自首、坦白	234
第七节	立功	241

第十八章

	数罪并罚	245
--	-------------------	-----

第一节 数罪并罚概述 245
 第二节 适用数罪并罚的不同情况 248

第十九章

刑罚执行 252
 第一节 刑罚执行概述 252
 第二节 缓刑 253
 第三节 减刑 258
 第四节 假释 262
 第五节 社区矫正 265

第二十章

刑罚的消灭 268
 第一节 刑罚消灭概述 268
 第二节 时效 269
 第三节 赦免 274

第二十一章

刑法各论概述 276
 第一节 刑法各论的研究对象与内容 276
 第二节 刑法分则的体系 277
 第三节 刑法分则条文的类型与要素 280

第二十二章

危害国家安全罪 289
 第一节 危害国家安全罪概述 289
 第二节 危害国家、颠覆国家政权的犯罪 290
 第三节 叛变、叛逃的犯罪 294
 第四节 间谍、资敌的犯罪 296

第二十三章

危害公共安全罪 300
 第一节 危害公共安全罪的概述 300

第二节	以危险方法危害公共安全的犯罪	301
第三节	破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪	307
第四节	实施暴力恐怖活动危害公共安全的犯罪	313
第五节	违反枪支、弹药、爆炸物、危险物质管理规定危害公共安全的犯罪	317
第六节	过失造成重大事故的犯罪	325

第二十四章

	破坏社会主义市场经济秩序罪	336
第一节	破坏社会主义市场经济秩序罪概述	336
第二节	生产、销售伪劣商品罪	338
第三节	走私罪	347
第四节	妨害对公司、企业的管理秩序罪	359
第五节	破坏金融管理秩序罪	376
第六节	金融诈骗罪	404
第七节	危害税收征管罪	417
第八节	侵犯知识产权罪	427
第九节	扰乱市场秩序罪	438

第二十五章

	侵犯公民人身权利、民主权利罪	452
第一节	侵犯公民人身权利、民主权利罪概述	452
第二节	侵犯生命、健康的犯罪	453
第三节	侵犯妇女、儿童权益的犯罪	462
第四节	侵犯人身自由的犯罪	469
第五节	侵犯名誉的犯罪	482
第六节	侵犯民主权利的犯罪	484
第七节	妨害婚姻家庭权利的犯罪	491

第二十六章

	侵犯财产罪	496
第一节	侵犯财产罪概述	496
第二节	暴力、胁迫型财产犯罪	498
第三节	窃取、骗取型财产犯罪	514
第四节	侵占、挪用型财产犯罪	528

第五节 毁损、拒付型财产犯罪 535

第二十七章

	妨害社会管理秩序罪	537
第一节	妨害社会管理秩序罪概述	537
第二节	扰乱公共秩序罪	538
第三节	妨害司法罪	566
第四节	妨害国（边）境管理罪	578
第五节	妨害文物管理罪	583
第六节	危害公共卫生罪	589
第七节	破坏环境资源保护罪	598
第八节	走私、贩卖、运输、制造毒品罪	608
第九节	组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	617
第十节	制作、贩卖、传播淫秽物品罪	623

第二十八章

	危害国防利益罪	628
第一节	危害国防利益罪概述	628
第二节	妨害军事行动犯罪	629
第三节	侵害军事设施、场所、装备罪	631
第四节	针对军人的犯罪	635

第二十九章

	贪污贿赂罪	638
第一节	贪污贿赂罪概述	638
第二节	贪污、挪用类犯罪	639
第三节	贿赂类犯罪	653

第三十章

	渎职罪	666
第一节	渎职罪概述	666
第二节	一般国家工作人员渎职犯罪	667
第三节	司法工作人员渎职犯罪	676

第四节	特定机关工作人员渎职犯罪	681
-----	--------------------	-----

第三十一章

	军人违反职责罪	693
第一节	军人违反职责罪概述	693
第二节	危害作战利益犯罪	694
第三节	违反部队管理规定类犯罪	698
第四节	侵犯军事秘密类犯罪	700
第五节	侵害部队装备、物资类犯罪	702
第六节	违反人道主义义务类犯罪	704
	主要参考书目	707

第一章 刑法和刑法学导论

第一节 刑法的概念和法律性质

一、刑法的概念

所谓刑法，简言之，就是一个国家规定什么行为是犯罪、犯罪者的刑事责任以及刑事责任承担方法的法律^①。由此，刑法涵括三个方面的基本内容：①规定一个国家中有哪些行为构成犯罪；②规定犯罪以后行为人应承担的刑事责任；③规定刑事责任的承担方法（主要是刑罚方法）。不过，一个刑事案件发生以后，要经过侦查、起诉、审判和执行判决等一系列程序。国家规定犯罪与刑罚的法律，只是处理刑事案件的实体法，除了刑法外，还有规定追究刑事责任程序的刑事诉讼法和规定刑罚执行程序的监狱法等，这些统称为刑事法。在这个意义上，刑法只是刑事法的一个部分。

从刑法规范的表现形式（即刑法的渊源）看，现代意义上的刑法，有狭义刑法和广义刑法之分。狭义刑法，是指国家立法机关以法典形式公布的刑法，规定的内容具有条理性和系统性。1979年7月1日，第五届全国人民代表大会（以下简称全国人大）第二次会议通过的《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）是新中国的第一部刑法典，而1997年3月14日通过的《中华人民共和国刑法（修订案）》是我国现行的刑法典。广义刑法，是指一个国家制定的所有涉及犯罪、刑事责任以及刑罚的法律规范的总和。广义刑法分散在各种形式的法律中。其通常包括五种形式：①刑法典，即综合统一的法典形式的刑法，如《刑法》。②刑法修正案，是指立法机关对刑法典条文所作的修正和补充，如1999年12月25日全国人民代表大会常务委员会（以下简称全国人大常委会）通过的《中华人民共和国刑法修正案》（以下简称《刑法修正案》）^②。③单行刑法，也称刑事特别法，是指针对某种或者某一类犯罪而制定的刑法，如1998年12月29日全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇的决定》等。④附属刑法，是指散见于其他非刑事法律中有关犯罪与刑罚的规定。例如，《中华人民共和国海关法》（以下简称《海关法》）中关于走私罪的规定，也属于广义刑法的组成

① 不同的刑法学教材，对刑法的概念表述不一，一般将刑法定义为“掌握政权的统治阶级，为了维护本阶级政治上的统治和经济上的利益，根据自己的意志，规定哪些行为是犯罪和应负刑事责任，并给犯罪人以何种刑罚处罚的法律”。高铭暄、马克昌：《刑法学》（第五版），北京大学出版社、高等教育出版社，2011年，第7页。实际上，定义的前半部分只是所有法律所共有的特征（所谓法的实质特征），可以省略。

② 当然，刑法修正案作为刑法典的补充和修改，一经公布，就融入刑法典而成为其有机组成部分。

部分^①。⑤在中国具有效力的国际刑事公约和司法准则。伴随着犯罪的国际化，我国参加和缔结的国际刑事公约和司法准则将越来越重要，它们也属于我国刑法的组成部分^②。

狭义刑法是广义刑法的主体和基础，单行刑法和刑法修正案以及散见于其他法律中的附属刑法规范是刑法典的补充与修正。

刑法理论上，将刑法内部具有相同性质的规范内容集合成类，又可以分为多个分支，如经济刑法（是指规定破坏市场经济秩序的犯罪与刑罚的规范）、行政刑法（是指规定违反一定行政法规的犯罪与刑罚的规范）、环境刑法（是指规定违反环境保护法规的犯罪与刑罚的规范）、军事刑法（是指规定军人违反职责、危害国家军事利益的犯罪与刑罚的规范）等。

二、刑法的法律性质

刑法的法律性质，是指刑法在国家法律体系中的地位及其与其他法律的关系问题。

在任何国家、任何类型的法律体系中，刑法都是国家法律体系中的一个重要组成部分。在国家法律体系的纵向序列中，刑法是仅次于宪法的国家基本的部门法；在国家法律体系的横向序列中，刑法、民法和婚姻法等都是国家的基本法。

刑法与其他法律相比，有四个显著的特点：

第一，刑法的公法性。借助大陆法系公法与私法的划分，刑法是国家为了维持共同体中的法秩序，用公权力对犯罪人科处刑罚的法律，法律关系的一方是国家，其调整的是涉及国家和私人地位不平等的两方之间的关系，因而传统上属于公法的范畴。

第二，刑法所调整和保护社会关系的广泛性。国家法律体系中的部门法，一般只调整某一领域内的社会关系。例如，民法调整平等主体间的财产关系和人身关系，婚姻法调整婚姻家庭关系等。而刑法则以特殊的手段调整社会各个领域内的重要社会关系，包括政治、经济、人身、财产、婚姻家庭等各方面的社会关系。事实上，一国凡是需要追究刑事责任的行为，都需要通过刑法加以调整。

