



张 旭 总主编

21世纪东部法学系列教材

21 SHIJI DONGBU FAXUE XILIE JIAOCAI

(第三版)

中国刑法学总论

主 编 于世忠

执行主编 杨艳霞 汪 勇



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

21世纪东部法学系列教材

张 旭 总主编

中国刑法学总论

(第三版)

主 编 于世忠

执行主编 杨艳霞 汪 勇

撰稿人

于世忠 杨艳霞 房绪兴 沈琪 叶智兴

叶良芳 杨燮蛟 曹顺宏 汪勇 刘延和

张 影 李正日 单 勇

Law of China

图书在版编目(CIP)数据

中国刑法学总论/于世忠主编.—3 版.—厦门:厦门大学出版社,2017.1

(21世纪东部法学系列教材/张旭总主编)

ISBN 978-7-5615-6324-3

I. ①中… II. ①于… III. ①刑法-法学-中国-高等学校-教材 IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 304365 号

出版人 蒋东明

责任编辑 施高翔 邓臻

封面设计 李夏凌 洪祖洵

电脑制作 张雨秋

责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社址 厦门市软件园二期望海路 39 路

邮政编码 361008

总编办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网址 <http://www.xmupress.com>

邮箱 xmupress@126.com

印刷 厦门市明亮彩印有限公司

开本 720mm×970mm 1/16

印张 24.5

插页 2

字数 426 千字

版次 2017 年 1 月第 3 版

印次 2017 年 1 月第 1 次印刷

定价 59.00 元

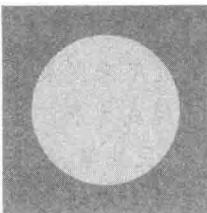
本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码



总序

一国的社会文明与进步不仅取决于该国的社会政治、经济的发展，也取决于该国社会法制化的发展，而一国法制化的发展与高等法学教育之间的直接联系，使得世界各国在其法制化的进程中，对本国的法学高等教育都不能不给予高度的重视。法律作为一门专业性和时代性都很强的科学，就法学高等教育的角度而言，不仅需要一大批法律专家和学者对有关专业问题进行深入研究，更需要具有普适性的高等法学教育的发展和推动，而在高等法学教育中，就所谓“传道、授业、解惑”的角度看，法学教材的编辑不能不说这是法学教育诸多环节中十分重要的一环。换言之，作为高等法学教育基本依托的法学教材建设，以及法学教材的质量与法学教育水准之间的密切联系，使其成为了高等法学教育中一项不容忽视且必须予以高度重视的问题。

我国东部地区人杰地灵、物产丰富，改革开放以来不仅是社会经济发展最快的地区之一，也是文化教育最为发达的地区之一。伴随我国法学教育改革前进的步伐，其高等法学教育取得了令人鼓舞的成就。然而，就法学教材建设而言，却存在一定程度的不足。具体表现就是，至今没有出版一套较为全面地反映和体现东部法学教育特征的高等法学教材。而无论是从历史的发展还是现实需要的角度看，东部不仅在中国近代意义的法学教育和法学研究上曾经有过自己的辉煌，而且，就现实东部的经济、社会发展的需要而言，编辑一套针对东部法学教育的特点，能够体现东部法学教育特色，以及充分适应东部高等法学教育需要的法学教材，也具有十分显著的现实意义。换言之，针对东部法学教育的具体情况，编辑一套能够体现东部法学教育特色，以及充分适应东部高等法学教育需要的法学教材，不仅是东部地区社会经济、政治发展的需要，也是高等法学教育的现实需要。

21世纪是我国社会高度发展的一个新的历史时期。在这个新的历史发展时期中，就高等法学教育而言，不仅面临法学教育观念的变革、教育方式的

改革,也涉及教育内容的更新与发展,而这一系列问题最终都无一不体现在法学教材的编写与更新上。从这一个角度上讲,一套适应社会发展需要的教材的构思、编写作为一项创造性的劳动,还需要我们认真地去思考、研究和探索。

浙江工业大学法学院,虽然算不上是老牌的法学院,但是近年来发展迅速,学科建设得到了超常规发展,科研水平有了长足的提高,已经成为浙江省内很有实力的法学院、教学机构。学院设有诉讼法学、刑法学、民法学、经济法学、国际法学、理论法学等诸多学科,以及法学研究所和司法与人权研究中心。与西南政法大学联合培养的法律硕士研究生已达 200 多人。其诉讼法硕士点也是颇具实力的重点学科。

同时,学院拥有一支教学经验丰富、科研成果丰硕的师资队伍,教授、副教授近 20 人,80%以上的教师具有博士、硕士学位。学院的教学、科研设施齐全,自成一体的法学院楼建筑面积达 12000 平方米,并配有装备现代化多媒体设施的模拟法庭 3 个。学院图书资料室藏书量达数万册,中外文学术期刊数百种。

在我们现有法学研究和教学力量的基础上,基于东部法学教育的现实需要,我们经过精心策划,以及充分的准备,以我校教师为主,浙江省内部分高校教师的参与下,编写了《21 世纪东部法学系列教材》。这套教材首期出版的是由教育部确定的法学专业核心课程的 14 门教材,并按照教育部颁布的《全国高等学校法学核心课程基本要求》编写而成。

在这 14 本核心课程教材的编写中,我们不仅有意识地吸收了近十几年以来,在我国社会发展中出现的较为定型的法学研究成果,关注了相应学科的国际发展的动向,使本教材在内容上能够充分反映出 21 世纪中国法学发展的现状,以及相应学科的国际发展趋势。而且,我们还特别注意到了东部法学教育,以及法学本科教学的特点,有的放矢地针对法学高等教育中本科学生的特点,将教学内容、教学提问,以及案例教学结合起来,使教材不仅具有新颖性、学术性,也具有较大的可读性。

法学教材的编写虽然不同于法学专著的撰写,但是资料的收集、学术思想的整理和教材内容的编写,以及逻辑体系上的斟酌、考量、编排,也决非一件轻而易举的事情。为此,特向参与本套教材编写的各位作者,表示衷心的感谢!

本套教材的出版得到了厦门大学出版社的大力支持,在此一并表示衷心的感谢!

张 旭

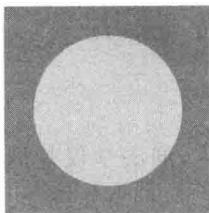
2006 年 6 月于杭州

目 录

| | |
|--------------------------|-------------|
| 绪言 | (1) |
| 第一章 刑法概述 | (5) |
| 第一节 刑法的概念、渊源和分类 | (5) |
| 第二节 刑法的根据、任务和机能 | (9) |
| 第三节 刑法的体系、规范与解释 | (11) |
| 第二章 刑法的基本原则 | (27) |
| 第一节 刑法基本原则概述 | (27) |
| 第二节 罪刑法定原则 | (28) |
| 第三节 刑法适用平等原则 | (32) |
| 第四节 罪刑相适应原则 | (33) |
| 第三章 刑法的效力 | (35) |
| 第一节 刑法的空间效力 | (35) |
| 第二节 刑法的时间效力 | (43) |
| 第四章 犯罪概述 | (47) |
| 第一节 犯罪的概念 | (47) |
| 第二节 犯罪的认定 | (50) |
| 第三节 犯罪的分类 | (51) |
| 第五章 犯罪构成 | (55) |
| 第一节 犯罪构成概述 | (55) |
| 第二节 犯罪构成要件 | (66) |
| 第三节 犯罪构成要件要素 | (72) |
| 第六章 犯罪客体 | (79) |
| 第一节 犯罪客体概述 | (79) |
| 第二节 犯罪客体的分类 | (81) |
| 第三节 犯罪对象 | (85) |
| 第七章 犯罪客观方面 | (89) |
| 第一节 犯罪客观方面概述 | (89) |

| | | |
|-----------------------|-------------------|-------|
| 第二节 | 危害行为 | (93) |
| 第三节 | 危害结果..... | (106) |
| 第四节 | 刑法上的因果关系..... | (112) |
| 第五节 | 犯罪的其他客观要件要素..... | (119) |
| 第八章 犯罪主体 | | (122) |
| 第一节 | 犯罪主体概述..... | (122) |
| 第二节 | 自然人犯罪主体..... | (124) |
| 第三节 | 单位犯罪主体..... | (144) |
| 第九章 犯罪主观方面 | | (149) |
| 第一节 | 犯罪主观方面概述..... | (149) |
| 第二节 | 犯罪故意..... | (152) |
| 第三节 | 犯罪过失..... | (162) |
| 第四节 | 犯罪的目的与动机..... | (170) |
| 第五节 | 无罪过事件..... | (173) |
| 第十章 排除犯罪行为 | | (176) |
| 第一节 | 排除犯罪行为概述..... | (176) |
| 第二节 | 正当防卫..... | (178) |
| 第三节 | 紧急避险..... | (186) |
| 第四节 | 其他排除犯罪行为..... | (190) |
| 第十一章 故意犯罪的停止形态 | | (197) |
| 第一节 | 故意犯罪的停止形态概述..... | (197) |
| 第二节 | 犯罪既遂..... | (201) |
| 第三节 | 犯罪预备..... | (206) |
| 第四节 | 犯罪未遂..... | (209) |
| 第五节 | 犯罪中止..... | (218) |
| 第十二章 共同犯罪 | | (227) |
| 第一节 | 共同犯罪概述..... | (227) |
| 第二节 | 正犯..... | (230) |
| 第三节 | 共犯..... | (236) |
| 第四节 | 共同犯罪定罪中的特殊问题..... | (241) |
| 第五节 | 共同犯罪人的刑事责任..... | (246) |
| 第十三章 罪数 | | (250) |
| 第一节 | 罪数的区分..... | (250) |

