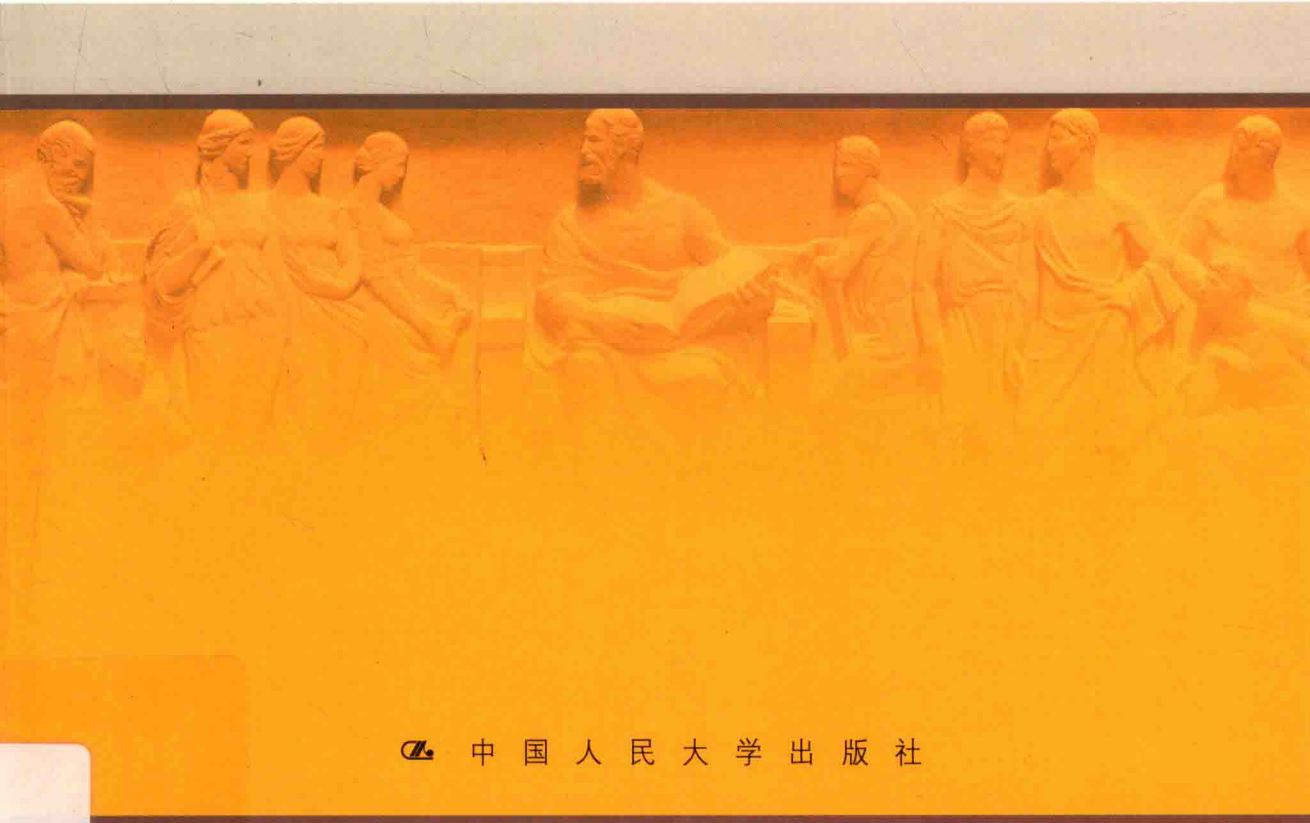


21世纪高等院校法学系列精品教材

刑法总论

(第三版)

周光权 著



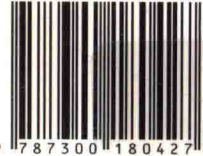
 中国人民大学出版社

目 录

法律解释学	王利明 著
民法总论	王利明 著
人格权法	王利明 著
物权法	王利明 著
合同法	王利明 著
侵权责任法	王利明 著
物权法	崔建远 著
规范刑法学(教学版)	陈兴良 著
判例刑法学(教学版)	陈兴良 著
▶ 刑法总论	周光权 著
刑法各论	周光权 著
财税法学	张守文 著
经济法学	张守文 著
刑事诉讼法学	陈瑞华 著
民事诉讼法	张卫平 著

策划编辑/方明
责任编辑/刘克松 杨巍 方明
封面设计/徐静

ISBN 978-7-300-18042-7



9 787300 180427 >

定价: 55.00元

▶ 21世纪高等院校法学系列精品教材 ◀

刑法总论

(第三版)

周光权 著



中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总论/周光权著. —3 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2016. 3
21 世纪高等院校法学系列精品教材
ISBN 978-7-300-18042-7

I. ①刑… II. ①周… III. ①中华人民共和国刑法-法学-高等学校-教材 IV. ①D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 298943 号

21 世纪高等院校法学系列精品教材

刑法总论 (第三版)

周光权 著

Xingfa Zonglun

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 三河市汇鑫印务有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

印 张 31 插页 2

字 数 808 000

邮政编码 100080

010-62511770 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

版 次 2007 年 11 月第 1 版

2016 年 3 月第 3 版

印 次 2016 年 3 月第 1 次印刷

定 价 55.00 元

作者简介

周光权，男，1968年生于重庆市江津区，现为清华大学法学院教授、博士生导师。1999年毕业于中国人民大学法学院，获博士学位，先后任清华大学法学院讲师（1999年）、副教授（2000年）、教授（2005年）、博士生导师（2006年）。第十一届、第十二届全国人大法律委员会委员；兼任最高人民法院特邀咨询员、最高人民检察院指导案例工作委员会委员以及全国十余家司法机关专家咨询委员、专家顾问。曾挂职任北京市人民检察院第一分院副检察长（2007年11月至2010年7月）、最高人民检察院公诉厅副厅长（2013年4月至2014年5月）。2001年4月至2002年3月，在日本名城大学法学部任客座研究员。

主要研究领域：中国刑法学、比较刑法学等。出版《注意义务研究》（中国政法大学出版社1998年）、《刑法诸问题的新表述》（中国法制出版社1999年）、《法治视野中的刑法客观主义》（清华大学出版社2002年，法律出版社2013年）、《刑法各论讲义》（清华大学出版社2003年版）、《刑法学的向度》（中国政法大学出版社2004年）、《刑法总论》（中国人民大学出版社2011年，第2版）、《刑法各论》（中国人民大学出版社2011年，第2版）、《刑法客观主义与方法论》（法律出版社2013年）、《行为无价值论的中国展开》（法律出版社2015年）等个人专著十部；合著、主编、参编《刑法学的现代展开》（与陈兴良教授合著，中国人民大学出版社2006年）等刑法学著作二十余部。在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》、《中外法学》等刊物发表论文近二百篇。

2002年获第七届北京市哲学社会科学优秀成果二等奖；2003年获第三届“胡绳青年学术奖”；2004年获清华大学“学术新人奖”（清华大学青年学术成果最高奖）；2005年获第一届中国青年法律学术奖（法鼎奖）银奖；2006年获司法部优秀法学科研成果二等奖；2008年入选北京市社科理论人才“百人工程”；2010年获北京市“十大中青年法学家”称号；2014年获第十三届北京市哲学社会科学优秀成果一等奖；2015年获教育部第七届高等学校科学研究优秀成果奖三等奖。

内容提要

本书立足于行为无价值二元论，承认行为规范违反和法益侵害对于犯罪成立的重要性，依次论述了刑法基本原则、犯罪成立理论、未遂论、正犯与共犯、犯罪竞合论以及刑罚论等问题，全面展示了行为无价值二元论的刑法基本原理。

本书的特色在于：（1）按照阶层的而非平面结构的理论，讨论犯罪成立的主观、客观要件和犯罪排除事由，实现体系上的创新，在“体系的思考”上迈出了关键步伐。（2）反思现行的刑法学研究方法，对于刑法总论的关键问题都提出了独到、深入的见解，在建构“精巧的刑法解释学”方面进行了尝试，在“体系的思考”中凸现“问题的思考”。（3）重视社会发展和刑法制度变迁之间的紧密关联性，强调刑罚积极的一般预防功能，促进公众认同与刑法制度之间的互动。（4）提倡学派论争，对刑法诸问题的解释与作者一直坚持的刑法客观主义立场、行为无价值二元论保持紧密关联，尤其是结合行为无价值二元论的前沿研究成果对客观归责、事实认识错误、过失犯、未遂犯、不能犯、义务犯等进行了全面阐释，最大限度地保持了刑法学立场和方法的一贯性。