第三，刑法所调整手段的特殊性。任何法律都有一定的强制性并有一定的调整手段，但不同的法律采用的调整手段和强制性有区别，其中，刑法是强制性最严厉的法律，以剥夺公民自由为主要的制裁手段。刑法对触犯刑律构成犯罪的行为需要追究刑事责任，而刑事责任的承担方法一般是对犯罪人适用刑罚（少数可采用非刑罚处理方

^① 不过，也有学者认为，现行刑法典颁布施行以后，行政法、经济法等法律中的一些条款，只是形式地概括性重申了刑法的相关内容，而没有对刑法作出解释、补充、修改等实质性的规定，并不是真正意义上的附属刑法。只有当非刑事法律中设置了真正的罪刑规范时，“附属刑法”才是刑法的渊源。张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社，2011年，第21页。

^② 关于在我国刑事司法活动中，国际公约所规定的刑事司法准则能否司法化，即能否直接援引国际公约所规定的刑事司法准则作为判决的依据的问题，理论上有不同的观点。本书认为，在我国刑事司法活动中，没有直接引用国际法作为法院判决依据的习惯和实际判例，在国内法没有作出明确规定的情况下，法院不宜直接引用国际法作为判决的依据。不过，刑事司法准则应该成为国内刑事立法的重要根据，即刑事立法由过去单纯以宪法为根据转为以宪法和我国参加和缔约的国际条约为根据。

法)。刑罚作为一种严厉的制裁手段，不仅可以剥夺犯罪人的财产权利、政治权利、人身自由权利，甚至可以剥夺犯罪人的生命权。其他法律规定的违法责任的制裁手段不可能达到如此严厉的程度。

第四，刑法的后盾性。刑法与其他法律之间，有着密切的联系。针对某种危害行为，首先考虑的是用民事、行政等法律规范对其进行调整，只有在用刑罚以外的方法处罚无法有效抑制某种危害行为时，立法才转而求助于刑事制裁。因此，刑法通常被称为是具有补充性、第二次性和制裁性等性质的法律^①。在这个意义上，刑法也被称为“后盾法”，即刑法在国家整个法律体系中起到一种保障和后盾的作用。

第二节 刑法的制定和修改

中华人民共和国成立伊始，国家便开始了刑法典的起草工作，到1963年10月，全国人大常委会法律室共草拟了33稿刑法草案^②。但由于同犯罪作斗争的实际经验匮乏以及新中国成立后历次政治运动，特别是“文化大革命”对法制建设的破坏和法律虚无主义的影响，刑法典的制定在相当长的时间内处于停滞不前的状态。1979年7月1日，第五届全国人大第二次全体会议通过了《刑法》，这是新中国的第一部刑法典，这部刑法典在1980年1月1日生效后，结束了我国在相当长时间内刑事审判基本上无法可依的不正常的局面。

1979年的刑法典前后施行了17年（1980年1月1日~1997年9月30日）。17年的实践证明，该刑法典的一些基本原则和规定都是可行的，对于打击犯罪、保护公民、维护社会的稳定、保障改革开放的顺利进行，发挥了重要的、积极的作用^③。但从另一方面看，1979年的刑法典毕竟是新中国第一部刑法典，17年的实践也暴露出它的一些不足，既有立法时就存在的先天不足的一面，也有在社会变革面前难以适应的问题。例如，1979年的刑法典比较简单，仅192条，许多应有所规定的重要内容缺乏规定。此外，随着社会生活的变化，国家政治、经济的发展，出现了一些刑法调整的新需要，如证券犯罪、洗钱犯罪、恐怖活动犯罪、单位犯罪等。尽管1979年刑法典施行以后，立法机关对刑法典曾作了局部补充和修改，前后共制定了22个修改刑法的决定和补充规定，另外，在一些民事、经济、行政法规中规定了“依照”、“比照”刑法有关规定追究刑事责任的内容也有130多条；但这些规范较分散，不易掌握和运用，甚至前后矛盾，司法适用无所适从。因此，制定一部统一的、比较完备的刑法典，将多年来全国人大常委会制定的有关刑事法律的“决定”和“补充规定”中行之有效的部分修改后编入刑法典，将一些民事、经济、行政法规中的“依照”、“比照”刑法有关条文追

① [日] 泷川幸辰：《犯罪论序说》，王泰译，法律出版社，2005年，第2页。

② 高铭暄：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社，2012年，第2页。

③ 王汉斌：1997年3月6日在第八届全国人民代表大会第五次会议上《关于〈中华人民共和国刑法〉（修订草案）的说明》。

究刑事责任的规定改为刑法的具体条文，增加新出现的需要追究刑事责任的犯罪行为，就成为国家刑事立法的重要任务。

全国人大常委会法制工作委员会在总结 1979 年刑法典实践经验的基础上，研究了国外有关刑事法律的规定和现代刑事立法的发展趋势，吸收了多年来刑法学研究的成果，于 1996 年 12 月正式向第八届全国人大常委会第二十二次会议提交了《中华人民共和国刑法（修订草案）》，全国人大常委会决定将草案提交给第八届全国人大第五次会议审议，1997 年 3 月 14 日，第八届全国人大第五次会议通过了《中华人民共和国刑法（修订案）》，并决定于 1997 年 10 月 1 日正式施行。

1997 年刑法典施行以后，针对犯罪形势的变化，全国人大常委会又通过了一部单行刑法和八个刑法修正案，分别是：1998 年 12 月 29 日《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇的决定》，1999 年 12 月 25 日通过的《刑法修正案》、2001 年 8 月 31 日通过的《刑法修正案（二）》、2001 年 12 月 29 日通过的《刑法修正案（三）》、2002 年 12 月 28 日通过的《刑法修正案（四）》、2005 年 2 月 28 日通过的《刑法修正案（五）》、2006 年 6 月 29 日通过的《刑法修正案（六）》、2009 年 2 月 28 日通过的《刑法修正案（七）》、2011 年 2 月 25 日通过的《刑法修正案（八）》，其内容既有新罪名的增加，也有构成要件和法定刑轻重的调整。这说明尽管国家的刑法体系已经初步建构，但立法不可能是一劳永逸的。随着社会的发展，刑法还将会有新的补充和修正^①。

第三节 刑法制定的根据

刑法规范的内容是由立法者制定的，但立法者制定刑法并不是任意的。一般认为，公正、报应以及必要是刑法制定的主要依据。我国《刑法》第 1 条规定：“为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法。”这一规定，概括了我国刑法的制定根据。具体地说，我国刑法的制定根据主要表现为三个方面。

一、宪法是制定刑法的法律根据

宪法是国家的根本大法。宪法以法律形式规定了一个国家的政治制度 and 经济制度以及公民的基本权利和义务，具有最高的法律效力。刑法作为国家的基本法，它的内容必须体现宪法规定的精神，刑法的规定及其解释不得同宪法相抵触，否则就失去法律效力。《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第 1 条明确禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度，第 15 条规定了国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序，第 12 条、第 13 条规定了社会主义公共财产以及公民的合法财产不受侵犯，《宪

^① 有学者认为：“频繁修改刑法，会使人们质疑立法的预见性、立法能力，使理论上坚守的罪刑法定堡垒部分地丧失意义，也使理论上对于某些犯罪的解释变得不正确，对于理论发展和司法实务都有可能产生或多或少的消极影响。”周光权：《刑法总论》（第二版），中国人民大学出版社，2011 年，第 12 页。

法》还规定了国家保护公民的人身权利、民主权利和其他权利等内容，并明确国家维护社会秩序，镇压和制裁各种危害国家安全、危害社会治安以及其他破坏社会主义经济秩序和其他的各种犯罪活动。刑法正是根据宪法提出的任务，将上述内容具体化，以保证宪法的有关内容得到贯彻和落实。另外，制定刑法也要受宪法制约，即刑法的内容必须符合宪法人权保护的精神。

二、同犯罪作斗争的具体经验是制定刑法的实践根据

在同犯罪作斗争的长期实践中，我国既积累了丰富的经验，也有着深刻的教训，刑法的制定正是这些经验教训的科学总结。1979年新中国第一部刑法典制定时，立法机关会同司法机关和其他机关及学者、专家进行了系统的调查研究，对新中国成立后，有关部门关于刑事审判工作的许多规定、批复以及20世纪50年代中期最高人民法院收集的大量案例、对审判刑事案件所采用的罪名、刑种和量刑幅度都作了系统的总结，从而为刑法典的制定提供了丰富的实践经验。1979年刑法典施行以后，随着我国政治、经济和社会生活的发展、变化，立法机关又通过刑事特别法对刑法作了补充和修改，最高人民法院和最高人民检察院在解决具体定罪量刑问题时，也颁行过一系列的司法解释，其中，绝大部分被实践证明是可行的，许多内容也被吸收到了修订后的刑法典中。