| | | |
|-------------|--------------|-------|
| 第二节 | 一罪的认定 | (255) |
| 第三节 | 数罪的认定 | (271) |
| 第十四章 | 刑事责任 | (274) |
| 第一节 | 刑事责任概述 | (274) |
| 第二节 | 刑事责任的根据 | (278) |
| 第三节 | 刑事责任的实现 | (284) |
| 第十五章 | 刑罚概说 | (288) |
| 第一节 | 刑罚的概念 | (288) |
| 第二节 | 刑罚的目的 | (291) |
| 第三节 | 刑罚的功能 | (296) |
| 第十六章 | 刑罚的体系 | (300) |
| 第一节 | 刑罚的体系概述 | (300) |
| 第二节 | 主刑 | (305) |
| 第三节 | 附加刑 | (312) |
| 第四节 | 非刑罚的处理方法 | (320) |
| 第十七章 | 刑罚的裁量 | (323) |
| 第一节 | 刑罚裁量概述 | (323) |
| 第二节 | 量刑情节 | (331) |
| 第三节 | 累犯 | (336) |
| 第四节 | 自首、坦白与立功 | (340) |
| 第五节 | 数罪并罚 | (346) |
| 第六节 | 缓刑 | (351) |
| 第十八章 | 刑罚的执行 | (359) |
| 第一节 | 刑罚执行概说 | (359) |
| 第二节 | 减刑与假释 | (365) |
| 第十九章 | 刑罚的消灭 | (375) |
| 第一节 | 刑罚消灭概述 | (375) |
| 第二节 | 时效 | (376) |
| 第三节 | 赦免 | (380) |
| 后记 | | (383) |



绪 言

一、刑法与刑法学

一般认为,刑法是以国家名义颁布的,规定犯罪及其法律后果(主要是刑罚)的法律规范的总和。刑法学是研究刑法及其所规定的犯罪、刑事责任和刑罚的科学。二者的关系可以简单概括为:刑法是刑法学研究的对象,刑法学是关于刑法的理论科学。刑法学是最重要的部门法学之一。

刑法学是随着刑法的产生而产生的。不论东方或西方,早在奴隶社会,就都有了关于刑法的文字记载和思想论述。但是,严格来讲,刑法学成为一门相对独立的法律科学,则是在18世纪欧洲资产阶级革命时期。意大利的刑法学家贝卡里亚(Cesare Bonesana Beccaria,1738—1794)被认为是近代资产阶级刑法学的鼻祖。他于1764年发表的《论犯罪与刑罚》一书被认为是资产阶级刑法学的奠基之作。该书在总结前人研究成果的基础上,较为全面、系统地论述了刑法学的基本问题。该书对罪刑法定、罪刑均衡、刑罚人道等刑法基本原则的论述,至今仍具有重大影响和现实意义。

社会主义刑法学是在俄国1917年十月革命胜利之后诞生的。苏联的一批刑法学家,以马克思列宁主义为指导,在总结本国刑事立法和司法实践经验并批判地借鉴资产阶级刑法学研究成果的基础上,创立了与资产阶级刑法学有根本区别的社会主义刑法学理论体系。

当代中国刑法学,萌芽于新民主主义革命根据地时期,创建于中华人民共和国成立之后。1949年新中国成立,但直到1979年,新中国才有了自己的刑法。在此之前和之后的一段时间,我国的刑法学理论受同属社会主义类型的苏联刑法学的影响较大,很多理论是直接照抄苏联的理论。随着改革开放的逐步深入,我国的刑法学研究也开始借鉴、学习资产阶级刑法学理论中的优秀成果。目前,我们已经基本建立了有中国特色的社会主义刑法学理论体系。

我们的理论体系既没有照搬照抄苏联的刑法学理论,也没有照搬照抄资产阶级的刑法学理论。我们的理论体系是在借鉴世界各国刑法学理论优秀成果的基础上,根据我国的立法和司法实践以及我国的具体国情建立起来的。

二、刑法学与刑事法学

刑事法学是研究有关犯罪与刑事责任的一切问题的学科,刑法学仅是刑事法学的一部分。刑事法学包括犯罪学、监狱学、刑事诉讼法学、刑事侦查学、比较刑法学、刑法史学等。19世纪以前,由于立法和法学理论都不发达,这些学科并没有独立(有些还尚未产生),都属于刑法学这个大学科。进入19世纪,随着立法的日益细化、日益精密,刑事法理论的日益发达,产生了很多新的刑事法律和理论。这些学科也逐渐从刑法学中独立出来,成为与刑法学并列的独立的学科。因此刑法学与这些学科既有联系,也有区别。

从联系来说,这些刑事法学理论和刑法学一样,都是研究有关犯罪与刑事责任的问题的学科。它们的区别主要在于研究对象不同。犯罪学以犯罪原因与对策为研究对象。有关犯罪原因的结论必然影响刑法理论,但刑法学一般不直接研究犯罪原因。犯罪学更多地关注人为什么犯罪,刑法学则更多地关注对已经构成犯罪的行为如何定罪与处罚。监狱学是以监狱法为研究对象的学科,主要研究如何执行刑罚;刑法学则主要研究适用刑罚的前提与方法。例如,刑法学研究对什么样的犯罪行为应当判处有期徒刑,监狱学则研究怎样执行这些有期徒刑。因此,罪犯的分开羁押问题、心理矫正问题就是监狱学而不是刑法学关注的问题。但这些都是和犯罪及刑事责任有关的问题。刑事诉讼法学以刑事诉讼法为研究对象,是关于如何进行刑事诉讼的法律。例如公安机关有无权力决定逮捕一个公民?死刑由哪一级法院进行核准?是否允许超期羁押等。它属于刑事程序法的范畴,刑法则属于刑事实体法的范畴。刑事侦查学是以犯罪侦查的策略和技术为研究对象的学科,研究如何侦破已经发生的犯罪,刑法学则研究对于已经侦破的犯罪如何定罪和处罚。

虽然研究对象不同,但这些学科之间还是有联系的,因为它们的目标是相同的:减少犯罪,控制犯罪。例如,犯罪学研究证明,完全封闭的刑罚执行方式使出狱的罪犯再社会化发生困难,从而再犯率增加。那么刑法学就要研究是否应该增加一些新的刑种或者新的刑罚执行方式,例如社区服务令、周末监禁方式等,使刑罚能兼顾报应与预防功能,确实降低再犯罪率。社会是一个复杂的系统,每个子系统都和其他系统相联系,牵一发而动全身。因此,要降低犯罪率,单靠刑法和刑法学是无法奏效的。只有依靠各法律、各刑事法理论的共



同作用,才可能实现这个目标。

三、刑法学的研究对象与理论体系

刑法学的研究对象就是一国的现行刑法。最广义的刑法学是上文提及的刑事法学,广义的刑法学,是指解释现行刑法(刑法解释学)、阐述刑法规范的哲学基础(刑法哲学或理论刑法学)、研究刑法历史(刑法史学)、比较不同刑法(比较刑法学)的学科。狭义的刑法学,仅指刑法解释学。所谓的刑法教义学(Strafrechtsdogmatik)或者教义刑法学,就是指刑法解释学。^① 本书的主体是刑法解释学,这是由本科教育的特点决定的。但本书也适当兼顾刑法理论的哲学基础。因为有些基础理论是必须掌握的,不懂这些理论就无法真正掌握刑法。

刑法学是以刑法为研究对象的知识体系和理论体系,刑法是在刑法学的理论指导下创立的。因此,二者的体系有颇多契合之处。刑法分为总则和分则,刑法学也分为总论和分论。刑法的总则分为三大部分:刑法的任务、基本原则和适用范围、犯罪、刑罚。刑法学的总论也分为三大部分:刑法概述、犯罪论、刑罚论。刑法学的分论是罪刑各论,研究对象是各个具体的犯罪,其体系也应当和刑法分则的体系一致。因此,本教材(含刑法分则)的体系如下:将刑法学区分为总论和分论,总论包括三部分内容:刑法概述、犯罪论、刑罚论;分论包括两部分内容,第一部分是分则概述,第二部分是具体犯罪的犯罪构成,其体系排列和刑法分则的体系排列一致。

四、刑法学的研究方法

研究刑法学,应当以辩证唯物主义和历史唯物主义为根本方法。

首先,要运用历史的、发展的观点研究刑法。辩证唯物主义与历史唯物主义认为事物是发展变化的,而不是静止的、固定不变的。刑法是社会意识的忠实反映。有什么样的社会意识,就会有什么样的刑法。在皇权至上的时代,“偷窥皇宫”就是犯罪,要处膑刑(《法经》)。在现代文明社会,皇宫则向普通人开放,供人们参观,偷窥皇宫也不再是犯罪。我们在研究刑法时,必须持历史的、发展的观点,将现行刑法的规定与历史状况和未来前景结合起来进行研究。只有这样,才能正确把握刑法的立法精神,才能深刻理解现行刑法的规定。只有运用发展的观点研究刑法,我们才能够根据实践中的新问题制定新