第三版序

时隔四年之后修订本教科书，主要出于两方面的考虑：

一方面，立法和司法解释发生了重大变化。《刑法修正案（九）》大规模修改刑法，其中增设了大量新罪，修订刑法各论部分的内容是迫在眉睫的任务；同时，经济和行政立法活跃，《食品安全法》、《环境保护法》、《广告法》、《民事诉讼法》等重要法律近年来的修改，都会对犯罪认定发生一定影响，本教科书必须反映相关内容；此外，近四年来最高司法机关制定了大量司法解释，不将其充实到教科书中将会降低其实用性。为应对上述变化，本书第三版主要在以下方面进行了修订：（1）对总论中某些特别重要的问题，结合立法的修订进一步展开了论述。（2）对刑法各论中重要罪名（如侵犯财产罪、贪污贿赂罪等）的讨论结合立法的变化增加了相当篇幅。（3）结合最新立法动态，对《刑法修正案（九）》新增和修改的罪名，逐一进行了解析，对某些重要的新罪名，还进行了详细讲解。（4）结合2011年之后至2015年12月之间最高人民法院、最高人民检察院先后颁布的司法解释，对相关内容进行了调整和修改。（5）此外，为回应实务需求，借这次修订的机会，对犯罪认定上的难点进行了仔细分析，例如，对一般教科书中着墨并不多，但实践中争议很大的合同诈骗罪、非法吸收公众存款罪、非法倒卖土地使用权罪、侵犯商业秘密罪等进行详尽分析，提出犯罪判断的明确建议。

另一方面，最近四年多以来，我国刑法学体系性的学派之争迈入新的阶段，在此过程中，许多重要的刑法学命题得以充分展开，教科书必须对此有所反映，并全面展示我的刑法基本立场。

对于本教科书修改的后一动机，在这里需要稍作阐述。我认为，犯罪是违反行为规范进而侵害法益的行为；刑法规范既是裁判规范，又是行为规范，以此为基础，我对行为无价值二元论的相关理论进行了系统研究。^①与此相对立的结果无价值论认为刑法的目的是保护法益；结果成为思考问题的起点；刑法规范仅仅是裁判规范。结果无价值论对行为无价值二元论的通常批评是：行为规范违反说只是说明了形式的违法性，并没有回答违法性的实质；说违法是指行为违反法规范，等于什么也没有说。但是，我不接受这一批评，理由在于：首先，行为规范是一种实在法意义上的法规范，其能够说明形式的违法性；行为规范还有其本体价值和深刻内涵。早期的行为无价值论将规范的本体意义界定为社会伦理规范；雅科布斯（Jakobs）教授将规范理解为对个人在特定情况下按特定方式行事的期待^②；我将行为规范理解为特定社会环境下的集体意识。其次，行为规范说中的规范，一定是与构成要件有关，且受制于构成要件的规范论。行为规范是通过构成要件表现出来的，其系为保护法益而要求人们必须做什么或者禁止做什么的行为指引，如果否定行为规范的重要性，法益保护就必然无法实现；违法性论中的违法，就是建立在违反行为规范和实定法秩序的基础上的，结果无价值论的违法性论也离不开如此理解的违法概念，如果认为行为规范说是什么都没有说，结果无价值论的违法性论也等于建

^① 对行为无价值论的全面论证，请参见周光权：《行为无价值论的中国展开》，61页以下，北京，法律出版社，2015。

^② 参见〔德〕雅科布斯：《刑法保护什么：法益还是规范适用？》，王世洲译，载《比较法研究》，2004（1）。

立在一个什么都没有说的主张基础之上。再次，因为罪刑法定原则的存在，刑法作为行为规范发挥作用，借以实现积极的一般预防功能，如果这一基本事实是难以否定的，那么，在刑法上就不能无视规范的重要性。如果说通过刑罚法规的事前告知是无意义的，那么，就只能罪刑法定主义原则自身被否定。在这个意义上不得不说，“结果无价值论蔑视法的理念，并且无视法的现实”^①。最后，结果无价值论其实也不可能离不开规范论。规范的最终目的是要保护法益，行为无价值论因为要守护固定在社会中的、原本就是为了保护法益而设定的规范，与结果无价值论强调重视法益保护之间，从来就不是截然对立的思考进路。因为刑法分则构成要件性规定的存在，刑法并不保护所有的利益（即便有的利益一看就很重要），也不是抽象地保护利益，而是仅仅保护那些违反规范，制造并实现规范所反对的风险才去侵害的法益。更何况，当被害人被杀、被抢的法益侵害事实发生后，刑法规范能够保护的只能是未来的法益，对于已经被侵害的法益，结果无价值论意义上的法益保护已然“无力回天”。而对未来法益的保护，势必要求刑法规范具有一般预防的机能；而具有一般预防的机能，就要求刑法规范对一般人具有提示、指引、规制机能。如果不能否认刑法规范的这项机能，那么就必须承认刑法规范是一种行为规范，根据该规范设定了法定的、明确的构成要件，从而为人类行为提供“样板”，并防止法益在未来受害。如此理解规范和法益，就应该肯定地得出结论：行为无价值论离不开法益；结果无价值论也必须要重视行为规范。

本次修订的教科书，系统展示了行为无价值二元论和结果无价值论的对立，主要包括：主观要素的定位、对客观归责论的态度、对偶然防卫的处理、对不能犯的判断、在何种意义上承认正犯的犯罪事实支配、对义务犯的态度、共犯处罚根据、法条竞合和想象竞合的区分、对积极的一般预防的评价等。正是对上述分歧进行的不厌其烦的讨论，使得本教科书的立场明确、特色鲜明。

本教科书所展示的这种争论，处在刑法客观主义和主观主义学派对立的“延长线”上，是刑法客观主义内部的争论。结果无价值论是所谓的“旧客观说”；行为无价值论则属于“新客观说”。因为二者都肯定法益侵害的重要性，都肯定犯罪判断上的从客观到主观，就具体问题的解决而言，我的主张和结果无价值论在结论上的差异远没有人们想象的那么大。但这不是说行为无价值二元论和结果无价值论的争论就不再存在价值。两种理论各自在问题意识、理论出发点、方法论上的独特价值永远都是存在的，其从违法性论之争扩展至构成要件论，再推至具体犯罪的认定，这种争论既有利于表明学者自身的思考采用了何种立场，从而保持其理论的一致性、协调性；也促使被批评者追求理论体系的完善。这种争论对实践的积极影响，更是不可估量。可以说，行为无价值二元论和结果无价值论各自打开了刑法理论的一扇窗，使我们能够看到刑法学中的另一种美丽风景。其实，只要有切中要害、循环往复但又心平气和的学派论争，中国刑法学就一定有一个好的前景。

本书第三版所揭示的这种理论对立，将刑法学上诸多问题的复杂性展示出来，并试图为司法实务上的难题解决提供不同的选择方案，我相信这样做会对拓宽刑法研习者的知识视野有所裨益，同时也树立了供“后浪”们精准“打击”的靶子！

是为第三版序。

周光权

2016年1月16日

^① [日] 井田良：《变革的时代における理论刑法学》，122页，东京，庆应义塾大学出版会，2007。

第二版序

在修改本书过程中，对于以下两点感触良多，有必要与各位分享：

一是在从事刑法研究或者实务过程中，最好不要有绝对化的思维。在刑法学中，不存在某种观点绝对正确或者绝对错误的问题。任何一种主张，都是站在特定立场，根据观点持有者本人的兴趣逐步形成的，与该学者的人生经历、知识背景、阅读范围等紧密相关，都只是一种相对合理的产物。在刑法学中，存在大量的学派对立，对各种学派的合理性，都要充分看到；对大量存在的罪与非罪、此罪与彼罪界限模糊的情况，也要有充分的思想准备。换言之，在刑法学中，不存在“非黑即白”的现象。对某些极端或者疑难案件的处理，观点很难说有对错，存在的只可能是谁比谁合理、谁比谁在当下更说得通的问题。因此，为了确保利用刑法的惩罚是妥当的，以防止错案的出现，对刑法的解释就必须十分精巧，必须注意观察各种不同解释方法所得出结论的差异性，在不同的解决方案中寻找最合理的案件处理方法，充分说理，以理服人。