三、我国的实际情况是制定刑法的国情依据

我国刑法也是根据我国的具体国情制定的。我国的刑事立法不但汲取了古今中外成功立法例的精华，注意到现代刑法的发展趋势，而且充分考虑到我国的具体国情。我国是一个发展中国家，各种规定都要考虑到同犯罪作斗争的实际需要和利益。例如，刑法修订过程中，有不少学者呼吁修订刑法时应建立一个相对开放与缓和的刑罚体系。从发展趋势而言，这种愿望不无道理。但一个国家有自己的历史和传统，有自己的发展阶段，考虑到我国目前严峻的社会治安形势和严重经济犯罪突出的情况，考虑到打击刑事犯罪的需要，我国的刑罚体系相对于其他国家，仍然是比较严厉的。当然，国情固然应该重视，但过分强调国情的特殊性，忽视或者借此抵制普适的刑法理念，刑法也难以实现现代化。

第四节 刑法的机能

刑法的机能，亦称刑法的功能，是指国家制定和实施刑法在社会生活中所正常发挥的功效和作用。理论界对现代刑法的机能，有着不同的归纳和抽象。但一般认为，刑法应有三种机能：行为的规制机能、法益的保护机能和自由的保障机能^①。

^① 有学者认为，刑法的机能是法益保护和人权保障，行为规制机能基本上只是法益保护机能的反射效果。张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社，2011年，第26页。

一、确定犯罪、惩罚犯罪（行为规制机能）

刑法的行为规制机能，也称刑法的规制机能，是指刑法通过规范，为人们提供了规定了犯罪的行为模式以及对犯罪的处罚基准。刑法的规制机能可以通过刑法分则规范的构造反映出来，刑法分则规范就其内部逻辑结构而言，有假定、处理两个要素，刑法规范的假定主要是犯罪构成范式，处理是量刑规则^①。易言之，刑法通过将一定的行为模式宣布为犯罪，动用国家制裁的力量对犯罪予以惩罚。所以刑法的规制机能可概括为确定犯罪和惩罚犯罪。

确定犯罪，也被称为犯罪的评价机能，是指刑法通过其规范将一定的行为宣布为犯罪，为人们提供了衡量、判断某一行为模式是否构成犯罪的标准。同时，通过犯罪与刑罚的关系确定，刑法也由此命令、引导人们作出遵从刑法不实施犯罪行为的意思决定，即“在一个可能被评价为违法的行为被实施前，‘引导人们从内容上形成正确的意欲’”^②，从而规范、制约人的行为。申言之，在没有发生侵害的场合，刑法规范实际上是一种抽象的、类型化的评价，发挥的是价值预测、禁止性规范和授权性规范的作用。例如，故意杀人罪、抢劫罪的规定，反映了人们对杀人、抢劫的判断和评价以及不准杀人、不准抢劫的价值立场；正当防卫的规定，反映了公民有实施正当防卫的权利。在行为发生后，刑法规范发挥的是事后的法律判断作用，即根据刑法规范对该行为作出犯罪或非罪（合法）的评价。

惩罚犯罪，是指在构成犯罪的情况下，刑法提供适用对犯罪人予以相应法律制裁的基准。即确定了行为的代价，为犯罪人提供犯罪后遭受处罚的尺度。

确定犯罪与惩罚犯罪是紧密联系的。刑法对犯罪的评价机能之所以能够发挥作用，就是因为在犯罪评价后面紧跟着刑罚的制裁力量。

二、维护秩序，保护利益（法益保护机能）

刑法的法益保护机能，是指刑法通过将破坏、否定现存社会秩序的行为确定为犯罪并动用刑罚加以否定，实现对现存的社会秩序与政治权威的维护，进而对社会关系的稳定起到重要的保障作用。我国《刑法》第2条规定：“中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。”^③ 因此，我国刑法的法益保护机能，可概括为四个方面：

^① 张小虎：《刑法机能探究》，《社会科学》，2004年第4期。

^② 〔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，中国法制出版社，2001年，第292页。

^③ 刑法的任务与刑法的机能有一定区别，刑法的机能是刑法客观上能够发挥的积极作用；刑法的任务是立法者制定刑法时的主观设定。刑法任务的完成有赖于刑法机能的发挥，刑法法益保护机能则集中反映了刑法任务的需求。因此，两者又是密切联系的。

第一，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，即国家利益的维护机能。刑法是国家制定的，但国家作为独立的法律关系主体，其本身也有相应的利益，刑法同时也担当起维护国家利益的机能。我国刑法的重要任务是保卫人民民主专政的政权和社会主义制度不受敌对分子的颠覆和破坏，这是刑法的国家利益的保护机能。我国《宪法》第1条规定：“禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。”刑法依据宪法，专章规定了危害国家安全罪，并将这类罪置于刑法分则各类犯罪之首。在规定危害国家安全具体犯罪的10个条文中，法定最高刑为死刑的就有6条，体现了对这类犯罪从严惩处或者说对国家利益严格保护的精神。

第二，保卫社会的经济秩序，即社会的经济秩序维护机能。经济秩序涉及社会生产、交换以及社会物质财富的分配和消费正常有序。没有一定的经济秩序保障，社会生产、分配、流通就无法进行，人们的经济权利也就无法实现。《宪法》第15条规定：“国家实行社会主义市场经济。”改革开放以来，随着计划经济向市场经济的过渡和经济的高速发展，市场经济主体的活动渐趋活跃，经济领域中的各种犯罪现象呈蔓延趋势。针对这种情况，全国人大常委会先后制定过十余个单行的惩治经济犯罪的刑事特别法。1997年修订后的《刑法》，专章规定了破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯财产罪、贪污贿赂罪，修订刑法施行以后，全国人大常委会又颁行了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇的决定》和若干个《刑法修正案》，其目的就是加强对社会主义市场经济秩序的保护，保证我国社会主义现代化建设事业的顺利进行。

第三，保护公民个人的人身权利、民主权利和财产权利，即个人利益的保护机能^①。个人利益，实际上是个人的安全，安全是人的基本需要。为此，我国刑法专章规定了侵犯公民人身权利、民主权利罪，对故意杀人、强奸、绑架等犯罪都设定了较为严厉的刑罚，对破坏选举、非法剥夺宗教信仰自由、侵犯公民通信自由等犯罪也规定了相应的刑事责任，以警戒社会成员不得侵害其他成员的利益；在发生侵害的场合，动用刑罚予以制裁，使犯罪人得到应有的报应，让被害人得到一定的安抚。

第四，维护社会秩序、生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众的生活秩序，即社会生活秩序的维护机能。任何社会都是在一定的秩序轨迹下运行着的，人类需要秩序，亦即需要一个有秩序的、安全的、有组织的、可预见的世界^②。以社会秩序为代表的这五个方面的秩序，其涉及面广泛，事关人与人交往、人与社会组织联系以及人们工作学习正常进行，因而与每个公民的切身利益相关。为维护正常的社会生活秩序，刑法专章规定了危害公共安全罪、妨害社会管理秩序罪、渎职罪等，对放火、爆炸、投放危险物质、破坏交通工具等危害公共安全的犯罪，对聚众斗殴、寻衅滋事等破坏社会秩序的犯罪，都规定了较为严厉的刑事责任，以维护正常的社会秩序。实际上，从本质上看，刑法分则所规定的各类犯罪，也都包含了维护社会秩序的内容。

^① 刑法中，个人利益的保护也属于社会利益保护的一个组成部分。因为“对社会成员中一个人的侵害就是对全体的侵害，所以犯罪的本性也起了变化……现在，侵害行为不只是影响直接受害人的定在，而是牵涉到整个市民社会的观念和意识”。〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆，1961年，第228页。

^② 许道敏：《民权刑法论》，中国法制出版社，2003年，第94页。

三、规制司法、保障人权（自由保障机能）

刑法的自由保障机能，是指刑法通过明确规定何种行为是犯罪、对犯罪科处何种刑罚，从而有力地限制了国家刑罚权的肆意发动，保障普通公民不受刑罚处罚以及犯罪人受到公正处罚的作用。刑法的自由保障机能，表现在两个方面：一方面划定自由领域，保障无罪犯罪嫌疑人、被告人不受刑事追究。由于在国家的刑罚权面前，每一个公民实际上都是潜在的犯罪嫌疑人、被告人。刑罚权一旦滥用，侵犯人权就变得“合法化”，社会赖以保证安全的权力由此被异化为对公民权利的普遍威胁和剥夺。刑法的制定与实施，使犯罪的认定有一个相对确定的标准，以保障无罪的人（包括无罪的犯罪嫌疑人、被告人）不受刑事追究。从这个意义上说，刑法是善良公民的大宪章。另一方面，保障对实体意义的犯罪人罚当其罪。对犯罪人只能根据刑法的规定进行处罚，保障犯罪人免受不恰当的刑罚（即不受超出法律规定之外的处罚）。从这个意义上说，刑法也是犯罪人的大宪章^①。

刑法的三大机能是相辅相成的，理想状态下的刑法，“应该持续和谐地实现刑法的保护机能、规律功能、保障功能，不能过于强调某一功能”^②。现实中的刑法，则是在保护和保障的矛盾中不断探索、协调和发展^③。