^① 张明楷:《刑法学》,法律出版社 2016 年第 5 版,第 1 页。

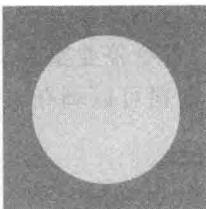
的立法或者创造新的理论,使刑法和刑法学都不断得到完善。

其次,要运用理论联系实际的方法研究刑法。理论联系实际的方法是辩证唯物主义和历史唯物主义的基本研究方法。这一方法在刑法学研究中具有特别重要的意义。刑法学是一门实践性很强的学科。它以刑法为研究对象,而刑法是以生活中形形色色、包罗万象的犯罪及其刑事责任为规制对象的。刑法不能脱离实践,脱离了实践,它就成了无水之鱼,无本之木了。刑法学也不可能脱离实践。人们学习刑法学不是为了提高自己的思辨能力,而是为了用这个理论解决实践中与犯罪及刑事责任有关的问题。所以,它不能是一种纯粹思辨的理论,它必须是一种能解决实际问题,能指导实践的理论。如果刑法学理论不和实践相结合,刑法学理论就只是漂亮的、空洞的理论。学习刑法学时,要运用理论联系实际的方法,还因为司法实践在不断变化,不断对理论提出新的要求。刑法理论要随时关注这个变化,不断根据实践的要求修改、完善自己的理论。因此,只有和我国的立法实践、司法实践相结合,刑法学才能获得足够的养料,使自己的理论日趋完善,并为社会提供更好的理论指导。

研究刑法学,有两个具体的研究方法很重要,这就是注释研究法和案例分析法。

注释研究法是对刑法条文逐字逐句进行解释、分析的方法。刑法典的用语具有概括性,法条的内容并不总是清楚、明白、一目了然,这就需要解释。本科生学习刑法学,主要就是学习刑法的具体规定,掌握法条的内涵。因此在学习中必须对刑法条文进行逐字逐句的解释、分析。案例分析法,是指运用典型刑事案例研究刑法理论的方法。刑法学具有很强的实践性,刑法理论只有在具体运用中才能得到检验、丰富和发展。疑难案件常会迫使我们思考,迫使我们发展刑法理论,修改刑事立法。运用典型案例研究刑法学,既可以提高我们分析问题的能力,更加牢固地掌握刑法学知识,也可以检验刑法理论,还可以发展刑法理论。

第一章



刑法概述

第一节 刑法的概念、渊源和分类

一、刑法的概念与特征

刑法是以国家名义颁布的,规定犯罪及其法律后果(主要是刑罚)的法律规范的总和。它是一个独立的部门法,以自己独有的方式独立地保护、调整特定的社会关系。刑法具有以下几个基本特征:

1. 规制内容的特定性

刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范的总和。它规定的是犯罪行为及刑事责任,而其他法律规定的一般违法行为及其法律后果。这种特定性,使刑法成为一个特殊的、独立的部门法。

2. 法益保护的广泛性

刑法之外的一般部门法都只是调整和保护某一方面的社会关系,例如民法仅调整和保护平等主体之间的财产关系以及与财产关系密切相关的人身关系;婚姻法仅调整和保护婚姻家庭关系;行政法仅调整拥有国家行政权的行政主体与行政相对人之间的行政关系。刑法所保护的社会关系则具有广泛性,涉及社会生活的各个方面。可以认为,一般部门法所要调整和保护的社会关系,刑法都可以进行调整和保护。这是因为犯罪的发生并无行业、部门、主体等限制,只要违法行为严重到严重危害社会主义社会秩序的程度,就认为构成犯罪,刑法就要调整。例如,一般的走私行为由海关法来调整,但严重危害我

国经济秩序的走私行为,则构成走私罪,要由刑法来调整。一般的对婚姻不忠的行为,由婚姻法来调整;严重的不忠行为,如重婚,则由刑法来调整。

3. 制裁手段的严厉性

刑罚是刑法规定的主要制裁方法,它是所有部门法中最严厉的制裁方法。一般部门法对一般违法行为也适用一定的强制方法,如罚款、责令停业整顿、警告、行政拘留等。但这些制裁措施的严厉性远不如刑罚。刑罚可以剥夺人的自由和财产,最严厉的刑罚可以剥夺人的生命。

4. 其他法律的保障性

刑法是其他部门法的保障法,其他部门法的彻底贯彻实施都要依赖于刑法。这是因为刑法可以剥夺人的生命、自由、财产。以此作后盾,才能保障其他部门法的顺利贯彻执行。例如如果不规定“拒不执行判决、裁定罪”,那些恶意赖账、有履行能力而拒不履行判决、裁定的人就将肆无忌惮地藐视法律。规定了此罪,就可以以刑罚为威慑迫使这些人认真履行判决、裁定,从而保证民法和民事诉讼法的执行。所以,其他部门法是“第一道防线”,刑法是“第二道防线”。^①

5. 部门法律的补充性

刑法补充性的基本含义是:只有当一般部门法不能充分保护某种法益时,才由刑法保护;只有当一般部门法还不足以抑止某种危害行为时,才由刑法禁止。^②由于刑法以刑罚作为主要制裁方法,而刑罚是一把双刃剑,既有利,也有弊。用之不当,则国家与个人均受其害。所以,我们要慎用刑法,刑法应当相对谦抑、保守。只有当一般部门法还不足以抑止某种危害行为时,才由刑法禁止。如果其他部门法已经能够很好地起到对法益的保护作用,此时就不应当适用刑法。

二、刑法的渊源

刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范的总和。刑法并不仅仅包括刑法典,单行刑法、附属刑法都是我国刑法的渊源。某些国际条约也是我国刑法的渊源。

^① 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社 2005 年版,第 9 页。

^② 张明楷:《刑法学》,法律出版社 2011 年第 4 版,第 24 页。

(一) 刑法典

刑法典是指立法机关以刑法(典)名称颁布的系统规定犯罪、刑事责任与刑罚的法律。中华人民共和国成立后的1979年,我国制定了《中华人民共和国刑法》,此即我国的刑法典。该刑法典于1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过,1980年1月1日起施行。1997年3月14日,第八届全国人民代表大会第五次会议对其进行了全面修订,并于1997年10月1日起施行。

修订的刑法施行后,根据实践的需要,我国又对刑法进行了一些修改。截止到2016年6月,我国先后颁布了一个单行刑法,九个刑法修正案。

需要说明的是:虽然我们习惯于将1997年的刑法典称为新刑法,将1979年的刑法典称为旧刑法,但迄今为止,我国只有一部刑法典。1997年刑法并非是废除1979年刑法而新制定的法律。它是在1979年刑法的基础上修订而成的,二者具有连续性。审判实践中,如果适用的是1997年刑法的法条,应称为“刑法第某某条”,不能称为“1997年刑法第某某条”。如果要适用或引用1979年刑法的法条,则应将其称为“1979年刑法第某某条”。在特意将二者进行比较的场合,如审理旧案或进行学术研究时,则将二者分别称为“1979年刑法”、“1997年刑法”。

(二) 单行刑法

单行刑法是指立法机关以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的,规定某一类或者某一种犯罪及其刑罚或者刑法特殊事项的法律。1979年刑法施行期间,全国人民代表大会常务委员会先后颁布实施了23个单行刑法。根据1997年刑法附则的规定,这些单行刑法中的15个已完全废止,8个单行刑法中有关刑事责任的规定不再有效,但有关行政处罚和行政措施的规定继续有效。换言之,1997年以前的单行刑法中的刑事责任部分全部被废止,其主要内容都纳入了1997年修订的刑法。1997年后,全国人大常委会相继通过了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》(1998年12月29日)、《全国人民代表大会常务委员会关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》(1999年10月30日)、《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》(2000年12月28日)等决定。这三个《决定》都是针对专门犯罪的,都有适用刑法追究相关犯罪的规定,但它们并不都是单行刑法。其原因在于:单行刑法必须对刑法典进行了修改或补充,即增加、删除、修改了罪名或法定刑。如果《决定》只是指出对哪些犯罪行为应适用刑法的哪些条款进行惩处,就不能算是单行刑法。根据这一标准,只有《关于惩治骗购外汇、逃汇和非

法买卖外汇犯罪的决定》增设了新罪名、改变了《刑法》中逃汇罪的犯罪主体，并提高了其法定刑。其他两个决定仅是指出对邪教犯罪活动应如何处理、对利用互联网进行的哪些犯罪应追究刑事责任，并未修改刑法，因此，自 1997 年 3 月修订刑法后，全国人民代表大会常务委员会仅颁布了一个单行刑法。需要说明的是：制定《刑法修正案》是比制定单行刑法更好的修改刑法的方式，它有利于刑法典的统一。从 1999 年 12 月 25 日全国人大常委会颁布《刑法修正案》（即第一个刑法修正案）开始，我国就没有再颁布过单行刑法了。

（三）附属刑法

附属刑法是指规定于民法、经济法、行政法等非刑事法律当中的刑法规范。这类刑法规范附属于非刑事法律，故称之为附属刑法。1997 年刑法实施以后，我国的一些经济法、行政法当中还有这方面规定。但基本上都规定为：“构成犯罪的，依法追究刑事责任。”这种规定只是重申刑法的规定，不具有附属刑法的实质内容。

（四）国际刑法

每个国家都应遵守自己签署的国际条约，但有些国际条约可以直接适用，有些必须转化为国内法才能适用。规定保障被告人合法权益的国际刑法规范，属于我国刑法的直接渊源，我国司法机关应当尊重并努力达到国际条约中保障人权的倡导性规则，遵守国际条约中保障人权的硬性规则以确保达到国际社会的基本标准。规定国际犯罪因而具有刑事责任意义的国际条约，由于并不直接包含刑罚制裁的规定（即仅规定某些行为是国际犯罪，并无具体刑事责任的规定），不能直接成为一国国内法渊源，需要通过刑事立法转化为国内刑法。^①