二是理论的发展要创新是很困难的。很多时候理论的发展意味着对他人的学习，所以，借鉴欧陆刑法学成果，对于中国刑法学者来说完全是理所当然的。日本学者丸山真男曾经认真地讨论了学术研究上的独创性问题，他指出，思想史能否有独创性，是一件很难评价的事情。关于独创性，认真研究过的人都知道，即使拿欧洲的思想史作为背景，也很难发现有全新的东西。正如人们所说的，欧洲思想史是以古希腊的思想为主题的变奏曲。也就是说，欧洲的整个思想史，都是在古希腊的思想的基础上，做一些不大的变化。“所谓的思想史，大体上是古来思想不断改编的历史。也就是说，对过去的思想一读再读，读透了再给予重新解释，给之以新的光辉。不外就是这样的历史。从这个意义上看，真正的独创，也并不是什么全新的东西，当然也不是什么新奇的构思”^①。他的这个话用在刑法理论上也是合适的。其实，除了类似于客观归责这样的理论是独创的以外，真正的独创也不是什么全新的东西，也不是什么新奇的构想。即便是客观归责理论，也和因果关系的规范判断有关，新瓶装的未必不是旧酒。在犯罪论体系问题上，今天的刑法学者已经很难有全面的创新。对此，罗克辛也认为：各种不同的体系性方案，就是在一个共同的基础上发展出来的。一般犯罪原理的所有创新，就仅仅是在一种持续进行的延续性框架中的一些发展阶段。^②

分析这么多，无非是想表明中国刑法学想要取得长足的发展，必须要有多种思路，所以要有比较宽广的胸怀，认识到不同的犯罪论体系都有必要存在，所以，不存在一种理论比另外一种理论要优越这样的问题。犯罪论体系问题上的“百花齐放，百家争鸣”，行为无价值论和结果无价值论的对立等，对于中国刑法学的长足发展，有百利而无一害！

《刑法总论》第二版对于行为无价值论进行了新的解释；对犯罪论体系的建构也进行了更

^① [日] 丸山真男：《日本的思想》，区建英、刘岳兵译，110页，北京，三联书店，2009。

^② 参见 [德] 克劳斯·罗克辛：《德国犯罪原理的发展与现代趋势》，王世洲译，载梁根林主编：《犯罪论体系》，5页，北京，北京大学出版社，2007。

为详尽的说明，在解释上，将第一版中的“犯罪客观要件——犯罪主观要件——犯罪排除要件”中的“犯罪排除要件”进行了拆分，从而形成“犯罪一般要件（客观要件、主观要件）”、“犯罪排除要件（违法排除要件、责任排除要件）”的理论体系，使得我的犯罪论体系更为自治。此外，对共犯论、竞合论等问题，也有一些新的见解。在《刑法各论》第二版中，主要结合《刑法修正案（七）》、《刑法修正案（八）》的规定，对新增设的犯罪进行了分析，试图展示重点、揭示争点，以有利于司法适用。此外，对侵犯财产罪、侵犯人身权利罪、经济犯罪、贪污贿赂罪的一些疑难问题，也结合最近几年理论界的最新研究进行了一些修改。

是为第二版序！

周光权

2011年7月22日

第一版序

经过多年的积累和反复斟酌，我的仍然带着许多不成熟痕迹的《刑法总论》、《刑法各论》终于可以面世了。在刑法学教科书已经多如牛毛的今天，为什么自己还一定要“凑热闹”写这么两本书？我觉得有必要仔细地向读者作出交代。

大约十年以前，李海东博士就曾经提出过发人深省的问题：我们的刑法学理论研究是不是总体上存在着某种根本性的偏差？“十几年来刑法学研究的发表物数量巨大是一个不争的事实，可它与研究的质量没有关系……今天的中国刑法理论，本质上还处在我们上一代刑法学者们的认识框架中。这个框架是以本身尚处于摸索阶段、完全不成熟的三十年代苏联刑法学理论为基础的。但是，维辛斯基式的刑法理论结构与基础本身，从今天的角度来看，不仅在实践中是失败的，而且在理论上也是行不通的。”^①他所提出的批评意见时至今日仍然是切中肯綮的。

目前流行的很多教科书，意识形态色彩过于浓厚，受苏联影响太深。而苏联的刑法学观点，大量充斥着错误、混乱和含糊不清，在强调中央集权、高扬惩罚大旗的时代，或许有其存在意义。但在人权保障观念得到逐步提倡，社会不断开放，新型犯罪需要刑法学及时给予回应的社会背景下，死死抱住苏联刑法学理论不放，实在不是明智的态度。

苏联刑法学是一个“大杂烩”，是在一个政权建立之初，需要独树一帜时的选择，颇有“慌不择路”的意味！既然如此，理论体系内部的不合理之处必然难以避免。

苏联刑法学中的意识形态气息极其明显，因为它更多的是政治革命家的选择，而不是刑法学者详尽论证、反复论争的结果。政治家们“钦定”的刑法学，必然带有两个特征：一是为满足政治斗争、巩固政权的需要，将刑法制度直接设计为政治斗争、政权巩固的利器。刑法着眼于惩罚、着眼于控诉，试图显示国家权力的强大无比；而基本上不考虑辩护机会的赋予，对辩护权利的行使本能地持排斥态度。如果国家只是单纯地把刑法作为惩罚的工具，更多地考虑惩罚的便利性、灵活性和容易性，在这种刑法观基础上建构起来的刑法学，就不是规范性的，而是政治性的。二是对其他法系刑法学的改造，一般就是“删繁就简”，即在很多时候出于使用上便利的考虑来设计刑法制度，尽量避免制度上的相互钳制，也试图防止认定犯罪过程的过于繁复，于是类推制度在刑法中赫然规定就很容易理解；将犯罪构成要件理论简单化，也自然在情理之中。但是，把对犯罪——一种基本上属于人间最为复杂的社会现象——的认定这种高智商展示过程，降格为将犯罪客体—犯罪客观方面—犯罪主体—犯罪主观方面这四大块拼凑在一起的“搭积木”的游戏，会带来很多问题。游戏的过程，枯燥无味，这自然不用说了；有时，拼凑四大构成要件的游戏，还带有“儿戏”的味道，因为依据这种理论认定犯罪时，出错的几率，比起德、日阶层式的犯罪评价体系要高出不少。

^① 李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，2页，北京，法律出版社，1998。

其实，刑法学上的学术论争，原则上只应涉及定罪量刑的“技术性”问题，与所谓的政治立场本身不应当有何关联。我们切勿在苏联刑事法制实践已经明显失败的情况下，把继受苏联刑法学的政治意义人为地夸大。必须看到，如果意识形态或者“意识形态化”的一些观念上的障碍不克服，学术对话机制不会确立，刑法学就不会有突破性进展。这绝不是危言耸听，而是实实在在的结论。

有的人会提出，随着我国刑法学近二十年来的飞速发展，意识形态对刑法学的影响早已消除。但是，在这里，有两个问题需要澄清：一方面，我国刑法学近二十年来，究竟有多大的发展，对此还得打一个巨大的问号。如果我们的刑法学理论一开始就出了问题，任何所谓的发展都是无从谈起的。我国刑法学基本上谈不上规范地发展，例如，我们没有集中地讨论学派论争问题，没有重视法益侵害对于刑法学的意义，在一些基本的概念（例如，危险犯、犯罪既遂、共犯的从属性等）上，仍然充斥着错误的理论。另一方面，刑法学中意识形态化的问题，即使不说是越来越严重，也可以说是没有根本性的消减。例如，承认犯罪客体概念，将犯罪视作对社会主义社会关系的侵害，就是意识形态的触角伸入刑法学领域的最集中表现。重视犯罪客体概念，不仅会使刑法学理论陷入混乱，将行为与构成要件的关系，以及与行为违法性的关系搅在一起；而且会使得被告人的辩护显得特别困难，国家权力的“大棒”有了赤裸裸地任意挥舞的特质。又如，形式化地理解实行行为的概念，没有在法益侵害或者法益威胁的层面上解释什么是真正的实行行为，就容易将不可罚的不能犯认定为未遂犯，从而动用刑法。上述这些观念的存在，从表面上看，是刑法学不发达的表现，但是，从实质上看，则与意识形态涉入刑法领域，国家只重视惩罚，只要行为人内心邪恶，不考虑其是否有值得惩罚的行为，不深究惩罚的正当理由有关。