第五节 刑法体系

刑法体系，是指刑法的组成与结构，即刑法是由哪些部分组成、其内部结构是如何排列的。

我国现行的《刑法》包括三部分，即总则编、分则编和附则。总则编有5章，包括刑法的任务、基本原则和适用范围、犯罪、刑罚、刑罚的具体运用、其他规定，共101条。总则是关于犯罪与刑事责任以及刑罚适用的一般原理、原则的规范体系，是定罪量刑必须遵守的共同准则。分则编共10章，包括危害国家安全罪，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、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，军人违反职责罪，共350条。刑法分则是关于具体犯罪和具体法定刑的规范体系，是解决具体行为定罪量刑的标准。附则1条，规定修订后刑法实施的时间和修订后刑法与其实施前全国人大常委会制定的单行刑法的关系。

刑法总则与刑法分则的区分并不是从来就有的。人们先认识的是具体犯罪，远古最初的刑法规定的往往也仅仅是具体犯罪，在惩治具体犯罪的过程中，人们抽象出认定犯罪与适用刑罚的一般规则，从而形成了刑法总则的内容。因此，刑法总则与刑法

① 〔日〕西原春夫：《刑法的根基与哲学》，顾肖荣等译，法律出版社，2004年，第46页。

② 〔日〕木村龟二：《刑法学词典》，顾肖荣等译，上海翻译出版公司，1991年，第11页。

③ 详细内容参见孙国祥：《刑法基本问题》，法律出版社，2007年，第7~9页。

分则的关系实际上是一般与特殊、抽象与具体的关系；总则指导分则，分则是总则原理、原则的具体体现。没有总则的共同性的原理、原则的规定，分则规定的具体犯罪和法定刑就难以理解和应用；反过来，没有分则的具体规定，总则所规定的内容就无从贯彻和实现。所以，总则和分则相互依存、密不可分。

我国刑法的具体规范在刑法典中都是以条文的形式出现的。“条”虽然分属各有关的编、章、节，但全部采用统一的顺序号码编号，从第1条到第452条，不受编、章、节的限制。“条”下面为款、项。我国刑法中许多条文都有数个款、项。例如，《刑法》第17条就有4款。在“款”下面是“项”，通常以（一）、（二）、（三）等基数号码表示。司法文书引用法律条文时，如有款项，则应指出引用的是哪条、哪款、哪项。此外，刑法修正案补充的新内容，采用挂靠在类似条文的方法，将其融入到刑法典中，用“××条之一”来表示。例如，《刑法修正案（八）》补充的“危险驾驶罪”，挂靠在《刑法》第133条“交通肇事罪”下，成为《刑法》“第一百三十三条之一”。

应当注意，刑法条文中往往有“但书”的内容。凡在刑法条文中用“但是”这一连接词来表示条文内容转折关系的，从“但是”开始的文字，在理论上称为“但书”。就“但书”表述的内容看，我国刑法中的“但书”基本上有四种情况：一是表示与前段相反的情况。例如，《刑法》第13条在叙述了什么行为是犯罪以后，紧接着规定：“但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”这一“但书”就是从什么情况不认为是犯罪的角度补充说明什么行为是犯罪。二是表示对前段的例外情况。例如，《刑法》第67条前段在规定了累犯的条件后，后段紧接着规定“但是过失犯罪的除外”。三是表示对前段的限制情况。例如，《刑法》第73条规定拘役的缓刑考验期为原判刑期以上，但是不能少于2个月。四是表示对前段的补充。例如，《刑法》第37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，但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分”。

第六节 刑法解释

刑法解释，就是对刑法条文含义的阐明。任何法律规范，都具有抽象性的特点。刑法也不例外，刑法条文的真实含义，往往要通过解释阐明。客观情况变化后，也需要通过刑法的解释，对一些条文赋予新的内容。因此，刑法的适用需要解释。

一、刑法解释的分类

任何人都可以对刑法提出自己的见解和观点，也就是说人人都有权对刑法进行解释，但从解释作出的结论有效性看，刑法的解释可分为有效解释和非正式解释（学理

解释)^①。刑法的有效解释可分为立法解释和司法解释。

(一) 刑法的立法解释

刑法的立法解释，是指立法机关对刑法条文中的用语和规范本身的含义所作的阐明。根据《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）第42条的规定：“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。法律有以下情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：（一）法律的规定需要进一步明确具体含义的；（二）法律制定后出现新的情况，需要明确法律适用依据的。”全国人大常委会是国家立法机关的常设机构，故全国人大常委会的解释，同刑法规范本身一样，具有普遍的约束力，属于刑事立法的范畴。我国刑法的立法解释主要有三种形式^②：①在制定刑法时列入解释性的条文，这通常适用于某些法律术语含义的揭示。例如，《刑法》第91～99条分别对“公共财产”、“公民私人所有的财产”、“国家工作人员”、“司法工作人员”、“重伤”、“违反国家规定”的含义和范围进行了的阐明。②国家立法机关法律草案说明，即国家立法机关在法律草案说明中对立法精神和规范含义所作的阐明。③在刑法实施过程中，由全国人大常委会对刑法某些内容所作的解释。例如，2000年4月29日第九届全国人大常委会第十五次会议通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》，对国家工作人员的范围作了解释性的扩张。

(二) 刑法的司法解释

刑法的司法解释是指司法机关就检察、审判工作中如何具体运用刑法所作的解释。根据《关于加强法律解释工作的决议》规定：“凡属于法院审判工作中具体运用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体运用法律、法令的问题由最高人民检察院进行解释。”因此，我国司法解释的机关只限于最高人民法院和最高人民检察院，解释的范围只限于审判工作和检察工作中如何具体运用刑法规范的问题，解释的效力只限于全国的审判工作和检察工作。与解释的机关和效力范围相应，刑法的司法解释分为审判解释和检察解释。

审判解释是由最高人民法院对审判工作中如何具体运用刑法规范所作的解释，它对全国的审判工作有普遍的约束力，表现形式为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种^③；检察解释是最高人民检察院对检察工作中如何具体应用刑法规范问题所作的解

^① 学理解释是指有关社会组织、教学科研单位或者专家学者对刑法规范所作的学术性和知识性的解释。学理解释既可能以现行法为依据，也可能以权利本位或应然原理对刑法作理想主义的解释。学理解释对刑事司法没有约束力，但其具有的理论影响力对司法实务有参考作用。

^② 高铭暄、马克昌：《刑法学》（上编），中国法制出版社，1999年，第21～22页。

^③ 根据最高人民法院2007年3月9日印发的《关于司法解释工作的规定》，司法解释的形式为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种。对在审判工作中如何具体应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何应用法律制定的司法解释，采用“解释”的形式。根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释，采用“规定”的形式。对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释，采用“批复”的形式。修改或者废止司法解释，采用“决定”的形式。

释，它对全国的检察工作有普遍的约束力，主要表现为“解释”、“规定”、“规则”、“意见”、“批复”等^①。为加强协调，避免矛盾，我国刑法的司法解释通常采用联合解释的形式，即最高人民法院和最高人民检察院（有时还包括公安部、国家安全部、司法部）对司法工作中如何具体运用刑法问题共同作出的司法解释，它对全国的审判和检察工作均有约束力^②。

二、刑法解释的方法

如何解释刑法？理论上存在着主观说和客观说之分。主观说强调刑法解释的目标就是阐明刑法制定时立法者的立法原意，而一切超出立法原意的解释都是违法的、无效的。此说为刑事古典学派所主张，也为我国一些学者所坚持。客观说认为，刑法解释总是关于现在的解释，其目标就是阐明解释时刑法条文客观上所表现出来的意思，而不是立法者制定刑法时主观上所赋予刑法条文的意思。此说为刑事实证学派所倡导。不同的解释方法，不但是思维的区别，而且也是价值立场的差异所致。我们认为，刑法的解释应首先选择主观解释，即解释应尽量体现立法的本意、立法的追求，不能否认立法原意的客观存在。同时，刑法的解释也不是简单的考证，解释者应推定立法者本身也是与时俱进的，应结合社会的现实，在客观现实的条件下来探寻立法的本意。

刑法解释的具体方法可分为文义解释和论理解释两大类。

（一）刑法的文义解释

文义解释，是指根据刑法条文用语的文字意义与语法结构去理解刑法规范的内容和意义的解释方法。文义解释是最基本的解释方法。解释的对象是用文字表达的一定的法律术语，包括刑法条文的名词、概念、术语等。通过解释，“将已包含于文字之中，但被遮掩的意义‘分解’、摊开并且予以说明”^③，进而从内涵和外延上，解决刑法条文内容“是什么”的问题。例如，我国《刑法》第97条规定，“本法所称首要分子，是指在犯罪集团或者聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子”等，就属于文义解释的范畴。