三、刑法的分类

（一）广义刑法与狭义刑法

广义刑法是指关于犯罪及其法律后果（主要是刑罚）的法律规范的总和，即包括刑法典、单行刑法与附属刑法、国际刑法。狭义刑法是指刑法典。

（二）普通刑法与特别刑法

普通刑法是指在一国范围内具有普遍适用的性质与效力的刑法。刑法典即为普通刑法。特别刑法是指适用于特别的人、特别的时间、特定的地域或者特定的事项的刑法。单行刑法、附属刑法属于特别刑法。国际刑法视其内容

^① 曲新久等：《刑法学》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 5 页。

而定,或者属于特别刑法或者属于普通刑法。我国1979年刑法实施期间,曾有一部特别刑法——《中华人民共和国惩治军人违反职责罪条例》,这部单行刑法的适用对象就是军人。1997年修改刑法时,这部分内容被纳入刑法分则第十章“军人违反职责罪”,该单行刑法即被废止。香港、澳门、台湾的刑法仅适用于我国香港、澳门、台湾地区,也可算是特别刑法。

(三)形式刑法与实质刑法

形式刑法是指从名称(形式)上就可以知道属于刑法范围的法律,例如刑法典、单行刑法。实质刑法是指从名称上看不出是刑法,但其内容规定有犯罪及刑事责任的法律,例如附属刑法。

第二节 刑法的根据、任务和机能

一、刑法的根据

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。”这说明制定刑法的法律根据是我国宪法。宪法是我国的根本法,在我国的法律体系中具有最高的法律效力,任何法律都不能和宪法相抵触。刑法也必须遵守宪法的精神和具体规定,不得与宪法相抵触。

根据《刑法》第1条,制定刑法的实践根据是我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况。这要求立法机关在制定刑法时必须考虑我国的具体国情,既不能凭主观想象,也不能照抄照搬前人或外国现成的东西,而应当系统地进行调查研究,认真总结我国长期同犯罪作斗争的经验,立足于我国的实际情况制定刑法。例如,外国的罪刑法定原则一般仅规定:“法无明文规定不为罪”,我国则规定:“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。”即:我国的罪刑法定原则除了强调“法无明文规定不为罪”,还同时强调了“法有明文规定的,依照法律定罪处刑”。这是因为我国现在的法治环境还不够好,有法不依的情况还很严重,该定罪处刑而不定罪处刑的情况还大量存在,因此有必要强调违法必究。

二、刑法的任务

我国《刑法》第1条规定：“为了惩罚犯罪，保护人民”制定刑法；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。”根据这一规定，刑法的任务就是“惩罚犯罪，保护社会”。

刑法通过禁止和惩罚各种侵犯国家、人民利益的犯罪行为来保护国家和人民的各种合法权益，因此有学者认为刑法的任务可以概括为“保护法益”。^①需要注意的是：惩罚犯罪只是手段，保护法益才是目的，因此在司法实践中不能纯粹为了惩罚而惩罚，必须将保护与惩罚结合起来。

三、刑法的机能

刑法的机能又称为刑法的功能。它是指刑法作为一个有机整体体现或可能发挥的作用。刑法的机能是多元的。一般认为，刑法具有以下三种主要的机能。

（一）行为规制机能

刑法通过将某些行为规定为犯罪并规定其法律后果，向社会公众宣示国家对这种行为的否定和禁止。公众在看到国家的这种态度后，会自觉约束自己的行为，以免触犯法律。这就是刑法的行为规制机能。它通过将一定的行为规定为犯罪向社会公众提供了一个行动指南，使公众知道哪些行为可为，哪些不可为，并进而约束自己的行为。

（二）社会保护机能

刑法的社会保护机能即保护社会不受犯罪侵害的机能。刑法通过规定什么样的行为是犯罪并规定相应的刑罚，通过司法活动惩罚犯罪行为，保护个人、社会、国家的利益。我国刑法保护国家的根本政治制度和公民的合法权益。具体包括：（1）保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度。这是我国刑法的首要任务。（2）保护社会主义的经济基础。经济基础直接关系到政权和制度的巩固及社会生活的正常与繁荣，因此，保护社会主义的经济基础是我国刑法的重要任务，为此，刑法专章规定了“破坏社会主义市场经济

^① 张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版第5版，第21页。

秩序罪”和“侵犯财产罪”。(3)保护公民的人身权利、民主权利、财产权利和其他权利。保护人民的合法权益是我国的根本任务，也是我国刑法任务的重要内容之一。我国刑法坚决保护公民所享有的人权。(4)维护社会秩序。刑法是维护社会秩序、稳定社会环境的强有力法律武器，刑法规定危害公共安全罪、妨害社会管理秩序罪、渎职罪等各类犯罪就是为了维护社会秩序，保障社会主义现代化建设事业的顺利进行。

(三)人权保障机能

刑法通过规定罪刑法定原则，通过明确规定每个犯罪的犯罪构成和处罚标准，保障无罪的人不受刑事追究，保障有罪的人只受到法律限度内的惩罚。刑罚是最严厉的制裁方式，如果被滥用，就会严重侵害人民的基本权利。国家具有扩张刑罚权的天然倾向，因此必须对国家的刑罚权予以适当的限制和制约，将其限制在合理的范围内。刑法虽然是为惩罚犯罪而产生的，但其一旦制定出来，却又能起到保障人权的作用。因为刑法以罪刑法定为基本原则，而无罪不罚是罪刑法定的必然要求。任何人只要未实施犯罪，就不应受到刑罚处罚。该原则还要求只能依法惩处犯罪的人，不得法外施刑。因此，刑法能够限制国家刑罚权的滥用——要求国家只能依据刑法惩罚犯罪，严禁超越法律规定滥用刑罚权，侵害无辜的人或者犯罪的人的合法权益。

刑法的保障机能与保护机能是统一的，二者缺一不可，不可偏废。刑法既通过制裁犯罪行为保护社会不受犯罪侵害，也通过规定罪刑法定原则和具体、明确的罪刑标准保障无罪的公民不受刑事追究，有罪的公民只受法内追究。换言之，刑法既是“善良人的大宪章”，也是“犯罪人的大宪章”。这是德国19世纪著名刑法学家冯·李斯特的名言。

第三节 刑法的体系、规范与解释

一、刑法的体系

刑法的体系是指刑法的组成与结构。刑法体系有狭义、广义之分。科学合理的刑法体系有利于更好地发挥刑法的整体功能。

狭义的刑法体系是指刑法典的体系。《中华人民共和国刑法》分为总则、分则和附则三部分。其中，总则、分则各为一编。每编之下，根据法律规范的

性质和内容有次序地划分为章、节、条、款、项等层次。第一编总则分设五章，即刑法的任务、基本原则和适用范围；犯罪；刑罚；刑罚的具体运用；其他规定。第二编分则分设十章，即危害国家安全罪；危害公共安全罪；破坏社会主义市场经济秩序罪；侵犯公民人身权利、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。刑法总则除第一章、第五章外，其余三章下均设若干节；分则除了第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”和第六章“妨害社会管理秩序罪”两章下设若干节外，其余章下均未设节。附则是1979年刑法所没有的，仅有一个条文，其具体规定：一是修订后刑法典开始施行的日期；二是修订后刑法典与以往单行刑法的关系，宣布在修订的刑法典生效后某些单行刑法的废止以及某些单行刑法中有关刑事责任的内容之失效。

刑法总则是关于犯罪、刑事责任和刑罚的一般原理原则的规范体系，是认定犯罪、确定刑事责任和适用刑罚所必须遵循的共同的规则。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。刑法总则与刑法分则的关系是一般与特殊、抽象与具体的关系。总则指导分则，分则是总则所确定的原理原则的具体体现，二者相辅相成。只有把刑法总则和分则紧密地结合起来加以研究，才能正确地认定犯罪、确定责任和适用刑罚。

广义的刑法体系是以刑法典为核心的由刑法典、单行刑法、附属刑法以及国际刑法所组成的刑法规范体系。

二、刑法规范

刑法规范也称罪刑规范，是以禁止、处罚犯罪行为为内容的法律规范。具体地说，由国家制定与认可并由国家强制力保证实施的，禁止人们实施犯罪行为、命令人们履行义务以免犯罪、指示司法人员如何认定犯罪和科处刑罚（包括免除刑罚处罚）的法律规范，就是刑法规范。^①刑法规范的内容主要表现为刑事禁令，即禁止性规范和命令性规范。禁止性规范表现为刑法禁止公民实施一定的行为，命令性规范表现为刑法命令公民实施一定的行为。刑法规范以禁止性规范为主，命令性规范为辅。刑法规定了故意杀人罪，这表明刑法设立了一个禁止性规范：“不得杀人”。刑法规定了“遗弃罪”，这表明刑法设立了一个命令性规范：“对于需要抚养者，有抚养义务的人应当抚养之（例如父母应

^① 张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年第5版，第26页。

当抚养未成年子女)”。

刑法规范和刑法条文具有密切联系,但二者并不相同。刑法规范通过刑法条文表达出来,并存在于刑法体系之中。刑法条文是直观的、显性的,刑法规范则是非直观的,隐性的。例如“禁止(非法)故意杀人”是一个刑法规范,但刑法并不直接规定“禁止故意杀人”,而是规定:“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑;情节较轻的,处三年以上十年以下有期徒刑(刑法第232条)。”即,它通过将故意杀人行为规定为犯罪并对其判处严厉的刑罚这样一个条文来体现刑法规范。刑法规范与刑法条文也不是一一对应的关系,一个条文可能表达几个规范,如《刑法》第246条禁止公然侮辱他人和诽谤他人;有时几个条文可能表达一个规范。例如《刑法》第263条和第269条规定了禁止抢劫行为,第263条规定的是禁止普通抢劫行为,第269条规定的是禁止转化的抢劫行为。