从这个意义上讲，编写一本和意识形态保持适度距离的刑法学，就是有独特价值的。在我看来，刑法学的发展，和用砖砌墙、修建高楼大厦一样，根基如果有问题，第一块砖砌歪了，后面的砖块即使堆得再多、再高，外观上挺气派的房子，也只不过是危房而已！迄今为止，我们的刑法学者可能一直在为某些根本性的偏差提供着理论支撑。所以，我国刑法学要取得真正的发展，在一些根本性的东西上作出改变，就是十分必要的。

二

由于我国在相当长的历史时期内一直坚持政治专制主义传统，近代刑法学没有发展的土壤，从那时起，就世界范围而言，我国刑法学“失语”了。所以，有为数不少的日本刑法学者在他们的教科书中说，日本在明治维新以后，引入了近代刑法学的观念，中国刑法以及刑法思想对日本的影响就完全没有了。其实，日本学者已经说得很委婉了。今天的我国刑法学，非但对日本、德国等大陆法系国家没有影响，更为严重的问题在于：我们要想和这些国家的学者“搭话”，可能都已经变得无比困难。

最近一百年来，我国刑法学一直在“学习”：20世纪的前五十年，主要学习德日刑法；后五十年，主要学习苏联。学得比较匆忙，学得也并不“虚心”，所以没有学好。苏联这面大旗轰然倒塌之后，我国刑法学和整个意识形态一样，多少有些茫然。但是，苏联刑法学中的好些东西，我们至今还在坚持。还抱着不放的理论中，有些是合理的，有些是明显应该抛弃的，例如，犯罪构成理论；有些是只有我们才熟悉的，大多数内容则是与国外理论完全无法沟通的。

对于一个物件，敝帚自珍，往往有它的道理。对于一套理论，完全难以讲给国外同行听取，或者硬要灌输给对方，对方就会陷入犯糊涂的境地，这样的理论，或多或少有些问题。时间长了，这种理论只能是国人关起门来孤芳自赏的喃喃自语，见了“外人”，便发不出声。今

天的我国刑法学便陷入了这种“无声”的困境。

现今的我国刑法学者必须对刑法学的共性有清楚认识，要承认一种“文化际”的刑法，从而促进“跨文化的”刑法学交流。

我国和德、日等大陆法系国家在文化根基上有些差异，从刑法发生学上看，也有明显不同。但是，从另外的意义上看，或者不同点更少，而相同之处更多，故意夸大这种差异，有时于事无补。换言之，在犯罪论等刑法学根本问题上，我国刑法学没有必要拒斥已经在世界上一百多个国家产生根本性影响的德国刑法学体系。苏联人的标新立异、别出心裁，在有的时候意味着创造，的确值得提倡，但是在特定情况下，这样的举动则意味着走弯路。

实际上，刑法的基础并不完全是依文化而转移的。现代社会正在摆脱文化偏见的余毒，不同文化之间完全可以合理地期待一些东西。几乎所有的法律文化对大多数刑事犯罪形态的认定都是一样的，至少从《汉谟拉比法典》以来的成文法中我们可以得知，法律所关切的利益如生命、财产和名誉等，若干世纪以来都是刑法中所保障的。在当今几乎所有的文化中，我们可以找到共同的刑事犯罪范畴：故意杀人、过失致人死亡、性犯罪、放火、伪造货币、财产犯罪，等等。现代各国也正在一步步剔除刑法中的不合理内容，例如，多数国家逐步将通奸、自杀、同性恋、宗教分歧、对政府的批评等排除在犯罪圈之外。换言之，从刑法的角度看，几乎找不到什么样的刑法文化在本质上是不同的。所以，我们孜孜以求所献身的理想，别文化也有；我们所遭遇的各种伤害，别人亦感同身受！

其实，我国的刑法立法已经反映了刑法的“跨文化”共同性。刑法典关于犯罪成立条件的规定与大陆法系的规定之间并无多大差别。而在犯罪构成理论体系上却与国外存在天壤之别，由此可见，犯罪论体系完全是一个理论建构的问题。在现行刑法框架下，直接采用大陆法系的三阶层犯罪成立理论体系，并不存在法律制度上的障碍。

此外，我们还要注意一个相当有趣的现象：早在20世纪30、40年代国民党统治时期的中国，刑法学关于犯罪成立的理论，完全是以大陆法系的分层次判断结构为模型建立的，刑法学教授和初学刑法学的人对于接受这样的理论，并不存在思维上的困难，刑法学要吸收当时德、日最新的研究成果，也不会有很多障碍。

所以，由于中国法律总体上可以被归入大陆法系的范畴，或者说我们与大陆法系的理念和制度具有某种亲缘性，以大陆法系的犯罪论体系为基础，建构中国刑法学中的犯罪论体系，就完全具有可能性。刑事惩罚是一个非常强大的强制手段，我们不能简单地假定它是传统或者习惯，而必须在理论上解决惩罚的合法性问题。对现存犯罪构成四要件理论的改造，可以看作惩罚合法化进程的关键步骤。

在我的《刑法总论》中，犯罪成立理论就借鉴了大陆法系的阶层理论，将犯罪成立条件分为犯罪客观要件、犯罪主观要件和犯罪排除事由三个部分。这对于构建可以“通约”的跨文化的刑法学理论体系具有重要意义。

三

通过教科书展示学者的学术观点，从而促进学派的形成以及对抗，对于中国刑法学未来的发展，是一件功德无量的事情。

在《刑法总论》、《刑法各论》中，我都提倡刑法学者之间公开、积极的对抗，允许多种犯罪成立理论并存，从而消除苏联犯罪构成四要件理论一枝独秀的不正常局面，以建立客观主义的刑法学。

在刑法学领域，显然并不存在固定不变的、唯一正确的真理性认识，理论始终处于发展过

程中。刑法学的发展必须在学派论争、对抗中形成；发展绝不是将某一家理论、某一派理论先行奉为“金科玉律”之后再对其仅仅作小修小补。这一点在大陆法系刑法学的发展进程中表现得特别充分：自18世纪以来就在刑事古典学派与刑事实证学派的旗帜下展开的“学派之争”，使得犯罪论、刑罚论的许多问题被反复地、深入地讨论，对抗的激烈程度远远超过我们今天的想象。正是由于两派在理念与方法上均存在重大差异，也正由于他们的杰出贡献，现在我们可以有机缘看到：在犯罪论中，就共犯的本质、共犯的范围、着手的判断、未遂犯与不能犯的区别等问题而言，往往存在正反两方面的观点；对同一种犯罪行为的认定和处理，也大多有两种以上的方案供人们选择。由此一来，犯罪的辨别机制、处理机制可能就会更趋于合理，刑法理论也可能更对社会负责。因为某一派刑法学者要论证自己的观点正确，必须费尽心思，甚至可以说是殚精竭虑。真理在学派论争与对抗过程中越辩越明。处于对抗背景下的刑法学，不仅仅需要求得理论本身的自足与圆满，在体系上“讲得通”，还要考虑社会现实和社会需要。只是理论上讲得通的理论，如果不能有效地惩治犯罪，不能积极回应社会的需要，就会出现“软肋”，遭受对手的攻击，也容易被社会所摒弃。

不同的学者可能有不同的刑法学理论体系，这是十分正常的。体系多元化是学术发展的基础，由此，学术研究才会有自己的风格，有独特性，才能有创造性见解。不过，体系的建构，必须建立在不同学者之间公开的观点交锋、论争过程中，理论建构绝不是闭门造车、自说自话，更不是不着边际的胡言乱语。当前，我国刑法学的根本问题是没有形成健全的对话、抗争机制，浅层次的重复性研究太多，缺乏创新，而深层次的研究缺乏，这既表现在对刑法理论的哲学基础、宪政基础很少追问，也表现在对具体问题缺乏深入分析，例如，对共同犯罪、间接正犯、不作为、原因自由行为等原本应该被反复、深入讨论的问题，反而研究不多，这不是一种正常现象。