文义解释又有通义解释和特殊文义解释之分。根据法律文字的字面含义和通常含义对刑法条文进行解释，理论上称之为通义解释。一般而言，刑法条文的文字应尽可能以社会公众的文字习惯和通常含义为依据，如果大量使用与一般理解不一样的用语，就会造成刑法的可预测性降低，削弱刑法的一般预防的功能。对刑法的解释也应如此，应在通常意义上解释刑法条文的含义，既不扩大也不缩小文字本身的含义。特殊文义解释，是指对刑法所用的专门术语，不是按照通常的文字意义而是按照法律的习惯意

^① 参见最高人民检察院2006年5月10日印发的《司法解释工作规定》。

^② 2012年1月10日，最高人民法院和最高人民检察院印发了《关于地方人民法院人民检察院不得制定司法解释性质文件的通知》，明确“地方人民法院、人民检察院一律不得制定在本辖区普遍适用的、涉及具体应用法律问题的‘指导意见’、‘规定’等司法解释性质文件，制定的其他规范性文件不得在法律文书中援引”。

^③ [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆，2003年，第194页。

义解释，甚至应从专门的刑法含义去理解。例如，日常生活中理解的行为是指积极的作为，而在刑法上的行为包括了不作为。又如，对刑法中国家工作人员，就不能按一般人理解的“国家干部”界定范围。

（二）刑法的论理解释

论理解释，是指参酌刑法条文产生的缘由、理由、沿革及其他相关事项，透过现象看本质，按照立法精神，阐明刑法真实含义的解释方法，包括系统解释、历史解释、目的解释、比较解释等。

（1）系统解释（也称关联解释、体系解释）。“法规则系存在于一定的规整脉络中；多数规定彼此必须相互协调、逻辑一贯，以避免产生相互矛盾的决定。”^①解释法律，自然也就需要应用体系思考的方式，将法律条文放到所在的上下文、法律文件甚至法律体系中系统考虑，进行纵向和横向的比较，从条文间的联系和整体的角度对刑法加以合理的理解。例如，全国人大常委会1988年《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第4条第2款规定：“与国家工作人员、集体经济组织的工作人员或者其他从事公务的人员相勾结，伙同受贿的，以共犯论处。”1997年修订后的《刑法》没有受贿罪共犯的表述。理论上曾有观点认为，修订后的《刑法》已取消内外勾结的受贿罪共犯。这是缺乏系统思维的解释。因为按照共同犯罪的一般原则，一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪的，均可以认定为共同犯罪。也就是说，“根据刑法关于共同犯罪的规定，非国家工作人员与国家工作人员勾结，伙同受贿的，应当以受贿罪的共犯追究刑事责任”^②。

（2）目的解释。即根据立法者制定法律时的意图所作的价值判断，从逻辑上对刑法条文含义所作的解释。刑法是理性的产物，立法意图是客观存在的，而且立法的意图也不是不可知的。可以通过“立法过程中的一切现象、文件、立法建议、草案说明、法律委员会的审议报告等。引用这些历史资料主要在于探求某一法律概念是如何发生，如何被接受到条文中来，以及立法者是基于哪种价值决定去制定哪些法典，或者根据历史参考资料得出符合时代的结论，以帮助理解法典的意蕴”^③。

（3）语境解释。在探求刑法用语的含义时，不能单纯考虑对某字、词、句的解释，而应当将所解释的对象放到特定的语境中进行把握^④。例如，同样是“单位”一词，刑法中的“单位”与日常生活中所称的“单位”含义并不一样，刑法中“单位”一词有着严格的法律界定。即使是同一法典中的同一词语，在不同的规范中，其含义未必相同。例如，同样是“胁迫”一词，在不同的刑法规范中需要作不同的解释，抢劫罪中

① [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆，2003年，第5页。

② 参见最高人民法院2003年印发的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》。

③ 姜伟、卢宇蓉：《刑法解释的若干问题》，载赵秉志、张军：《中国刑法学年会文集》（2003年度）（第1卷），中国人民公安大学出版社，2003年，第34～35页。

④ 苏力：《解释的难题：对几种法律问题解释方法的追问》，载梁治平：《法律解释问题》，法律出版社，1998年，第33页。

的“胁迫”，仅指暴力“胁迫”，而强奸罪中的“胁迫”不仅可以是暴力胁迫，也可以是非暴力的精神胁迫。

(4) 扩张解释。即根据立法精神，从逻辑上对刑法条文的含义进行超出字面意思的解释。例如，2004年12月29日全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》将刑法规定的“信用卡”，扩大到“由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡”。

(5) 限制解释。即对刑法条文作狭于字面意思的解释。由于法律条文的文义过于宽泛，在解释法条时，将其文义限制于较为狭窄的范围之内。例如，最高人民法院2000年11月22日制发的《关于审理抢劫案件具体适用法律若干问题的解释》规定，“‘入户抢劫’，是指为实施抢劫行为而进入他人生活的与外界相对隔离的住所，包括封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所的渔船、为生活租用的房屋等进行抢劫的行为”。这一解释对“入户”作了限制性的解释。

(6) 当然解释。根据立法精神，对刑法适用所作的“举重若轻”、“举轻若重”的逻辑解释^①。所谓“事不同理同”。例如，《刑法》第238条规定，“为索取债务非法扣押、拘禁他人的”，依照非法拘禁罪定罪量刑。现实生活中，人们对于为了索取赌债、高利贷而非法拘禁他人的，是否构成非法拘禁罪，理解不一。最高人民法院通过司法解释明确，这种情况也应以非法拘禁罪论处，其解释的依据就是“举轻若重”^②。

当然，刑法解释的内容应受罪刑法定原则的约束。特别是司法解释，必须忠实于立法原意，不能在刑法之外创制新的刑法规范，更不能设置新的罪名。对于歪曲立法原意的司法解释，应由全国人大常委会予以纠正。

三、刑法解释的效力

《立法法》第47条规定：“全国人民代表大会常务委员会的法律解释与法律具有同等的效力。”因此，立法解释具有刑事立法的性质（尤其是对于法律制定以后出现的新情况，需要明确法律适用依据的解释），属于法的渊源的一种。

立法解释层次高于司法解释，依据一般的法理，位阶高的解释效力应优先于位阶低的解释。所以在立法解释与司法解释有冲突的情况下，应适用立法解释而不是司法解释。

理论上，“两高”（指最高人民法院和最高人民检察院）的司法解释在效力上处于相同的地位。如果“两高”在同一问题上的司法解释“各自为政”，实践中就会引起操作上的混乱。根据全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》第2条的规定，“最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性分歧的，应当报请全国人民代表大会常务委员会解释或者决定”。因此，及时的立法解释是解决“两高”解释冲突的有效办法。

^① 我国唐律中有“出罪举重以明轻，入罪举轻以明重”的规定。

^② 参见最高人民法院2000年印发的《关于对为索取法律不予保护的债务，非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》。

第二章 刑法的基本原则

第一节 刑法基本原则的概述

刑法的基本原则，是指贯穿于全部刑法、确定犯罪与刑罚及其相互关系的基本准则。刑法的基本原则具有以下特征：首先，它体现了一国刑法的主要特征和基本精神，属于贯穿于刑法始终、带有全局性的准则。只是解决特定刑法问题的原则（如数罪并罚原则），不属于刑法的基本原则。其次，刑法的基本原则一般是刑法特有的原则。如果是所有法律共有的原则，一般不应成为刑法的基本原则。当然，在立法者需要特别强调的情况下，法律的一般原则也可能被规定为刑法的基本原则。

刑法的基本原则与刑法制定根据在本质上是一致的，但着眼点不同，刑法制定根据解决的是刑法制定的理由、法律依据，而基本原则则是将制定根据进一步具体化。

在刑法的发展史上，针对封建社会刑法的罪刑擅断、等级森严和刑罚残酷的特点，西方启蒙思想家提出了罪刑法定主义、罪刑等价主义和刑罚人道主义的主张。这些主张在西方刑法中不同程度地得到了体现，因而被称为刑法的三大原则^①。相对于封建社会的刑法，近代刑法所体现的三大原则无疑是历史的进步。

我国刑法中有哪些基本原则，1979年的《刑法》并未明确规定，理论上由于确定的标准不同，其主张也各不一样。修订后的《刑法》明确将刑法的基本原则作为《刑法》第一章的重要内容，其第3~5条规定了刑法的三大基本原则，即罪刑法定原则、人人平等原则和罪刑相当原则。

第二节 罪刑法定原则

罪刑法定原则，也称罪刑法定主义，是刑法中最重要的原则，也是现代刑事法治的基石。罪刑法定原则的基本精神是：法无明文规定不为罪，法无明文规定不处刑。换句话说，什么样的行为构成犯罪，对构成犯罪的行为应当如何处罚，必须由刑法预先明文规定，刑法上没有明文规定的行为，不得定罪处刑。《刑法》第3条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”这一罪刑法定原则的确立，对构建我国现代刑事法治具有里程碑的