需要注意的是,由于刑法规范是禁止或命令公民从事一定的行为的,因此刑法规范主要表现在刑法分则的法律条文中。刑法总则的法律条文都是原则性、一般性的关于定罪与量刑的规定,不规定具体的犯罪与量刑,因此一般也不规定刑法规范。

刑法规范既是裁判规范,又是行为规范。刑法规范首先表现为裁判规范,即是指示或命令司法工作人员如何裁定、判断行为是否构成犯罪、对犯罪如何追究刑事责任的一种规范。例如《刑法》第271条规定:“公司、企业或者其他单位的人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为已有,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处五年以上有期徒刑,可以并处没收财产。国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的,依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。”这就是一个裁判规范。它指示司法工作人员对这种行为必须:(1)认定为犯罪。(2)认定为职务侵占罪。(3)对于数额较大的,处5年以下有期徒刑或者拘役;对于数额巨大的,处5年以上有期徒刑。如果司法工作人员将国家工作人员利用职务之便将本单位财物非法占为己有的,认定为此罪(应当认定为贪污罪),或者对职务侵占罪判处无期徒刑,都是违法的,如果是故意为之,还要承担徇私枉法罪的刑事责任。

刑法规范同时又是一个行为规范。它禁止一般人(刑法的所有适用对象)实施犯罪行为。刑法通过将一定的行为规定为犯罪,并处以刑罚向一般人宣示:这种行为是犯罪,不可以实施。前述《刑法》第271条的规定也是如此。它

将非国家工作人员利用职务之便侵占本单位财物的行为规定为犯罪就是向一般人宣示职务侵占行为是犯罪,禁止实施这种行为。

三、刑法的解释

(一)刑法解释的必要性

刑法的解释就是对刑法规范含义的阐明。任何刑法都需要解释。这是因为:

1. 刑法内容是由文字表达的,而文字具有多义性。我们需要通过解释决定采取文字的何种含义。任何用语都具有核心含义明确,边缘含义模糊的特点。我们需要通过解释界定扩展的边际。例如《刑法》第 213 条规定:“未经注册商标所有人许可,在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”“相同”一词的核心含义是指完全一致,如果仿冒商标和被仿冒商标完全一致,当然是“相同”。如果两个商标确实存在微小差异,但肉眼根本无法辨别或者较难辨别,此时两个商标是否“相同”?如果将其认定为“相同”商标,二者确实存在微小差异,如果不将其认定为“相同”商标,无异于在鼓励这种钻法律空子的行为。此时,法律就需要解释。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条指出:刑法第 213 条规定的“相同的商标”,是指与被假冒的注册商标完全相同,或者与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。

语言会随着时代的发展产生很多新的含义,需要通过解释说明刑法的文字是否接受新的含义。例如传统的生产经营就是农业生产经营和工业生产经营,所以刑法将破坏生产经营罪的客观方面规定为:“由于泄愤报复或者其他个人目的,毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的”。但是,企业现在的经营方式多种多样。如果一个企业的主要业务是进行证券投资,它的员工为了泄愤报复,将它的股票全部以最低价卖出,使该企业损失 200 万元之巨,这是否构成“破坏生产经营罪”?此处要解释的就是“生产经营是否包括进行证券投资”?

【典型案例】

大连市某投资有限公司从 1998 年开始,就以五名自然人的名义开设了账户,进行股票交易。2000 年,甲受聘于该公司,担任投资管理部项目经理。甲

在任职期间,经常为公司出谋划策,很快使公司炒股盈利了200余万元。公司当时给甲的月薪是2000元,公司负责人乙口头承诺,盈利后会给予甲提成,但甲几次要求乙给自己加薪,均遭到拒绝。甲怀恨在心,她与丈夫丙合谋,打算利用职务之便,将公司的多种股票按最低价卖出,达到泄愤报复的目的。2000年7月10日晚,甲偷偷将其单位股市的资金账号、交易密码等信息告知其丈夫。第二天上午9时多,丙采用驻留自助委托方式,擅自以跌停价和近乎跌停价,将大连市某投资有限公司拥有的5种股票以低价卖出,卖出的全部股票总市值为22949121.8元,实际卖出成交值为21037791.30元,给公司造成直接经济损失1911330.46元。2005年8月,大连市中级人民法院做出终审判决,判决甲和丙构成破坏生产经营罪。

类似的例子还有很多。这说明语言的内涵是随着时代的发展而不断变化的。当语言具有和立法时不同的含义时,我们就需要对法律进行解释,确定该语言的含义。

2. 刑法存在“言不尽意”的情况,即立法本身就有漏洞,所用语言未能准确地表现立法本意。由于语言的多义性和人们表达能力的限制,在立法中“言不尽意”的情况是很多的。例如我们本应该既禁止过失为他人出版淫秽书刊提供书号的行为,也禁止过失为他人出版淫秽录像带、磁带、VCD影碟、DVD影碟等提供刊号的行为,但由于立法疏忽,法律仅规定:“为他人提供书号,出版淫秽书刊的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;明知他人用于出版淫秽书刊而提供书号的,依照前款的规定处罚。”立法并未禁止为他人提供刊号出版淫秽录像带、VCD影碟、DVD影碟的行为。但是,后一种行为的社会危害性比前一种行为还大。此时,我们就需要对法条进行扩张解释,将过失为他人出版淫秽录像带、磁带、VCD影碟、DVD影碟等提供刊号的行为包括在本罪之内,以使其符合立法本意。

3. 刑法是抽象的、概括的,不可能详尽描述每个犯罪的具体情况。要将刑法规定适用于个案,就必须解释刑法。例如要认定为了报复他人,故意将他人昂贵的小鸟(价值1万元)放归大自然的行为是否构成“故意毁坏财物罪”,就要对“故意毁坏财物”进行解释。如果将“故意毁坏财物”解释为“从物理上损坏他人的财物”,这种行为就不是故意毁坏财物罪;如果将其解释为“破坏财物的效用,使物主无法行使自己对财物的权利”,这种行为就是故意毁坏财物罪。应当将这种行为认定为故意毁坏财物罪,因为物主事实上损失了自己的小鸟。

4. 社会在不断发展,犯罪的具体形式也在不断变化。要使有限的、稳定

的法律适应无限的、不断发展的社会的需要,也必须不断解释刑法。例如刑法原来设想的假冒注册商标的行为是典型的假冒行为:假冒商标和被假冒商标完全相同。但后来实践中大量出现的是两个商标基本相同,但又确实存在极细微差别的情况。由于这种假冒行为危害性极大,最高人民法院、最高人民检察院不得不对刑法进行扩张解释,将这种具有极细微差别,但在视觉上基本无差别,足以误导公众的商标也认定为与被仿冒商标“相同”,从而构成“假冒”。

综上,刑法必须进行解释。只有不断根据实践的需要解释刑法,才能永葆刑法的生命力。

(二)刑法解释的目标及实质解释观

在刑法解释的目标上存在主观解释论和客观解释论之争。主观解释论认为,刑法解释的目标应是阐明刑法立法时立法者的意思,换言之,刑法解释的目标就是阐明刑法的立法原意。一切超出刑法立法原意的解释都是违法的。客观解释论认为,刑法解释应以揭示适用刑法时刑法之外在意思为目标,刑法解释的目标不是揭示制定刑法时立法者的原意,而是揭示适用刑法时刑法条文客观上所表现出来的意思。

法律一旦被公布,它就脱离制定者而独立存在。法律的含义应当是它的文字所表达出来的含义。这样对公众才公平。因为公众是无从知晓立法原意的。如果认为对法律的解释应当以揭示立法原意为目标,公众将无法预测自己行为的后果。因为他不知道自己对法条的解释是否符合“立法原意”。在个别情况下,如果由于立法者表达能力不够好,法律条文所表现出来的含义和立法者的原意不同,某人按照法律条文的字面含义实施了合法行为,但按照“立法原意”,这个行为本该是被禁止的。我们能认定某人有罪吗?当然不能!因为如果这样解释法条,公民就无法预测自己行为的后果,也就没有行动自由了,当然也就没有自由了。

实际上,立法原意并不存在。因为立法者并不是一个人,而是一个集体。在法律制定的过程中,很多人经过了很久(有时候长达数年、数十年)的争吵、妥协,最终形成了法条。那么谁的意思才是立法原意呢?显然,我们找不出来立法者的原意。立法者的原意只能表现在他们共同认可的法条上。

所以,为了保障公民的自由,在刑法的解释中应当坚持客观解释论。刑法解释的目标应当是发现法条客观上所表现出来的意思。

法律自然是滞后于现实生活的。实践中一定会出现立法时没有设想过犯罪情况。例如,立法者在 20 世纪 90 年代修订刑法时,肯定无法预见现在网络会如此普及。他们在制定“制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪”

时,也设想不到现在导致大量青少年实施性犯罪的导火索不是可以用手触摸的物品,如淫秽书刊、画报等,而是在网络上流传的各种电子数据。那么,随着社会的发展,我们就应当对法条的含义做出扩大的或者缩小的解释,以便使法律能够适应现实生活的需要。当然这样解释的前提是:这样的解释没有超出法条的真实含义。

什么是法条的真实含义呢?法条的真实含义就是法条的文字所要表达的实质内容。这个实质内容是可以忽略无关紧要的细节的。例如,在“淫秽物品”这个词组中,“淫秽”是实质呢,还是“物品”是实质呢?显然,淫秽是法条要强调的重点,物品并不是法条要强调的重点。法条的真实含义是要禁止一切以牟利为目的,制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽内容的行为。那么,如果随着社会的发展,淫秽内容的载体不再是可以实际触摸的物品,而是电子数据了,只要它仍然具有淫秽的本质,就仍然是法条的禁止对象。