我国刑法学要取得真正的发展，根本的出路在于密切关注司法实践和社会实践，立足于解决有中国特色的具体问题。这一效果的达到与学术论争的出现须臾不可分离。在对抗中发现问题，形成强烈的问题意识^①，从而讨论一些刑法学中的“真”问题，理论体系的合理建构才有可能。来自于苏联，并在我国目前处于通说地位的传统犯罪构成“四要件论”有一些道理，但是在保障被告人的辩护权方面存在明显不足，所以，应当鼓励人们探讨刑法学中的这一核心问题，学术探讨绝不能固守目前的理论，排斥其他观点。离开了学术对抗，就不会有刑法学的学术创新；离开了学术对抗，对刑法学者形成健全的人格也绝无好处，如此，刑法学者就会缺乏广博的胸怀，不能广泛采纳他人意见，害怕批评，不敢正视他人的观点。刑法学上的对抗，不是相互抬轿，反而要“刺刀见红”，短兵相接，对事不对人，尊重对方的人格和探索精神，为促进刑法学发展这一根本目的的实现而努力。唯其如此，才有可能在刑法学领域建立“学术共同体”。

我国刑法学界目前与法国、日本、韩国等大陆法系国家学者都有一些学术交流，但是，如果我们没有自己真正的学术共同体，我们固守目前的犯罪构成理论，就无法与对方实现真正的对话与沟通，交流就只能停留在浅层次。当然，我们不是单纯为了与他们对话、接轨才改造固有理论。改造现有理论的根本动机在于现有理论的确没有考虑司法实践的复杂情况，没有考虑对辩护要求的满足。犯罪构成理论不改革，共犯论、犯罪形态理论等相关问题，都是不可能取

^① 歌德在和埃克曼对话时就提到：“人类生来不是为了解决世界的问题，但是他们可以去寻找问题出在什么地方，然后将其限制在可以被理解的范围之内。”（转引自〔德〕拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，8页，北京，法律出版社，2005。）刑法学理论如欲达到某种高度，就必须对问题进行思考。在思考问题的基础上，才谈得上体系建构的问题。

得长足发展的，合理的刑法学体系就不可能搭建。

所以，如果能够在刑法学研究中形成学术规范，结成学术共同体，在多数人认同的基础或者平台上集中精力讨论诸如犯罪成立理论、不作为、因果关系、共犯论、犯罪形态、刑罚正当根据等根本性问题，使刑法学研究走上规范化的轨道，并出版一些高水平而不是相互抄袭的教科书，我国刑法学的前途肯定是光明的。

但是，这一目标的实现，必须依靠学术对抗、论争局面的形成，只有在对抗、论争中发现问题，争论问题，我国刑法学才能赢得长足、实质发展的契机。我国刑法学的声音，才可能在国际上传播，同时也被国内的司法实务部门所听取，刑法学的“失语症”才会有所缓解。

我深知：任何个人对于学术的贡献都是一点一滴的！但愿我的《刑法总论》、《刑法各论》能够成为批评的“靶子”，在推进学派形成方面多少发挥一些作用。

周光权

2007年9月

目 录

第一编 导 论

第一章 刑法学基本范畴	3
第二章 刑法学派之争	26
第三章 刑法基本原则	39
第四章 刑法适用范围	61

第二编 犯罪论

第五章 犯罪论体系	69
第六章 犯罪客观构成要件	95
第七章 犯罪主观构成要件	143
第八章 犯罪排除事由 I：违法排除事由	186
第九章 犯罪排除事由 II：责任排除事由	224
第十章 客观处罚条件	247
第十一章 犯罪特殊形态 I：未完成形态	265
第十二章 犯罪特殊形态 II：正犯与共犯	312
第十三章 犯罪特殊形态 III：犯罪竞合	370

第三编 刑罚论

第十四章 刑罚根据	391
第十五章 刑罚种类	402
第十六章 刑罚裁量	418
第十七章 刑罚执行	452
第十八章 刑罚消灭	462

目 录

第一编 导 论

第一章 刑法学基本范畴	3
第一节 犯 罪	3
一、犯罪的概念	3
二、犯罪的本质	5
三、犯罪的分类	7
第二节 刑 罚	9
一、刑罚的概念	9
二、刑罚权	10
三、刑罚功能	11
四、刑罚和保安处分的关系	11
第三节 刑 法	12
一、刑法的概念	12
二、刑法的演变	12
三、刑法的性质	19
四、刑法的任务	21
五、刑法的社会功能	21
第四节 刑法学	22
一、刑法学思维的独特性	22
二、刑法学和其他部门法学之间的关系	23
三、刑法学研究方法	23
第二章 刑法学派之争	26
第一节 刑法客观主义	27
一、刑法客观主义的代表人物	27
二、刑法客观主义的基本理念	28
第二节 刑法主观主义	29
一、刑法主观主义的代表人物	29
二、刑法主观主义的基本观念	30
第三节 刑法理论对立的意义	32
一、误解的澄清	32
二、刑法理论论争的关键点	32
三、刑法理论论争的意义	32

第四节 行为无价值二元论的提倡	33
一、行为无价值二元论的基本立场	33
二、行为无价值二元论在德日的不同命运	35
三、行为无价值二元论在当代中国的意义	37
第三章 刑法基本原则	39
第一节 罪刑法定原则	39
一、发展历程	39
二、思想渊源	42
三、基本内容	42
四、罪刑法定原则对立法者的约束	47
五、罪刑法定原则的实现	47
第二节 罪刑均衡原则	54
一、观念基础	55
二、立法体现	55
三、司法适用	57
第三节 刑法适用平等原则	58
一、含义	58
二、适用	58
第四章 刑法适用范围	61
第一节 刑法的空间效力	61
一、刑法空间效力的原则	61
二、我国刑法关于空间效力的规定	61
三、关于刑法空间效力的特殊问题	63
第二节 刑法的时间效力	64
一、刑法的生效时间	64
二、刑法的失效时间	64
三、刑法的溯及力	65

第二编 犯罪论

第五章 犯罪论体系	69
第一节 犯罪论体系的比较	69
一、大陆法系的阶层式犯罪论体系	69
二、英美法系的双层次犯罪论体系	74
三、苏联、中国的封闭式犯罪构成论	75
四、导致犯罪论差异的内在原因	76
第二节 犯罪构成四要件说的缺陷	78
一、不能区分违法和责任	78
二、难以兼顾形式判断与实质判断	80
三、重视控诉机制而轻视辩护机制	81

四、主观判断可能优于客观判断	82
五、经验判断与规范判断纠缠不清	84
六、强调静止性而否认过程性	85
第三节 犯罪客观要件、犯罪主观要件、犯罪排除事由体系	85
一、必须从要件的思考转向体系思考	85
二、犯罪客观要件、犯罪主观要件、犯罪排除事由体系的基本内容	88
三、犯罪客观要件、犯罪主观要件、犯罪排除事由体系的主要特色	88
四、犯罪客观要件、犯罪主观要件、犯罪排除事由体系的合理性	92
第六章 犯罪客观构成要件	95
第一节 犯罪客观要件概述	95
一、犯罪客观要件的概念	95
二、国外的构成要件概念	95
三、犯罪客观要件的机能	96
四、犯罪客观要件的要素	97
第二节 主体	97
一、身份	97
二、单位	98
第三节 构成要件行为	102
一、行为概念的机能	102
二、关于行为的一般理论	103
三、构成要件行为（实行行为）的概念	105
四、构成要件行为的类型	106
五、构成要件行为的方式	106
第四节 不作为	106
一、（不纯正）不作为犯概说	106
二、不作为犯的成立条件	108
三、作为义务的来源	109
第五节 结果	120
一、结果的概念	120
二、结果的地位	120
三、结果的种类	121
第六节 因果关系说与客观归责论	122
一、因果关系说	122
二、客观归责论	131
第七章 犯罪主观构成要件	143
第一节 犯罪主观构成要件概述	143
一、关于主观构成要件要素（违法要素）的理论对立	143
二、承认主观构成要件要素（违法要素）的理由	144
三、违法故意和责任故意的差别	151