^① 杨春洗等：《刑事法学大辞书》，南京大学出版社，1990年，第559页。

意义。

一、罪刑法定原则的理论渊源

从历史的沿革看，古希腊就有“无法无罪，无法无刑”的法律格言，我国唐代也有“犯罪之人，皆有条制，断狱之法，须凭正文”的要求，《明律》中对刑法的溯及力也有“依新律拟断”的规定，据此，我国有学者推断，古代就已经具有罪刑法定主义的精神^①。应该说，从形式意义的法律制度而言，罪刑法定的雏形早已产生。但从政治角度尤其是从君主的绝对权力而言，古代社会都不存在现代意义的罪刑法定。专制主义社会，统治阶级奉行的是“刑不可知，威不可测”的愚民政策，实行的是“法自君出”、“天下事无大小皆决于上”的罪刑擅断，什么行为构成犯罪，对犯罪如何处罚，并不是按照法律的严格规定，而是“由法官或掌权者根据当时的事件恣意裁定”^②。罪刑法定是法治的产物，因此，以人治为特征的古代社会没有现代意义上的罪刑法定原则存身的政治制度支撑。

罪刑法定是近代社会随着人权观的确立而逐步形成的。现代意义的罪刑法定可追溯到英国 1215 年由英王约翰签署的《大宪章》，其第 39 条规定：“不经适合其身份的合法审判和国家法律，任何人不得被逮捕、监禁、没收财产或不得被驱逐、施暴和剥夺法律保护。”^③ 17、18 世纪的启蒙思想家为反对中世纪专制制度下的罪刑擅断，明确提出了罪刑法定的主张。从理论沿革看，近代刑法学之父德国刑法学者费尔巴哈（A. Feuerbach）1810 年在其刑法教科书中首先以拉丁法谚表达了罪刑法定原则的主张。1789 年的法国《人权宣言》第 8 条的规定，“除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施行的法律之外，不得处罚任何人”，被认为是现代罪刑法定原则最早的法律渊源。其后，美国 1791 年修改的《宪法》第 5 条规定：“不依法律规定，不得剥夺任何人的生命、自由和财产。”1810 年《法国刑法典》第 4 条以刑事立法的形式明确了罪刑法定原则：“没有在犯罪行为时以明文规定刑罚的法律，对任何人不得处以违警罪、轻罪和重罪。”之后，西方国家制定的刑法典相继规定了罪刑法定原则。发展到现代，罪刑法定原则已为绝大多数国家的刑法所采纳，在联合国通过的一些人权公约中，也规定了罪刑法定原则^④。至此，罪刑法定成为世界各国普遍认同的刑法基本原则。

传统的刑法理论认为，罪刑法定原则是建立在三权分立、心理强制说和自然法理论的基础上的。孟德斯鸠等启蒙思想家倡导的三权分立学说，认为“如果同一批人同时拥有判定和执行法律的权力，这就会给人们的弱点以强大诱惑，使他们动辄要攫取权力，借于使他们自己免于服从他们所制定的法律，并且在制定和执行法律时，使法

① 张晋藩等：《中国刑法史新编》，人民法院出版社，1992 年，第 270 页。

② [日] 西原春夫：《刑法的根基与哲学》，顾肖荣等译，法律出版社，2004 年，第 11 页。

③ 马克昌等：《刑法学全书》，上海科学技术文献出版社，1993 年，第 605 页。

④ 例如，《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条规定：“任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。”该公约第 15 条规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依照国家法或国际法均不构成刑事犯罪者，不得据以认为犯有刑事罪。所加的刑罚不得重于犯罪时适用的规定。如果在犯罪之后依法规定了应处以较轻的刑罚，犯罪者应予减刑。”

律适合于他们自己的私人利益”^①。只有划分国家的权力，公民的生命、自由和财产才能得到保障，主张立法机关专司立法职能，司法机关行使审判职能，从而限制了司法权的滥用，实现了权力的制衡，从而否定了导致司法专横的罪刑擅断。英国思想家洛克则从人性善的观点出发，认为在法律产生之前，人类的确或者是应视为处在一种“自然状态”之中，自然状态中人们已享有自然权利。为了保障他们的自然权利不受侵犯，人们订立社会契约，把自己执行自然法的权利交付给政府，由政府支配法律。但同时“制定的、固定的、大家同意的，经一般人的同意、采纳或准许的法律，才是是非善恶的尺度”，以保证个人在政治权力面前的自由和个人免受政府干预与侵害的自由^②。费尔巴哈所倡导的心理强制说认为，人既是理性动物，又有自私的一面。人在实施犯罪以前，总是要比较利弊得失，利用个人心理上对刑罚的恐惧心理，可以抑制人们的犯罪心理，但其前提就是要预先向公民预告什么是犯罪、应处什么样的刑罚。因此，罪刑法定可以为一般国民提供一个行为刑法价值的评判标准。某种意义上，自然法的理论、三权分立反映早期人们对民主与法制的追求，心理强制说是从控制犯罪的刑事政策角度论证罪刑法定原则的必要性，对今天人们认识罪刑法定原则只具有理论渊源的沿革意义^③。因为三权分立虽然为罪刑法定的成文法主义提供了依据，但罪刑法定原则的其他内容（禁止事后法、法律的明确性等）无法从三权分立中找到依据。孟德斯鸠等主张立法至上，法官为法律用语的传声筒，绝对否定法官的裁量权也未必妥当。心理强制说强调了刑法的预测可能性，但人们犯罪与不犯罪并非都是基于快乐与痛苦比较。

现代刑法理论更强调罪刑法定原则建立在民主主义和人权主义的基础上。在民主主义看来，“民主社会必须具备的一个重要特征是：人们都能在事先就明确地得知什么行为属于会遭到政府起诉的犯罪行为，什么行为又是合法的。如果人们对此懵懵懂懂，那么，只要一个人不讨政府喜欢，对于他，政府可以想抓就抓。这样一来，人们每天都如履薄冰，活在恐惧的阴影中，不知道何时回被抓去定罪；而独裁的政府则由此找到了维持威慑统治的有效方式。这是与我们宪法提倡的‘一个政府，要法治，不要人治’的理念最为背道而驰的情况之一”^④。人权主义的观念强调刑法对公民个人自由的保护。罪刑法定原则实际上是通过刑法将社会关系划分成了“权利”和“权力”两个空间，形成了权力空间的有限性和权利空间的无限性的特征。即“每一个公民者应当有权做一切不违背法律的事情，除了其行为本身可能造成的后果外，不用担心会遭到其他麻烦”^⑤。由此可见，罪刑法定原则是以个人本位和权利本位为价值取向的。

正是民主主义和人权主义，成为现代刑法罪刑法定原则的生命力源泉，也使罪刑

① [英] 洛克：《政府论》（下卷），叶启芳等译，商务印书馆，1981年，第89页。

② 陈炜：《罪刑法定原则理论渊源层次观——以自然法为视角》，《湖南社会科学》，2005年第2期。

③ 张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社，2004年，第4页。

④ [美] 迈克尔·特拉切曼：《34座丰碑：造就美国的34次判决》，陈强译，法律出版社，2008年，第154页。

⑤ [意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社，1993年，第69页。

法定成为现代刑事法治的基石。

二、罪刑法定原则的主要精神

罪刑法定原则对定罪量刑提出了六项基本要求。

1. 刑法的渊源排斥习惯法

古代社会，习惯是刑法的重要渊源。现代社会，习惯法在其他部门法尤其是民法中，可以作为国家制定法的补充性法源。但在刑法中则是应当受到排斥的，因为“刑法比其他法的领域更需要法的安定性，因为只有成文法才能保证法的安定性，故此每部现代刑法典都将刑法完全浇铸为成文法的形式”^①。

2. 刑法的效力否定溯及既往的效力

法不溯及既往，是罪刑法定的基本要求。法律应该具有行为价值的预测功能。对行为的处罚，以行为时明文规定为限，行为时未规定应受刑罚处罚的行为，即使行为后有新的法律，也不得追溯过去的行为而加以处罚，即所谓“昨天的行为不得按照今天立法的刑法法规来处罚”。不过，由于罪刑法定原则的宗旨在于保障人权和自由，因此法不溯及既往的原则仅适用于新的犯罪化的规范和对被告人不利的规范。从有利于被告的原则出发，新的有利于被告的规范具有广泛的溯及力。在这个意义上，所谓“法不溯及既往”是指禁止不利于被告的重法溯及既往。

3. 刑法的适用禁止类推

类推，是指刑法上没有明文规定的行为，审判人员可以根据刑法最相类似的条文定罪判刑的制度。由于类推制度没有严格的条件限制，其本质上是为罪刑擅断服务的。刑法中类推的适用，意味着法官也在行使立法权，创制新的法律，立法权和司法权混同，失去了立法和司法各自独立、相互制约的作用，不符合罪刑法定的要求。禁止类推是单向的，即禁止不利于被告人的类推，而“有利于被告的类推，在刑法中是不受限制地允许的”^②。