客观解释论者强调在解释法条时,不能拘泥于法条的字面含义,要对法条进行实质解释。这就是实质解释观。它是和形式解释观相对应的概念。实质解释观主要是针对构成要件的解释而言(包括构成要件符合性的判断以及与构成要件相关的未遂犯等问题的解释),对其基本内容(或要求)可归纳为如下三点:

1. 对构成要件的解释必须以法条的保护法益为指导,而不能仅停留在法条的字面含义上。换言之,解释一个犯罪的构成要件,首先必须明确该犯罪的保护法益,然后在刑法用语可能具有的含义内确定构成要件的具体内容。

2. 犯罪的实体是违法与责任。所以,对违法构成要件的解释,必须使行为的违法性达到值得科处刑罚的程度;对责任构成要件的解释,必须使行为的有责性达到值得科处刑罚的程度。易言之,必须将字面上符合构成要件、实质上不具有可罚性的行为排除于构成要件之外。

3. 当某种行为并不处于刑法用语的核心含义之内,但具有处罚的必要性与合理性时,应当在符合罪刑法定原则的前提下,对刑法用语作扩大解释。质言之,在遵循罪刑法定原则的前提下,可以做出不利于被告人的扩大解释,从而实现处罚的妥当性。

对刑法的法条进行实质解释,即,突破法条的字面含义和人们的传统观念来解释刑法的目的是为了使一些疑难案件获得合理的,实质也合法的判决。

【典型案例】

根据《刑法》与司法解释的规定,国家工作人员挪用公款进行营利活动、数

额达到1万元或者挪用公款进行非法活动、数额达到5000元的，以挪用公款罪论处。国家工作人员甲利用职务便利挪用公款1.2万元，将8000元用于购买股票，4000元用于赌博，在1个月内归还1.2万元。关于本案的分析，下列哪些选项是错误的？（司法考试2014年试卷二第62题）^①

- A. 对挪用公款的行为，应按用途区分行为的性质与罪数；甲实施了两个挪用行为，对两个行为不能综合评价，甲的行为不成立挪用公款罪
- B. 甲虽只实施了一个挪用公款行为，但由于既未达到挪用公款进行营利活动的数额要求，也未达到挪用公款进行非法活动的数额要求，故不构成挪用公款罪
- C. 国家工作人员购买股票属于非法活动，故应认定甲属于挪用公款1.2万元进行非法活动，甲的行为成立挪用公款罪
- D. 可将赌博行为评价为营利活动，认定甲属于挪用公款1.2万元进行营利活动，故甲的行为成立挪用公款罪

【分析】我们先把选项A、B的含义讲一下。

刑法第384条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪”。因此，挪用公款的用途不同，构成犯罪的条件是不同的。刑法虽然规定挪用公款用于非法活动的，挪用即构成犯罪，没有数额要求，但是司法解释根据司法实践的情况规定：挪用公款进行非法活动，数额达到5000元的才以挪用公款罪论处。刑法规定挪用公款进行营利活动的，要数额较大才构成犯罪。司法解释将这个“较大”具体化为1万元。

本案中，甲挪用公款1.2万元，将8000元用于购买股票，4000元用于赌博，在1个月内归还1.2万元。如果将这两种行为分别评价，则甲用于非法活动（赌博）的数额是4000元，用于营利活动（购买股票）的数额是8000元，分别都不构成犯罪。所以，如果按照用途区分行为的性质与罪数，甲的行为即不构成挪用公款罪。这就是选项A、B的含义。

但是，我们能这样解释刑法第384条吗？甲将1.2万元的公款中的4000元用于赌博，将8000元用于购买股票，其危害性显然大于甲将这1.2万元全部用于购买股票。但是，根据选项A、B的观点，甲将1.2万元的公款全部用于营利活动（购买股票）就构成犯罪，他将其中的4000元拿去进行更严重的非

① [答案]ABC

法活动(赌博)反而不构成犯罪。这样的结论显然不合理。如果根据某个解释得出了明显不合理的结论,就说明这个解释是错误的。好的刑法解释一定是最合法又合理的。最好的刑法解释是在合法的范围内最合理的一个解释^①。

那么选项 A、B 这种解释方法错在哪里了呢? 它错在对法条只进行了形式的解释。它认为非法活动和营利活动之间一定是对立的关系,如果一个行为是非法活动,它就不可能被评价为营利活动。这种观点并不正确。因为,非法的营利活动(如赌博、生产伪劣产品等)既属于非法活动,也属于营利活动。由于非法的营利活动的危害性大于普通营利活动,因此我们可以将非法的营利活动解释为营利活动(但不能反过来解释,因为不违法的营利活动的危害性小于非法活动)。这是有利于被告的解释。在本案中,如果我们认为甲用于赌博的 4000 元钱可以被解释为用于营利活动,那么甲的行为就属于“挪用公款 1.2 万元进行营利活动”,就构成挪用公款罪。这样的解释就能解决前面提出的将 1.2 万元全部用于营利活动构成犯罪,将其中的一部分用于更严重的非法活动反而不构成犯罪的问题。

选项 C 是错误的。我国并未规定国家工作人员购买股票属于非法活动。所以不能认定甲属于挪用公款 1.2 万元进行非法活动。

选项 D 就是合法又合理的解释,是正确的。

(三)刑法解释的方法与罪刑法定原则

刑法解释的对象是刑法的法条,刑法法条是以文字做出规定的,故刑法解释不能超出刑法用语可能具有的含义,否则便会违反罪刑法定原则。任何解释方法所得出的结论都不能违反罪刑法定原则。所以,不利于被告人的类推解释在方法上就与罪刑法定原则相抵触,因此是被禁止使用的。其他各种解释方法均可使用。但是,采取其他解释方法时,其解释结论也必须符合罪刑法定原则。

刑法以保护法益为目的,因此,刑法解释也不能违背保护法益的目的。刑法是根据宪法制定的,所以,刑法解释不仅不能违反宪法,而且必须自觉地以宪法为指导进行解释。

(四)刑法解释一定要有利于被告吗?

很多人认为刑法要保障人权,因此对刑法只能进行严格解释,即对刑法的解释只能有利于被告。这种看法是错误的。因为刑罚是最严厉的处罚措施,

^① 杨艳霞:《刑法解释的理论与方法——以哈贝马斯的沟通行动理论为视角》,法律出版社 2007 年版,第 19 页。

因此要对刑法进行严格解释。这是正确的。但是，严格解释并不意味着在法律存在疑问时只能做出有利于被告的解释。存疑时有利于被告的原则，产生于19世纪初的德国，它只是刑事诉讼法上的证据法则。存疑时有利于被告原则并不适用于对法律疑问之澄清。该原则只与事实的认定有关，而不适用于对法律的解释。因此当法律问题有争议时，如果依照一般的法律解释的原则应做出对被告不利的解释时，法院有权并且也应当做出对被告不利的解释。如果在法律存疑时，不允许做出对被告人不利的解释，那么整个刑法典都不必要存在了，因为任何法条都可以被认为是有疑问的。

【典型案例】

甲、乙未经通谋，同时抢劫银行的运钞车，并且同时向押运人员丙开枪。押运人员丙死亡，但无法查明是甲开枪所致还是乙开枪所致。此时，我们认定甲、乙都成立抢劫罪，但都不属于抢劫致人死亡（二人都属于故意杀人未遂），这就是由于证据的不足而导致的“存疑时有利于被告”。但如果二被告人的律师提出：刑法第263条仅规定了“抢劫金融机构”的判处十年以上有期徒刑直至死刑，由于运钞车不是金融机构，刑法的解释又不能作对被告人不利的解释，因此甲、乙的行为不是抢劫金融机构，不应当适用本量刑情节。我们该如何回答？

【分析】此时，是否应当认定甲、乙的行为是抢劫金融机构就是能否在法律适用存疑时“不利于被告”了。显然，运钞车属于金融机构，因为它完全符合金融机构的本质特征和刑法规定本量刑情节的目的。这时，法院就应当对金融机构做出扩大解释，认为正在运营中的运钞车是金融机构，甲、乙的行为是抢劫金融机构。

（五）刑法解释的分类

1. 根据法律效力进行的分类

根据法律效力，刑法解释可以被分为有权解释和无权解释。

有权解释包括立法解释和司法解释。立法解释是由全国人大常委会对刑法规范本身需要明确界定，或者为解决最高人民法院和最高人民检察院有关刑法的原则性分歧而进行的解释。司法解释是由司法机关对刑法含义所作的解释。有权进行司法解释的司法机关是最高人民法院和最高人民检察院。我国司法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。

学理解释是由未经国家授权的机关、团体、社会组织、学术机构以及公民

个人对刑法所作的解释。如刑法教科书、专著、论文、教师的课堂讲授中对刑法规范的含义所作的解释。

立法解释和司法解释属于正式解释,具有法律约束力;学理解释属于非正式解释,不具有法律约束力。但学理解释对于正确认定犯罪、正确量刑具有重要的参考价值。

2. 根据解释理由进行的分类

刑法的解释方法可以分为解释的参照事项与条文的适用方法。

解释的参照事项即解释理由,是解释者进行解释的依据。解释理由包括法文自身的含义(文理解释)、条文之间的体系关联(体系解释)、立法者的意思(历史解释)、立法的历史背景(历史解释)、立法目的(目的解释),其他国家的规定(比较解释)等。