四、承认主观构成要件要素与坚持客观违法性论	152
第二节 犯罪故意	153
一、故意的认识因素和意志因素	153
二、故意的分类	155
三、关于间接故意的若干问题	155
第三节 犯罪过失	161
一、过失论的历史	161
二、客观归责与过失论	165
三、过失的种类	171
四、间接故意和过于自信过失的区别	172
第四节 事实认识错误	174
一、具体的事实认识错误	175
二、抽象的事实认识错误	183
第五节 犯罪主观要件的其他问题	184
一、无罪过事件	184
二、动机与目的	185
第八章 犯罪排除事由 I：违法排除事由	186
第一节 犯罪构成要件与违法性的关系	186
一、违法性论的比较	186
二、区分构成要件和违法性的理由	186
三、犯罪客观要件与违法排除要件	189
第二节 违法性的一般理论	190
一、行为无价值论和结果无价值论	190
二、客观的违法性论与主观的违法性论	194
三、违法性与法秩序统一性原理	196
第三节 违法排除事由的一般理论	197
一、违法排除的一般根据	197
二、违法排除事由的分类	198
第四节 正当防卫	198
一、概念	198
二、成立条件	199
三、特殊防卫	210
第五节 紧急避险	216
一、紧急避险概述	216
二、紧急避险的成立条件	217
三、避险过当及其刑事责任	218
第六节 其他违法排除要件	218
一、执行职务行为	218
二、被害人承诺	219
三、推定的被害人承诺	221

四、义务冲突	222
五、自救行为	223
第九章 犯罪排除事由Ⅱ：责任排除事由	224
第一节 责任概述	224
一、责任的概念	224
二、责任的意义	227
三、犯罪主观要件与责任排除要件	228
第二节 责任无能力	228
一、责任能力概说	228
二、责任年龄	228
三、精神障碍	230
四、原因自由行为	231
第三节 欠缺违法性认识	233
一、违法性认识不要说及其问题	233
二、违法性认识必要说的主要理论	234
三、违法性认识作为责任要素：进一步讨论	236
四、禁止错误	240
第四节 期待不可能	243
一、概念	243
二、判断标准	244
三、体系性位置	245
第十章 客观处罚条件	247
第一节 客观处罚条件的概念	247
一、概念	247
二、客观处罚条件和事实的处罚排除事由	247
三、我国刑法学关于客观处罚条件概念的相关争论	248
第二节 客观处罚条件的性质	250
一、国外的争论	250
二、我国学者的主张	252
第三节 “客观附加条件”与客观处罚条件	253
一、客观附加条件的含义	253
二、客观附加条件的性质：违法要素说	254
三、客观附加条件的范围	256
四、客观附加条件的理解	257
第四节 客观处罚条件的理解	259
一、客观处罚条件的存在根据	260
二、我国刑法中客观处罚条件规定的理解和适用	261
第十一章 犯罪特殊形态Ⅰ：未完成形态	265

第一节 未完成形态概说	265
一、犯罪形态与犯罪阶段	265
二、未完成形态的范围	265
第二节 犯罪预备形态	266
一、犯罪预备形态的概念	266
二、犯罪预备形态的特征	266
三、犯罪预备的类型	267
四、犯罪预备的认定	268
五、犯罪预备的处罚	268
第三节 犯罪未遂形态	268
一、未遂犯的处罚根据	268
二、犯罪未遂的特征	274
三、偶然防卫与犯罪未遂	278
四、犯罪未遂的处罚	283
五、未遂犯与不能犯	284
第四节 犯罪中止形态	296
一、概念	296
二、中止犯减免处罚的根据	296
三、犯罪中止的成立条件	298
四、中止犯的处罚	310
第十二章 犯罪特殊形态 II: 正犯与共犯	312
第一节 共同犯罪概说	313
一、概念	313
二、共同犯罪的成立范围	316
三、正犯和共犯的区别	319
第二节 正犯	325
一、正犯概说	325
二、直接正犯	327
三、间接正犯	327
四、共同正犯	330
第三节 共犯	338
一、共犯的处罚根据	338
二、共犯从属性	341
三、教唆犯	344
四、帮助犯	349
第四节 共同犯罪人的处罚	354
一、共同犯罪人的分类标准	354
二、主犯	354
三、从犯	355
四、胁从犯	356

五、教唆犯	357
第五节 共犯论的其他问题	358
一、共犯的脱离和中止	358
二、共犯与身份	361
三、共犯与不作为	366
四、共犯与错误	368
第十三章 犯罪特殊形态Ⅲ：犯罪竞合	370
第一节 犯罪竞合概说	371
一、区分罪数的标准	371
二、一行为	371
三、多行为	374
第二节 一行为的犯罪竞合	374
一、形式竞合：法条竞合	374
二、实质竞合：想象竞合犯	380
第三节 多行为的犯罪竞合	383
一、形式竞合：事前、事后行为	383
二、实质竞合：数罪	384

第三编 刑罚论

第十四章 刑罚根据	391
第一节 报应刑论	391
一、报应刑的含义	391
二、报应刑的实现	392
第二节 目的刑论	394
一、目的刑的含义	394
二、目的刑论的实现	395
第三节 积极的一般预防论	397
一、积极的一般预防论的提出	397
二、积极的一般预防论的意义	399
第十五章 刑罚种类	402
第一节 主刑	402
一、管制	402
二、拘役	404
三、有期徒刑	405
四、无期徒刑	405
五、死刑	406
第二节 附加刑	411
一、罚金	411
二、剥夺政治权利	412

三、没收财产	413
四、驱逐出境	415
第三节 非刑罚处罚措施	415
一、非刑罚处罚措施的概念	415
二、非刑罚处罚措施的种类	416
第十六章 刑罚裁量	418
第一节 量刑概述	418
一、量刑的特征	418
二、量刑的原则	419
三、量刑的意义	421
第二节 量刑情节	421
一、量刑情节的概念	421
二、量刑情节的特征	422
三、量刑情节的分类	423
四、量刑情节的适用	425
五、禁止重复评价	426
六、量刑情节冲突	427
第三节 量刑基准	429
一、量刑基准的概念	429
二、量刑基准的确定	430
第四节 累犯	432
一、累犯的概念	432
二、累犯的成立条件	432
三、累犯的其他问题	433
四、累犯的法律效果	435
第五节 自首	435
一、自首的概念	435
二、自首的种类及成立条件	435
三、自首认定中的特殊问题	441
四、自首犯的处罚	443
第六节 坦白	443
一、坦白的概念	443
二、坦白的认定	443
三、坦白与自首的区别	444
四、坦白的处罚	444
第七节 立功	444
一、立功的概念和条件	444
二、立功的表现形式	444
三、职务犯罪的立功	446
四、立功的法律效果	446

第八节 数罪并罚	446
一、数罪并罚的概念	446
二、数罪并罚的原则	447
三、数罪并罚的适用	449
第十七章 刑罚执行	452
第一节 刑罚执行概述	452
一、刑罚执行的特征	452
二、刑罚执行的内容	453
第二节 缓刑	454
一、缓刑的概念和意义	454
二、缓刑的适用条件	455
三、缓刑的考验期	455
四、缓刑考察	456
五、禁止令	456
六、缓刑撤销	457
第三节 减刑	457
一、减刑的概念	457
二、减刑的适用条件	457
三、减刑的程序	459
第四节 假释	459
一、假释的概念	459
二、假释的条件	459
三、假释考验	461
四、假释撤销	461
第十八章 刑罚消灭	462
第一节 刑罚消灭概述	462
一、刑罚消灭的概念	462
二、刑罚消灭的特征	462
第二节 时效	463
一、时效的概念和种类	463
二、时效制度的根据	463
三、追诉时效的期限	464
四、追诉时效的计算	464
五、追诉时效的中断和延长	466
第三节 赦免	468
一、赦免的概念和种类	468
二、我国的特赦制度及其特点	469

第一编

导论

21 世纪高等院校法学系列精品教材

Faxue xilie jingpin jiaocai

刑法总论

第一册

索引

INDEX

—

—

第一章 刑法学基本范畴

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

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

第一节 犯罪

一、犯罪的概念

犯罪是违反行为规范，进而侵害法益的行为。

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

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

（一）犯罪的形式概念

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

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

（二）犯罪的实质概念

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

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

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

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

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

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

（三）我国刑法中的犯罪概念

我国刑法从形式与实质的统一上，对犯罪概念作出了界定。

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

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

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

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

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

二、犯罪的本质

关于犯罪的本质，有多种学说。

（一）权利侵害说

权利侵害说认为在每一刑法条文背后都体现了权利，犯罪就是侵犯权利的行为。这种学说由费尔巴哈（Anselm von Feuerbach, 1775—1833）在19世纪初提出，其强调人生而平等，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