4. 刑罚的适用反对不定刑和不定期刑

不定刑，是指只规定犯罪要予以处罚，但没有规定处以何种刑罚。不定期刑，是指在判处剥夺人身自由刑时，根据服刑人的表现即在行刑阶段最后确定刑期的制度。罪刑法定要求犯罪法定的同时，刑罚也必须法定。即必须有确定的刑种与刑罚幅度，由法官来确定刑期。而不定刑或者不定期刑，对于犯罪以后的法律后果实际上没有法定，因而与罪刑法定的要求是相矛盾的。

5. 罪刑的明确性

明确性，是指“规定犯罪的法律条文必须清楚明确，使人能确实了解违法行为的

^① 〔德〕古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律智慧警句》，舒国滢译，中国法制出版社，2001年，第38页。

^② 〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论（第1卷）：犯罪原理的基础构造》，王世洲译，法律出版社，2005年，第79页。

内容，准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围，以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象”^①。只有明确性的刑法规范，才能在公民的心目中建立起相对固定的“行为—后果”间的预期，才能逻辑地成为保护公民自由、防止罪刑擅断的有力武器。而“含糊的刑法无异于否定罪刑法定原则以及否定刑法存在的价值”^②。

6. 刑法的谦抑性

谦抑性是指刑法的经济性或节俭性。在立法阶段，刑法的谦抑性是指立法者应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚（而用其他刑罚替代措施）——有效地预防和控制犯罪。在刑法解释阶段，就是在定罪、适用刑罚的解释中，要采取“紧缩”的态度。可定罪、不可定罪的界际中，一般不定罪；可轻可重的界际中，一般轻判；无期与死刑的界际中，一般判无期^③。这是现代刑法对罪刑法定原则内容的扩张。基于谦抑原则，要“禁止处罚不当罚的行为”，所谓“禁止处罚不当罚的行为，一方面要求不得违反人权保障规定处罚行为，或者说不得将符合宪法规定的权利行为进行处罚；另一方面要求不得处罚不值得处罚的行为，或者说不得处罚轻微危害性的行为以及缺乏处罚的必要条件的行为”。此外，罪刑法定也“要求禁止残虐的刑罚”^④。

三、刑法中罪刑法定原则的体现

罪刑法定原则在我国 1997 年修订后的《刑法》中主要体现为以下几项内容。

1. 法无明文规定不为罪，取消了类推制度

我国 1979 年《刑法》规定有类推制度，当时主要考虑“我国地大人多，情况复杂，加之政治经济形势发展变化较快，刑法特别是第一部刑法，不可能把一切复杂多样的犯罪形式包罗无遗，而且也不可能把将来可能出现又必须处理的新的犯罪形式完全预见，予以规定；……因此，为了使我们的司法机关能及时有效地同刑法虽无明文规定但实际上确属危害社会的犯罪行为作斗争，以保卫国家和人民的利益，就必须允许类推”^⑤。所以，1979 年《刑法》第 79 条规定：“刑法分则没有明文规定的犯罪，可以比照最相类似的条文定罪量刑。”但 17 年来的实践表明，类推适用的案件很少，1980~1997 年报请最高人民法院的类推案件有 90 多件，实际核准的只有 70 多件，而且主要是婚姻家庭、非法侵占保管物、遗失物等方面的行为，说明类推并没有多少必要性^⑥。1997 年修订后的《刑法》取消了类推制度，确定了法无明文规定不为罪。

2. 对犯罪作了较具体的规定

1979 年的《刑法》不但条文少，而且条文内容比较简单，许多重要犯罪的罪状仅

① [意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，中国人民大学出版社，2004 年，第 24 页。

② [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法总论》，王世洲译，法律出版社，2005 年，译者序。

③ 陈兴良：《刑事司法研究》，中国方正出版社，2000 年，第 358 页。

④ 张明楷：《外国刑法纲要》（第二版），清华大学出版社，2007 年，第 33 页。

⑤ 高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社，2012 年，第 78~79 页。

⑥ 敬大力：《刑法修订要论》，法律出版社，1997 年，第 22~23 页。

以寥寥几个字就概括了，结果造成一些条文的内容随意性很大，形成了像“投机倒把罪”、“流氓罪”、“玩忽职守罪”等可任意解释的“口袋罪”，不符合罪刑法定明确性的要求。修订后的《刑法》对有关犯罪概念、犯罪构成要件、犯罪具体罪状、犯罪的轻重情节等作了明确规定，分则条文从原来的 103 条增加到 350 条，分解了“投机倒把罪”、“流氓罪”、“玩忽职守罪”、“诈骗罪”等罪，分则条文的内容也更加具体，各种犯罪构成的具体条件更加明确，防止了定罪上的随意性。

3. 确定了从旧兼从轻的刑法溯及力原则

刑法的溯及力，是指一部新的刑事法律通过、施行以后，对它生效以前未经审判或判决未确定的行为是否适用的问题，如果适用，这一法律就有溯及力，如不适用，这一法律就没有溯及力。社会的转型与变革，新旧法律交替频频，溯及力更是刑法适用无法回避的重要问题。从旧兼从轻，就是对一种行为是否追究刑事责任或追究什么样的责任，原则上应以行为时的法律为依据，但是审判时新的刑法处罚更轻的，从有利于被告人的精神出发，应适用新的刑法。而 1982 年 3 月 8 日全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》却实行了有条件的从新原则，“凡在本决定施行之日以前犯罪，而在一九八二年五月一日以前投案自首，或者已被逮捕而如实地坦白承认全部罪行，并如实地检举其他犯罪人员的犯罪事实的，一律按本决定施行以前的有关法律规定处理。凡在一九八二年五月一日以前对所犯的罪行继续隐瞒拒不投案自首，或者拒不坦白承认本人的全部罪行，亦不检举其他犯罪人员的犯罪事实的，作为继续犯罪，一律按本决定处理”。1983 年 9 月 2 日，全国人大常委会《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》则进一步规定，“本决定公布后审判上述犯罪案件，适用本决定”。即实行从新原则。应该说，上述两个决定在溯及力问题上，背离了罪刑法定原则。修订后的《刑法》在罪刑法定原则的指导下，再次明确了从旧兼从轻的溯及力原则。

4. 刑罚的法定化

罪刑法定不仅体现在定罪上，而且还体现在刑罚上，各种犯罪应处什么样的刑罚，须有刑法明文规定，法无明文规定不处罚。修订后的《刑法》对刑罚的种类和适用的原则和条件，以及各种犯罪的量刑幅度等都作了较为明确的规定，这就为司法机关准确打击犯罪提供了法律依据，有助于防止畸轻畸重、滥用刑罚的现象。

四、罪刑法定原则的相对性

古典刑事学派先哲们不但提出了罪刑法定，而且强调罪刑法定原则的绝对性。例如，贝卡里亚就认为，“只有法律才能为犯罪规定刑罚……任何司法官员都不能自命公正地对该社会的另一成员科处刑罚……他的判决是对具体事实做出单纯的肯定或否定”。在他看来，法官根本没有权力解释法律，法官唯一可做的是：依据法律之严格规定对公民的行为作出是否符合法律的判断，从而得出有罪或无罪的结论。即法官在断案时只用一个简单的三段论“大前提是一般法律，小前提是行为是否符合法律，结论

是自由或者刑罚”^①。

绝对罪刑法定原则是建立在刑法内容的完整性、条文逻辑严密和封闭性的假设上。但绝对罪刑法定原则的这些假设并不可靠。罪刑法定产生以后，人们也很快发现了绝对罪刑法定原则的不足，绝对罪刑法定原则不断受到质疑和变通。可以说，罪刑法定原则在实践中从来没有被绝对过。此外，罪刑法定原则“在产生和形成阶段（前现代法治社会）其功能和价值确是限制国家司法权的滥用，……但是罪刑法定原则的定型时期（现代法治国家）其功能和价值则渐变为兼具惩罚犯罪和人权保障双重功能。罪刑法定这一原则现已演变为一种技术，即国家自觉地用来作为惩治犯罪的技术”^②。正是认识的深化，推动罪刑法定原则本身的发展演变，罪刑法定原则出现了某种程度的“软化”，使其经历了从绝对到相对的转变过程。其主要表现为：

（1）相对明确性的条文设计。初始的罪刑法定原则强调刑法的精确性，但刑法未必越细越好，而是应该具有一定的弹性，便于适应纷繁复杂的情况，针对不同案件的不同情况予以处理。现行刑法中，设置兜底性的条文（如在列举某种犯罪的具体行为表现后，用“其他”作概括）、设置“情节犯”（以“情节严重”、“情节特别严重”等概括性或称模糊性的判断标准作为罪与非罪的依据）等，都是刑法相对明确性的体现。

（2）刑法的适时修正。绝对的罪刑法定原则强调刑法的稳定性，担心频繁的刑法补充和修改会破坏刑法的稳定。但事实上，没有一个国家的刑法，凭立法者设计就可以一举堵住全部的漏洞，都是一个实践、修补、再实践、再修补的过程。刑法应具有时代性，追求法律的稳定性也不能不顾刑法对社会生活的适应性，根据社会生活的需要，可以对刑法进行及时的修改和补充。