体系解释能够使刑法条文之间保持协调,使“相同”的犯罪得到相同的处理。要做好体系解释,需要特别注重以下几点:第一,体系解释并非仅要求解释结论在刑法范围内具有协调性,还要求解释结论具有合宪性。第二,必须以刑法总则规定为指导解释刑法分则。第三,遵守同类解释规则,对于刑法分则条文在列举具体要素之后使用的“等”、“其他”用语,要按照所列举的内容、性质进行解释。第四,必要时承认刑法用语的相对性。用语是为了达到一定的目的而在特定的语境下工作的,所以,使用该用语的目的不同、语境不同,用语的含义也就不同。第五,要以基本法条为中心做出解释,而不能以补充法条为中心做出解释。例如,不能因为刑法规定了强迫交易罪,就认为凡是有交易的行为都不成立抢劫罪。

当然解释是指刑法规定虽未明示某一事项,但依据规范目的、事物属性和形式逻辑,将该事项当然包括在该规范适用范围内的解释。如为组织卖淫的人招募、运送人员是协助组织卖淫行为,将比招募、运送人员的行为性质更为恶劣的行为,例如,为组织卖淫的人充当打手,认定为“其他协助组织卖淫的行为”就是当然解释。由于当然解释强调在解释时要参照刑法其他条文的规定,因此可以被包容在体系解释中。

在出罪时,解释者应当适用“举重以明轻”的原则,即重的行为都不构成犯罪,那么轻的行为就更不能构成犯罪了。在入罪时,解释者应当适用“举轻以明重”的原则,即轻的行为都能被定罪,那么重的行为就更应当被定罪了。当然,在具体适用时,不一定是关于能否定罪的,也可能是关于能否适用某个量刑情节的。但基本原理是相同的。

当然解释强调的是事物之间的道理。所以,正确的当然解释通常都是合

理的,但可能不合法。这是因为刑法的罪刑法定原则要求对法律的解释不能超过法条的文字所能表达的最大含义。例如,我国刑法第227条规定了“倒卖车票、船票罪”,倒卖飞机票是比倒卖车票、船票社会危害性更大的行为,如果按照事物的道理,我们既然惩罚倒卖车票、船票的行为,那我们更应该惩罚倒卖飞机票的行为。这时,按照当然解释,就应当认为倒卖飞机票可以被包括在倒卖车票、船票中。可是,法条仅仅规定了车票、船票,并未规定飞机票。解释者将飞机票包括在车票、船票中就属于违反罪刑法定原则的解释。所以,当然解释追求结论的合理性,但并不必然符合罪刑法定原则。

3. 解释技巧

解释技巧即解释法律时具体使用的对条文的解释方法。

解释技巧包括平义解释、扩张解释、缩小解释、反对解释、补正解释。

(1) 平义解释。平义解释一般是针对法律中的日常用语而言,即按照该用语最平白的字义进行解释。对专门的法律术语不会采取平义解释。例如,对于“战时”、“故意”等概念,只能按照刑法的解释性规定做出解释。强奸罪规定“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”才构成犯罪,那么强奸男性的就不能构成强奸罪[《刑法修正案(九)》将其规定为强制猥亵罪]。此即平义解释。

(2) 扩大解释。扩大解释,是指刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义窄,于是扩张字面含义,使其符合刑法的真实含义的解释技巧。将假冒注册商标罪中的“相同商标”解释为包括“在视觉上基本无差别,足以误导公众的商标”就是扩大解释。

扩大解释是对用语通常含义的扩张,不能超出用语可能具有的含义;否则,属于违反罪刑法定原则的类推解释。

(3) 缩小解释。缩小解释又称限制解释,是指在法条的含义过于宽泛时,限制法文的文义,缩小法文外延的解释。由于刑法分则条文都是典型的罪刑规定,所以,限制解释一般意味着缩小处罚范围。于是,在应当做出而不做出限制解释的情况下,也会损害国民的预测可能性。

典型的缩小解释:将为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪中的“情报”,解释为仅指关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项。

(4) 反对解释:根据刑法条文的正面表述,推导出其反面含义。如,“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”,那么,在两年期满之前,不得减为无期徒刑。

(5) 补正解释。刑法条文确实存在瑕疵,对条文做更正性质的解释。例

如,刑法第 99 条规定“本法所称以上、以下、以内,包括本数”,但第 63 条规定“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的,应当在法定刑以下判处刑罚”,后者中的“以下”就不能包括本数。

请注意:解释理由之间不互相排斥,在同一次解释中可以同时适用数个解释理由。例如,解释者可以同时适用文理解释和体系解释来确定一个法条的含义。解释技巧(方法)在同一次解释中是互相排斥的。面对同一个概念,解释者在同一次解释中不可能同时适用两种解释技巧。

还需注意:按照允许的解释方法得出的解释结论不一定正确,也有可能违反罪刑法定原则。例如,能否将故意杀人罪中的“人”缩小解释为“是指精神正常的人”?显然不能。这就是不合法的缩小解释。一个正确的解释结论必须符合罪刑法定原则,不能超出公民对法条含义的预测可能性。

(六)解释技巧的适用有无先后顺序?

平义解释优先。只有根据平义解释不能得出合理结论时,才能采用其他解释技巧。

(七)如何区分扩大解释和类推解释?

类推解释是突破刑法文字的规定,将刑法本来没有规定的事项包含在刑法文字之内的解释方法。例如刑法第 263 条规定“抢劫金融机构的”,法定最低刑为十年以上有期徒刑。那么刑法的本意只是将抢劫金融机构作为抢劫的加重情形之一,抢劫运钞车是最严重的抢劫金融机构的行为,因此应当包括在内;但抢劫其他单位的巨额现金,虽然在某些情况下,其社会危害性可能和抢劫金融机构一样,但这是我们从法律条文上无法获得的结论,我们也无法预测到法律条文“抢劫金融机构”有这样的含义,这样的解释就是类推解释。类推解释是违反罪刑法定原则的,应当被禁止。需要说明的是:刑法理论认为对被告人不利的类推解释应当被禁止,对被告人有利的类推解释则可以被采纳,但这种类推解释应当被严格限制使用。这种有利于被告人的类推解释在实践中也是很少见的。

类推解释的显著特征是过分背离条文的“字面”意义,表现为:(1)超出了词语可能具有的含义;(2)提升了概念的位序。例如把拐卖妇女罪的对象“妇女”解释为包括“男人”。这样解释,其一,提升了“妇女”一词的位阶,使其等同于上位概念“人”;其二,显然超出了“妇女”一词可能具有的含义,这就是类推解释。类推解释的实质特征是脱离法律规范,根据某行为与法律上某种犯罪在事实、危害方面的相似性定罪判刑。而扩张解释则没有超出法条词语可能具有的含义、不改变概念的位阶,不超出公民可预测的范围,因此是被允许的。

区分扩大解释和类推解释通用的判断标准是：解释结论有无超出国民的预测可能性。如果没有超出国民的预测可能性，即使和字面典型含义略有不同，仍然认为是扩大解释。例如，将“淫秽物品”解释为包括在网络上进行淫秽裸聊（如专门的黄色网站提供的有偿裸聊）时传递的裸聊者的图像就认为是扩大解释。

常见的扩大解释：

1. 走私武器、弹药中的“弹药”包括可以组装并使用的弹头、弹壳。
2. 携带凶器抢夺中的“凶器”包括用法上的凶器，例如斧头、砖头等。
3. 抢劫金融机构中的“金融机构”包括运钞车和自动取款机。
4. 信用卡诈骗罪中的“信用卡”包括借记卡等。
5. 遗弃罪中的“负有扶养义务的人”包括家庭成员以外的其他人。
6. 出售珍贵、濒危野生动物制品罪中的“出售”包括以营利为目的的加工利用行为
7. 非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪、非法收购、运输、出售珍贵濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪中的“珍贵、濒危野生动物”，包括列入国家重点保护野生动物名录的国家一、二级保护野生动物、列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录一、附录二的野生动物以及驯养繁殖的上述物种。“收购”，包括以营利、自用等为目的的收购行为及为食用或者其他目的而非法购买的行为；“运输”，包括采用携带、邮购、利用他人、使用交通工具等方法进行运送的行为；“出售”，包括出卖和以营利为目的的加工利用行为。
8. 知道或者应当知道是非法狩猎的野生动物而购买（包括为了食用、销售而购买）的，属于掩饰、隐瞒犯罪所得罪中的“明知是犯罪所得而收购的行为”。

常见的类推解释：

1. 将伪造货币罪中的“伪造”解释为包括“变造”。
2. 将携带凶器抢夺中的“抢夺”解释为包括“盗窃”。
3. 将“妇女”解释为“包括男性”。
4. 将“抢劫金融机构”中的“金融机构”解释为“包括其他大公司”。
5. 破坏军婚罪包括与现役军人配偶结婚或者同居（第 259 条）。重婚罪包括与有配偶的人结婚或重婚（第 258 条）。把重婚罪的行为解释为包括同居，属于类推解释。

【典型案例】

- 关于刑法解释,下列哪一选项是错误的? (2013 年试卷二第 3 题)^①
- 学理解释中的类推解释结论,纳入司法解释后不属于类推解释
 - 将大型拖拉机解释为《刑法》第 116 条破坏交通工具罪的“汽车”,至少是扩大解释乃至是类推解释
 - 《刑法》分则有不少条文并列规定了“伪造”与“变造”,但不排除在其他一些条文中将“变造”解释为“伪造”的一种表现形式
 - 《刑法》第 65 条规定,不满 18 周岁的人不成立累犯;《刑法》第 356 条规定,因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑,又犯本节规定之罪的,从重处罚。根据当然解释的原理,对不满 18 周岁的人不适用《刑法》第 356 条