法益保护主义认为：刑法的机能是法益保护，犯罪的本质是法益侵害或者法益侵害的危险性。产生法益的是生活的需要，而不是法秩序。法益是从生活利益中提炼出来的。法益侵害说在19世纪中期由毕恩鲍姆（Birnbäum, 1792—1872）提出，并很快全面取代权利侵害说。法益侵害说是今天关于犯罪本质的多数说，其将结果的发生、行为对社会外界所造成的影响作为犯罪实质。^①

法益侵害说的特色是主张不法是对行为造成的客观“事态”变动进行评价。既然不法是行为对客观事件的干扰，其与个人的意思以及是否可以被归责无关。按照这一逻辑：（1）刑法规范是评价规范，违法的永远是行为而非行为人，因为只有外在的行为才能造成生活秩序的困扰，这种结局和行为人的年龄、精神状态、心理状态缺乏内在联系。不法是行为人违反评价规范。法规范必须在对个人行为的对错进行评价之后，才能引导个人的行为，发挥其决定规范的作用。因此，刑法规范不可能首先是决定规范，其评价规范的特质和优先性必须得到充分重视。（2）不法的评价重点是外在的客观损害事实，而不是行为人实施了侵害法益的行为。因此，行为人的故意、过失与违法无关，对主观不法要素在违法性判断阶段完全不应考虑。（3）不法是行为人基于因果关系实现法益侵害。只要行为和结果之间存在因果联系的，就能够认定行为具有违法性。故意、过失只是责任要素。

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

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

（三）规范违反说

规范违反说认为，刑法通过确保行为规范的有效性，进而保护法益。规范违反说由韦尔策尔（Hans Welzel, 1904—1977）在第二次世界大战后创立。规范违反说的早期理论强调犯罪是对社会伦理规范的违反，但是，今天的规范违反说试图告别伦理因素对犯罪评价的影响，将行为规范违反和法益侵害作为违法性判断的双重指标看待，认为犯罪的本质是违反规范进而造成法益侵害，“刑法的目标则是通过确证规范的效力（即规范的普遍遵守），以实现对各种法益（Güter）的保护”^②。

本书肯定规范违反说，主张“刑法的任务是维护社会基本规范的存在，而非彻底实现更高的正义”^③。并对犯罪本质的法益侵害说提出以下批评：（1）对某些犯罪（例如，取得型侵犯财产罪、贪利型经济犯罪和渎职犯罪）的不法性，明显需要结合故意、非法占有目的等主观要素来加以说明。因此，结果无价值论所主张的违法是绝对客观的说法，不可能贯彻到底。（2）客观不法论赞成因果关系的条件说，过于机械，且无从区分刑法并不关心的自然现象和刑法所要惩罚的犯罪行为之间的界限，使得洪水将甲冲走，和乙将丙推到江河中淹死在不法评价上相同——如果不考虑死亡是由人基于不法意思所引起，那么，甲死亡就可以根据上述两种情

① 参见〔日〕曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，85页，北京，法律出版社，2005。

② 〔德〕乌尔斯·金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，15页，北京，北京大学出版社，2015。

③ 〔德〕冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论I》，杨萌译，10页，北京，法律出版社，2006。

况,分别解释为“洪水凶猛—甲落水—被淹死”,以及“乙推倒丙—丙落水—被淹死”,不法评价就都是针对被害人被水淹死的物理性、机械性因果历程的“回顾”。但是,这样的立场明显和现代刑法学价值评价程度不断提高的现实相悖。^①仅仅考虑结果就确定行为违法,实际上贯彻了宗教法上的“自陷禁区理论”(versari in re illicita)。该理论认为,如果行为人的行为不被允许,则必须对一切结果负责。行为人如果实施了不被允许的行为,犹如踏入禁区一般,必须对禁区范围内所发生的一切结果负责。这个理论最开始被用来决定神职人员是否不合教规,而应否被解职,后来意大利刑法继受了该规定从而成为刑法上的归责原则。^②纯粹结果无价值论的逻辑和自陷禁区理论具有一致性:只要造成结果,该后果又和行为有因果关联的,就是不法,至于行为是否违反规范才造成结果,在所不问。但这明显是不合适的结论。(3)完全不考虑行为自身的无价值,与刑法规定不相一致。“大多数的犯罪,我们既否定其行为方式,也否定此行为所引起的结果,换言之,行为非价与结果非价同时呈现。少部分的犯罪,我们的抑制重点是行为方式本身,即行为非价,例如:抽象危险犯、未遂犯。”^③不可否认,刑法分则的规定,重点展示了行为无价值的思路,主要表现在其规定了类型化的、可能侵害法益的行为模式来提示人类行为。对于这种类型化的法益侵害行为,在认定犯罪时必须加以审查。任何人类举止,必须与刑法分则所规定的类型化行为模式相一致,才是刑罚处罚的对象,否则就应该排除行为的无价值。这是构成要件符合性判断的题中之义,也是罪刑法定原则的当然要求。(4)结果不法仅仅能够提供认定既遂的形式标准。一般认为,既遂与未遂的区别,只是行为人所期待的、构成要件所决定的结果是否发生。但是,仅仅从结果出发去判断不法是否存在,视野太窄。例如,妨碍法院执行的犯罪,没有成功将被执行财产转移的,结果不法当然被否认。但被告人事前将财产转移成功,法院的执行行为尚未开始的,结果不法也被否定。因此,在违法性判断上,真正否定结果不法的并不是结果有没有发生,而是法院依法执行的行为是否存在。因此,结果不法不是决定行为不法的唯一指标。(5)有无处罚必要性,要考虑法益侵害,但是也要考虑规范违反的程度,以及公众在危害行为实施当时所认同的主要观念。以此为背景,即便承认法益侵害说,也要考虑所有的法益侵害背后都体现主流的价值观念,都是规范关系强烈渗透的产物,甚至可以认为行为规范内在于法益侵害之中。唯其如此,何种法益需要保护,才能成为动态的东西。因此,在实务上如果考虑司法过程的特质,考虑行为规范违反与法益侵害之间的紧密关系,就不能仅将法益侵害理解为犯罪本质的全部。“‘侵害’这一表述不得自然而然地理解为对特定的行为客体的损害(例如理解为杀人或损害财物),而是被理解为违反了应当受到法规范保护的观念价值的违法行为。”^④

三、犯罪的分类

对于犯罪,按照不同的标准,可以作不同的分类。

(一) 自然犯、法定犯

从刑法与社会伦理的关系上,可以将犯罪分为自然犯和法定犯。

自然犯,是指即使刑罚规范对行为本身没有规定,其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

① 参见周光权:《价值评价与中国刑法学知识转型》,载《中国社会科学》,2013(4)。

② 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,695页,北京,中国民主法制出版社,2005。

③ 林东茂:《刑法综览》,修订5版,133页,注释3,北京,中国人民大学出版社,2009。

④ [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,288页,北京,中国法制出版社,2001。

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、非亲告罪

从告诉权由谁享有的角度，可以将犯罪分为亲告罪和非亲告罪。

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

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

（三）国事罪、普通刑事罪

从犯罪的法益侵害性的角度，可以把犯罪分为国事罪和普通刑事罪。

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

（四）基本犯、结果加重犯

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

结果加重犯，是指行为人出于基本构成要件的故意，在实施基本构成要件所规定的行为时，发生了超过基本构成要件结果的加重结果，因而导致刑罚加重的犯罪形态。在我国，基本犯和结果加重犯的关系主要表现为以下情形：（1）抽象危险犯+实害结果，如生产、销售假药，对人体健康造成严重危害的；（2）具体危险犯+实害结果，如放火致人死亡；（3）实害犯+加重结果，如伤害致人死亡、抢劫致人死亡。

对结果加重犯之所以加重处罚，是因为加重结果由基本犯的故意犯罪行为所导致，而该基本犯从一开始就在其自身包含了发生加重结果的危险，并且该加重结果得以实现。

对结果加重犯的成立范围必须加以限制，因为“各种犯罪（也包括像盗窃这样的犯罪）都能够导致反常的严重后果（例如，在追赶过程中摔死了），但是，立法者仅仅在确定的犯罪中，根据它们造成严重后果的一般性趋势来规定一种结果加重的情节，因此，只有在从基本犯的典型危险中产生结果时，才适用这种行为构成”^①。传统上限制过失犯的成立范围主要从主观方面着手，即要求行为人至少对加重结果的发生具有预见可能性，才能要求其对加重结果负责，从而成立结果加重犯。今天的多数说认为，加重结果是否成立，需要坚持“直接性原则”，即基本行为所特有的风险，在特定场合直接地得以实现时，才有成立结果加重犯的余地。例如，甲对被拘禁者乙实施暴力程度很高的殴打行为，后者乘看管的人不注意而自杀的，可以承认基本行为和加重结果之间的直接性。又如，丙将被拘禁者丁放在汽车后备箱，该车被其他车辆追