（3）法律解释的跟进。绝对的罪刑法定反对法律的解释。显而易见的是，现代罪刑法定原则并不排除法律解释。只要在现有法律当然和可能包含的意义框架内，其解释就是必要、有效的。

（4）赋予一定的自由裁量权。绝对的罪刑法定否定法官的自由裁量权，难免使刑事司法成为一套成品化的机械劳动。但现代社会，人们认识到，机械地、教条地适用法律，导致法律或者过于宽松，或者过于严苛。罪刑法定并不意味着剥夺法官的自由裁量权。“法典仅仅陈述一般性原则，填补罅隙则是法官的工作”^③，即法官负有改造裁判所依据的法律责任。更严重的是，不给予法官在司法活动中合法合理的对事实问题和法律问题进行自由选择的权力，容易在个别正义面前显得软弱无能。相对明确性的条文设计实际上赋予了法官“自由裁量权”。

① [意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社，1993年，第12页。

② 储槐植：《提倡折衷——法学研究范式检讨》，《浙江社会科学》，2005年第3期。

③ [美] 本杰明·N. 卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社，2002年，第103页。

第三节 人人平等原则

法律面前人人平等是宪法所确定的法律适用原则。所有法律的适用都应体现这一原则精神。不过，刑法的适用直接关系到公民一定自由的剥夺，甚至关系到一个人的生杀予夺的大问题，这一宪法原则能否在刑事审判中贯彻到底尤为重要，更加引人注目。我国《刑法》第4条规定：“对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”它强调了人人平等原则在刑法适用中的重要性。

人人平等作为刑法适用的一项基本原则，其基本含义是：处理刑事案件，对一切公民，不论其民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况等有何不同，都一律平等地适用刑法，对一切公民，该依法予以保护的，就应当予以保护；应当依法追究刑事责任或严惩的，就应予以追究和严惩，不能因为有一定的社会地位或职权就享有特权^①。因此，刑法中的平等原则，应包括：定罪的标准平等，即任何人犯罪，都应无一例外地受到刑事追究；刑罚适用的平等，即不能因身份、地位而导致同罪异罚；刑罚执行的平等，即在行刑阶段，不因身份、地位的特殊，在执行阶段有不同的待遇^②。

刑法确立刑法适用的平等原则有着重要意义：首先，它重申了任何公民，只要犯了罪，就要被依法惩处，刑法对公民具有一体遵行的效力；其次，它重申了对任何人犯罪，都应依法量刑，同罪同罚，不能因人而异。当今社会，尽管人人平等的原则深入人心，然而，旧的等级观念在刑法执行过程中的影响仍不可低估。法律适用中的不平等现象仍时有发生。因人而异、罚不当罪的现象，有失刑法的严肃性、权威性，会降低刑法的作用。总之，“法律应当是铁面无私，每一个具体案件的执法者，也应当是铁面无私的”^③。

应当指出，刑法适用的平等原则与在法律规定的范围内实行区别对待的刑事政策并不矛盾。也就是说，平等并不意味着绝对的同罪同罚，“刑法面前人人平等并不否定因犯罪人或者被害人的个人情况而在立法上、司法上允许定罪量刑有其符合刑法公正性的区别对待”^④。根据犯罪行为及犯罪人的不同情况，如犯罪行为的手段、后果、认罪态度、主观恶性程度等情节对犯罪分子酌定量刑，本身依据的就是法律，这对任何

① 就题中之意，刑法平等原则应同时体现立法平等和司法平等。但不无遗憾的是，刑法典只规定了司法平等，而忽视了立法平等。事实上，立法上确有一些不平等的规定，例如，《刑法》第383条规定：“个人贪污数额在五千元以上不满一万元，犯罪后有悔改表现，积极退赃的，可以减轻处罚或者免于刑事处罚。”但同样是财产犯罪，盗窃等犯罪的退赃却无类似的宽大规定。没有立法的平等，也就无法真正实现司法平等。

② 陈兴良：《刑法适用总论》（上卷），法律出版社，1999年，第46~47页。

③ 〔意〕贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社，1993年，第60页。

④ 正如有学者指出的，没有任何一个窃盗案件的情节会与另一窃盗案件完全相同，没有任何人的实际上行为能力或者责任能力与另一个人相同，因为所有人无论是在认识、能力、性格、理解力及意志力等各方面皆不相同。〔德〕考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社，2004年，第23页。

人同样都是平等适用的。

第四节 罪刑相当原则

一、罪刑相当原则的概念和沿革

罪刑相当，又称“罪责刑相适应”，是指根据罪行的大小，决定刑罚的轻重。罪重的量刑则重，罪轻的量刑则轻。

罪刑相当的观念可以追溯到古代社会的“同态复仇”。远古社会，“同态复仇”极为盛行，到奴隶社会，“同态复仇”为法律所认可。但当时的“同态复仇”实际上是统治阶级滥施酷刑的依据，是完全以结果论责任的绝对报应刑。在反封建的斗争中，启蒙思想家针对专制社会严刑酷罚的司法制度，提出了罪刑等价的观念。著名思想家孟德斯鸠曾指出：“惩罚应有程度之分，按罪大小，定刑罚的轻重。”^① 贝卡里亚也指出：“犯罪对社会的危害，是衡量犯罪的真正标尺。”^② 传统的罪刑相当原则中的“罪”，注重的是已然之罪，以已经发生的犯罪和实际造成的客观危害作为量刑的依据；而受刑事人类学派和刑事社会学派的影响，罪刑相当原则之“罪”包含了未然之罪，包含了犯罪意图、主观恶性这些人身危险性因素，因此，罪刑相当是将犯罪主客观方面决定的刑事责任的轻重作为刑罚轻重的依据。对此，英国著名法学家吉米·边沁提出“罪刑相称”的五个规则：①刑罚之苦必须超过犯罪之刑。②刑罚的确定性越小，其严厉性就应该越大。③当两个罪行相联系时，严重之罪应适用严厉之刑，从而使罪犯有可能在较轻阶段停止犯罪。④罪行越重，适用严厉之刑以减少其发生的理由就越充足。⑤不应该对所有罪犯的相同之罪适用相同之刑，必须对可能影响感情的某些情节给予考虑^③。

我国《刑法》第5条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”因此，我国刑法中罪刑相当是指，刑罚的轻重，不仅要与犯罪人所犯罪行的轻重相适应，还要与犯罪人承担刑事责任的轻重相适应。

二、罪刑相当原则的内容

罪刑相当原则应包括以下内容：

第一，刑罚的性质和强度应与犯罪的性质和严重程度相适应，轻罪轻刑，重罪重刑，罪刑相称，罚当其罪。这一精神反映在立法上，刑法分则在确定具体犯罪的法定刑时，根据罪行和刑事责任的轻重确定轻重有别的法定刑。首先，刑罚体系要统一平衡，罪重、责重犯罪的刑罚应该比罪轻、责轻的刑罚重，而不能相反。其次，在刑法

① [法] 孟德斯鸠：《波斯人的信札》，罗国林译，商务印书馆，1978年，第141页。

② [意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社，1993年，第67页。

③ [英] 吉米·边沁：《立法理论——刑法典原理》，李贵方等译，中国人民公安大学出版社，1993年，第68~70页。

总则中确定某些情况的处理原则时，也须贯彻罪刑相当的原则。例如，对预备犯、未遂犯、中止犯的处理原则，对自首、立功、累犯的处理原则以及数罪并罚的原则，都是罪刑相当原则的体现。

第二，刑罚的性质和强度要与刑事责任的轻重相适应。在对具体犯罪裁量刑罚时，不仅应考虑犯罪行为本身的轻重，还应考虑犯罪人应承担刑事责任的轻重。刑事责任的轻重实际上是一种综合评价指标，不单纯指犯罪行为所造成的可测量的确定的某种危害结果，而是犯罪的客观的、主观的和主体的诸方面因素的有机结合。其中，犯罪人的人身危险性大小又是影响量刑轻重的一个重要的因素。由于人身危险性是刑罚个别化考量的依据，因此，罪刑相当原则与刑罚个别化原则有着统一性^①。刑事立法中，对各种具体犯罪的法定刑都规定有一定的幅度，以便司法部门适用时能根据罪责的轻重作出选择。影响刑事责任轻重的因素主要有行为的性质、行为的方式、行为的后果、行为的原因、罪过的形式、动机、目的等。对负有刑事责任的人判处刑罚时，其刑罚的严厉程度不能超过其应负的刑事责任的程度。

^① 所谓刑罚个别化原则，是指审判机关在量刑时，应当根据犯罪人所犯罪行的社会危害程度和犯罪人的人身危险性大小，在相应的法定刑范围内或以该法定刑为基础，判处适当的刑罚或者刑期。马克昌：《刑罚通论》，武汉大学出版社，1999年，第271页。