【分析】选项 A:一个解释结论是类推解释还是扩大解释并不是由解释者的身份决定的,而是由法条决定的。如果一个解释结论是类推解释,那么它即使被纳入了司法解释,也仍然属于类推解释。如果认为选项 A 是正确的,那就意味着司法解释的制作者可以随便进行类推解释了。

选项 B:《刑法》第 116 条规定:“破坏火车、汽车、电车、船只、航空器,足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险,尚未造成严重后果的……”从法条来看,应该是只包括汽车,不包括拖拉机的。从机动车的分类来说,汽车也是不包括拖拉机的。所以,将“汽车”解释为包括拖拉机,就是扩大解释,甚至是类推解释了。

那么这种解释到底是扩大解释还是类推解释? 应该根据不同情况分别认定。在我国某些偏僻的农村地区,有些拖拉机也被用于旅客运输。将这种拖拉机解释为汽车就是扩大解释。因为这没有超出公民的预测可能性。但如果将收割机、播种机认定为汽车就超出了公民的预测可能性了,是类推解释。所以,选项 B 是正确的。

选项 C:如果《刑法》条文并列规定了“伪造”与“变造”,本条的行为方式当然包括“伪造”与“变造”。但是,在其他一些条文中,《刑法》仅规定了“伪造”,没有规定“变造”,如果在某种情况下,“变造”与“伪造”在实质上是相同的,也没有超出人民的预测可能性,则可以将“变造”解释为“伪造”的一种表现形式。

例如,对信用卡的变造就可以被解释为伪造。法律上的变造是指通过挖

^① [答案]A。

补、粘贴、更改、移位、重印、揭层等手段对犯罪对象进行加工处理,但无论如何其基本的载体是真实的,这是变造与伪造的根本区别。所以,信用证、货币、文件等都既可以被伪造,也可以被变造。但是,信用卡是无法通过挖补、粘贴、揭层等手段进行变造的。变造信用卡只能通过技术手段更改磁条或者芯片的信息。这种变造的实质是伪造。因为信用卡的载体只是一个塑料卡片,这张卡片本身毫无价值。信用卡上唯一有价值的就是磁条或者芯片的信息。即使没有信用卡,只要有有效的信息,照样可以在网络上使用信用卡。因此,一旦磁条或者芯片的信息被更改,这张信用卡就完全是假的了,就是伪造的了。所以,此时就可以把这种看似变造的行为解释为伪造。

但是,如果刑法分则明文规定了伪造和变造行为,并规定为不同的犯罪,则这二者彼此是不包容的。例如刑法分别规定了伪造货币罪和变造货币罪,并规定了不同的法定刑。此时就不能认为“伪造”货币包括“变造”货币。这是因为由于货币的特殊性,变造货币的危害性远远小于伪造货币的危害性,所以二者是不同的犯罪。故,选项 C 是正确的。

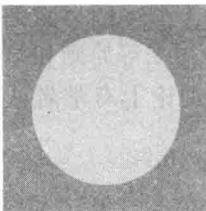
选项 D: 选项 D 考查“举重以明轻”。累犯的法定后果包括“应当从重、不得被判处缓刑、不得被假释,被判死缓的,可以被限制减刑”四项,而毒品犯罪再犯则只有一项法定后果:“从重处罚”。所以,从法律后果来讲,累犯确实比毒品犯罪再犯要严重,其特殊预防的必要性也确实大于毒品犯罪再犯。那么,既然不满 18 周岁的人不构成较重的累犯,当然更不应该构成较轻的毒品犯罪再犯。

综上,本题的正确答案为 A。

思考题

1. 刑法的概念与特征是什么?
2. 刑法的渊源有哪些?
3. 刑法的机能包括什么?
4. 简述刑法规范和刑法条文的关系。
5. 举例说明实质解释观在实践中的运用及其意义。

第二章



刑法的基本原则

第一节 刑法基本原则概述

一、刑法基本原则的含义

所谓刑法的基本原则,是指制定和适用刑法过程中必须严格遵守的、贯穿全部刑法规范的基本准则。

首先,刑法基本原则是制定和适用刑法过程中都必须严格遵守的基本准则。既然是“刑法的基本原则”,就必须是得到普遍遵守的基本准则。无论是刑法的制定还是刑法的适用过程,都必须严格遵守这些基本准则,即它们既制约立法者制定刑法的过程,也制约司法者适用和解释刑法的过程。

其次,刑法基本原则贯穿于全部刑法规范。刑法中有各种各样的规则,它们都是刑事立法和刑事司法必须严格遵守的。但是,其中只有贯穿于全部刑法规范、体现刑法基本精神的规则,才是刑法的基本原则。而那些只具有局部性、非根本性的规则,如刑法所规定的关于数罪并罚的规则、累犯从重处罚的原则等,不是刑法的基本原则。

最后,刑法基本原则是刑法所特有的原则。每一个部门法的基本原则都是由其基本属性派生出来的,刑法基本原则也不例外。刑法的两大基本范畴是犯罪与刑罚,所以刑法的基本原则就是围绕这两个范畴而产生的,从而有别于其他任何部门法的基本原则。

二、刑法基本原则的内容

我国 1979 年刑法没有明文规定刑法的基本原则,所以当时理论上对刑法基本原则的概括不完全统一。1997 年刑法修订后,明确规定了刑法的三个基本原则,分别是刑法第 3 条的罪刑法定原则,第 4 条的刑法适用平等原则和第 5 条的罪刑相适应原则。除了刑法明文规定的基本原则外,理论上有学者认为,法益保护与责任主义也应是刑法的基本原则。

第二节 罪刑法定原则

一、罪刑法定原则的基本含义

在历史上,罪刑法定原则是在西方资本主义发展过程中资产阶级思想家为反对封建时期的罪刑擅断而提出来的,其基本含义是:什么样的行为是犯罪,对该种犯罪处以什么样的刑罚,都必须事先有法律的明文规定;法律事先没有明文规定的,对任何行为都不能进行定罪处罚。

在刑法理论上,首次明确提出罪刑法定原则并赋予其确切含义的是被誉为“近代刑法学之父”的德国刑法学家费尔巴哈。他在 1801 年出版的刑法教科书首次使用了“罪刑法定原则”这一法律术语,并将其基本含义概括为“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”(Nullum crimen sine lege, Nulla poena sine lege)。从此表述可以看出,西方国家主张罪刑法定,主要目的是为了限制国家的刑罚权,保障国民不被法外定罪和免受法外之刑。

在立法上,1810 年的《法国刑法典》首次将罪刑法定原则立法化,其第 4 条规定:“不论违警罪、轻罪或重罪,均不得以实施犯罪前未规定之刑罚处罚之。”之后,1871 年的《德国刑法典》、1889 年的《意大利刑法典》、1882 年的《日本刑法》也纷纷明确规定了罪刑法定原则。现今,罪刑法定原则已成为世界上很多国家刑法的共同原则,是否规定和遵守罪刑法定原则,在很大程度上已成为衡量一个国家的刑法是否文明与民主的重要标志。

我国刑法在 1997 年修改后,也在第 3 条规定了罪刑法定原则,即“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。”和前述西方国家对罪刑法定原则的表述不同,我国刑法从两

个方面对该原则进行了规定。从积极方面看,强调了犯罪及其刑罚的法定性,要求对法律明文规定的犯罪行为,依照法律规定处罚,体现了法律的权威性;从消极方面看,强调了非罪行为的自由性,法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚,从而限制国家刑罚权的滥用,保障公民权利和自由。

二、罪刑法定原则的思想基础

罪刑法定原则的产生与发展,不仅有着深刻的社会与历史政治背景,而且有着坚实的思想基础作支撑。一般认为,罪刑法定原则沿革意义上的思想基础,是三权分立思想与心理强制说;现代意义上的思想基础,是民主主义和尊重人权主义。

(一) 沿革意义上的思想基础:三权分立思想和心理强制说

三权分立理论是法国思想家孟德斯鸠提出来的,主张由立法机关、政府、和司法机关分享立法、行政与司法三权,以使三权相互制约并保持平衡,避免国家权力的专制,保障个人的权利和自由。司法机关受立法机关制定的法律约束,只能适用立法机关事先制定的法律,不得对未经法律规定的行为定罪处罚,以此来避免法官的擅断和专横,保障个人自由。这正是罪刑法定原则的核心。

心理强制说是费尔巴哈提出来的。费尔巴哈认为,人类具有求乐避苦的本性,犯罪也是犯罪人在趋利避害的本能支配下实施的。因此,国家通过制定明确的法律来告诉国民什么行为是犯罪,犯罪的后果是什么,能够使国民比较犯罪所得到的好处与犯罪所可能受到的惩罚之间的差额,当国民发现犯罪明显不合算时,就会自动放弃犯罪,从而遵守法律规范以趋利避害。因此,在费尔巴哈看来,奉行罪刑法定原则,是为了向国民发出遵守法律的信号,对其进行心理强制,使国民对自己的行为能够预测并保持自我克制。

(二) 现代意义上的思想基础:民主主义和尊重人权主义

民主主义要求,国家的重大事务应由人民自己决定,各种法律应由人民自己制定,应当由人民决定什么行为是犯罪、对犯罪科处何种刑罚。但问题是,不可能每个人都是直接的立法者,人民不可能直接决定犯罪与刑罚,可行的办法是由人民选举其代表组成立法机关,由立法机关制定刑法。立法机关制定刑法后,刑法便是人民意志的体现,司法机关在适用时必须严格遵守,按照刑法的规定来认定犯罪和判处刑罚,不得随意出入人罪。

尊重人权主义,是指为了保障人权,不致妨碍国民的自由行动,不致国民产生不安感,就要使国民事先能够预测自己行为的性质,因此,什么行为是犯