^① [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，219页，北京，法律出版社，2005。

尾后，被害人丁被活活烧死的，在丙的行为使得被害人丧失逃生机会这一意义上，可以认为其和死亡结果之间具有直接性。再如，甲伤害钢琴师乙，导致其两个手指头受伤，乙因为无法继续弹钢琴而自杀的，不能认为死亡结果和伤害行为之间有直接性，甲不构成故意伤害致死。

（五）即成犯、状态犯和继续犯

从犯罪终了与法益侵害的关系出发，可以将犯罪分为即成犯、状态犯和继续犯。

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

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

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

第二节 刑 罚

一、刑罚的概念

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

刑罚具有下列特征：

（一）本质上的严厉性

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

（二）适用对象的特定性

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

（三）根据的法定性

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

（四）适用主体的单一性

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

二、刑罚权

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

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

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

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

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

量刑权，即刑罚裁量权，它由人民法院依法统一行使，其他任何机关都不具有这一权力。量刑活动要求人民法院在查明案件事实的基础上，对构成犯罪的人依法判处与之相应的刑罚；不构成犯罪的，则不得适用刑罚。对于具有免除刑罚情节的，法院也可判处免于刑事处罚。可见，定罪是量刑的基础，量刑是定罪的结果，定罪权与量刑权的有机组合，构成刑事审判权。

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

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

象刑罚变成现实的具体刑罚。

三、刑罚功能

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

四、刑罚和保安处分的关系

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

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

保安处分包括剥夺自由、限制自由两大类，其具体手段包括：（1）保安拘禁（治安拘留）；（2）对精神障碍者的治疗处分；（3）对酒精、麻醉药和药物中毒者的戒除处分；（4）对流浪者、乞丐等厌恶劳动者的劳动处分；（5）对严重人格障碍者（精神病质）的累犯、性冲动犯、危险年轻罪犯、精神障碍者的社会治疗处分；（6）职业禁止、居住限制、饮食场所的出入禁止、驾驶执照的吊销和扣押。

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

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

第三节 刑法

一、刑法的概念

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

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

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

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

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

二、刑法的演变

（一）概说

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

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

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

必须各守其界。这使得人们对刑法的认识进一步明确。

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

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

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

(二) 我国的刑法立法进程

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

修订后的刑法共有452条，在犯罪与刑罚的立法规定上都有重大改动。但是，最为引人注目的变化主要表现在：一方面，适应依法治国、建设社会主义法治国家的需要，规定了罪刑法定、罪刑相适应、刑法面前人人平等的刑法基本原则，并在罪—刑关系设置的多个方面体现了保障人权的思想。另一方面，在刑法分则中，大量增设新罪名，严密法网。刑法分则共分10章，对四百余个罪名作了规定，为准确定罪量刑提供了标准。

1997年全面修订刑法以来，全国人大常委会根据惩罚犯罪、保护人民和维护正常社会秩序的需要，先后已通过一个决定和九个修正案。历次刑法修订情况是：1998年12月，通过《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，增设了新罪；1999年12月，通过《刑法修正案》，共9条，主要增加规定有关会计犯罪、期货犯罪；2001年8月，通过《刑法修正案（二）》，仅1条，修改非法占用农用地罪；2001年12月，通过《刑法修正案（三）》，共9条，主要补充资助恐怖活动罪、投放虚假危险物质罪等；2002年12月，通过《刑法修正案（四）》，共9条，主要增加规定雇用童工从事危重劳动罪，完善走私罪等；2005年2月，通过《刑法修正案（五）》，共4条，补充规定有关信用卡犯罪；2006年6月，通过《刑法修正案（六）》，共21条，主要是修改完善有关重大安全事故犯罪、破坏金融管理秩序犯罪，补充枉法仲裁罪等；2009年2月，通过《刑法修正案（七）》，共15条，增加规定利用未公开信息交易、非法传销、利用影响力受贿，以及侵害计算机信息系统和妨害公民信息安全的相关犯罪；2011年2月，通过《刑法修正案（八）》，共50条，主要内容是取消13个罪名的死刑，增加规定坦

白制度,完善刑罚执行制度等;分则增加规定危险驾驶罪、拒不支付劳动报酬罪,修改完善生产、销售假药罪等。2015年8月,通过《刑法修正案(九)》,共52条,主要致力于解决以下问题:进一步减少9个罪名的死刑;维护公共安全,加大对恐怖主义、极端主义犯罪的惩治力度;维护信息网络安全,完善惩处网络犯罪的法律规定;进一步完善反腐败的制度规定,加大对腐败犯罪的惩处力度;维护社会诚信,惩治失信、背信行为,如增加规定组织考试作弊犯罪、虚假诉讼犯罪。

我国晚近刑法立法的突出特点表现在:

1. 拓宽新领域

刑法修正案扩大处罚范围的方式,突出表现为三种:(1)增设与有组织犯罪、集团犯罪有关的犯罪,成倍地扩大处罚范围(如恐怖主义犯罪,组织出卖人体器官犯罪,有组织的走私罪、组织传销活动罪、强迫交易等经济犯罪,有组织的如网络犯罪、环境犯罪等妨害社会管理秩序罪)。(2)将某些预备行为、帮助行为规定为实行行为(如妨害信用卡管理罪、资助恐怖活动罪等)。(3)增设大量法定刑较低,涉及社会管控的轻罪,包括投放虚假危险物质罪、编造虚假恐怖信息罪、走私国家禁止进出口的货物、物品罪、组织残疾人、儿童乞讨罪、组织未成年人进行违反治安管理活动罪、危险驾驶罪等;将扒窃、入户盗窃、携带凶器盗窃等许多原来以劳动教养处理的行为轻罪化。

2. 转变法益观

一方面,刑法从消极的法益保护——有法益受到侵害时,刑罚权才能启动,转变为积极的法益保护。另一方面,针对某种可能造成危险的行为设置罪刑规范,从重视法益实害转向重视法益的抽象危险,从注重保护个人法益转向重视公共利益和社会秩序的保护,危险驾驶罪的设立就是如此。

3. 增加新手段

晚近刑法立法可谓刚柔相济。“刚”表现为处罚严厉化:(1)对死缓犯的减刑幅度缩小。1997年刑法第50条规定,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,2年期满以后,减为无期徒刑;如果确有重大立功表现,2年期满以后,减为15年以上20年以下有期徒刑。《刑法修正案(八)》第4条规定,在死刑缓期执行期间确有重大立功表现,2年期满以后,只能减为25年有期徒刑。(2)增设限制减刑制度。《刑法修正案(八)》第4条规定,对被判处死刑缓期执行的累犯以及因部分暴力犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子,可同时决定对其限制减刑。同时在第15条配套规定,被限制减刑的犯罪分子,其实际执行的刑期为:缓期执行期满后依法减为无期徒刑的,不能少于25年,缓期执行期满后依法减为25年有期徒刑的,不能少于20年。(3)扩大特殊累犯的范围。刑法第66条只规定了危害国家安全犯罪的特别累犯,《刑法修正案(八)》第7条增加了恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的犯罪分子构成特别累犯的内容。(4)提高了数罪并罚时有期徒刑的最高限。刑法第69条规定,数罪并罚时有期徒刑最高不能超过20年。《刑法修正案(八)》第10条将其修改为,数罪并罚时有期徒刑总和刑期不满35年的,最高不能超过20年,总和刑期在35年以上的,最高不能超过25年。(5)缩小缓刑适用范围。刑法第74条规定,对于累犯不适用缓刑。《刑法修正案(八)》第12条增加了对犯罪集团的首要分子不适用缓刑的规定。(6)增设禁止令措施。《刑法修正案(八)》第2条、第11条分别规定,判处管制或宣告缓刑的,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。(7)提高了分则中部分犯罪(如操纵证券、期货市场罪,组织、领导、参加恐怖组织罪,组织、领导、参加黑社会性质组织罪,寻衅滋事罪、敲诈勒索罪、抢夺罪)的法定刑。(8)增设终身监禁的规