



中国政法大学精品系列教材



曲新久
主编

刑

法

学

(第五版)

XING

FA

XUE



中国政法大学出版社

• 中国政法大学精品系列教材 •

刑 法 学

(第五版)

中国政法大学教材编审委员会 审定

主 编 曲新久

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

曲新久 阮齐林 张 凌

薛瑞麟 王 平 李芳晓



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

刑法学/曲新久主编.—5版.—北京：中国政法大学出版社，2016.5
ISBN 978-7-5620-6601-9

I. ①刑… II. ①曲… III. ①刑法—法的理论—中国 IV. ①D924.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第090569号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮 箱 fadapress@163.com
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 40.25
字 数 835千字
版 次 2016年5月第5版
印 次 2016年5月第1次印刷
印 数 1~4000册
定 价 66.00元

中国政法大学精品系列教材

编审委员会

主任：涂显明

副主任：张桂林

委员：(按姓氏笔画为序)

卞建林 王人博 王卫国 王灿发

马怀德 方流芳 朱 勇 乐国安

孙选中 曲新久 李传敢 李树忠

李德顺 李曙光 张树义 张桂林

陈桂明 周忠海 莫世健 涂显明

蔡 拓

作者简介

曲新久 教授，博士生导师，法学博士，兼任中国政法大学刑事司法学院院长、最高人民检察院侦查监督厅副厅长，曾兼任北京市丰台区人民检察院副检察长。代表作：《刑法的精神与范畴》《刑事政策的权力分析》等。

阮齐林 教授，博士生导师，法学博士，兼任北京市丰台区人民检察院副检察长，曾兼任北京市朝阳区人民检察院副检察长、宣武区人民检察院副检察长。代表作：《中国刑法上的量刑制度与实务》《刑法案例研习教程》《刑法学》等。

张凌 教授，博士生导师，法学博士，曾兼任北京市朝阳区人民检察院副检察长。代表作：《日中比较有组织犯罪论》。

薛瑞麟 教授，博士生导师，法学硕士。代表作：《俄罗斯刑法研究》《犯罪客体论》等。

王平 教授，博士生导师，法学博士，曾兼任中国政法大学刑事司法学院副院长、北京市门头沟区人民检察院副检察长。代表作：《中国监狱改革及其现代化》。

李芳晓 教授，硕士生导师，法学博士，曾兼任中国政法大学刑事司法学院副院长。代表作：《刑法导论》。

出版说明

为了深化教学改革,提高教学质量,中国政法大学教材编审委员会组织中国政法大学长期从事教研的专家、学者,打造一套在全国有重大影响的中国政法大学精品系列教材。

本套教材力求适应高等教育教学改革的新要求,面向并体现 21 世纪高等教育的新思想和新观念,在内容上注意吸收国内外教育、科研的最新成果,正确阐述本学科的基本理论、基础知识,努力做到知识性、理论性和实践性的统一。具体地讲,本系列教材的编写力求体现以下特征:

一、权威性。本套教材的编写人员在专业领域中具有较高学术水准、丰富的实践经验和教学经验,从而确保了每种教材在本学科领域中具备权威影响力。

二、基础性。本套教材体现“三基”,即基本概念、基本理论和基本体系,保证传授知识的完整性和系统性。

三、新颖性。本套教材体现“三新”,即知识点新、法律法规(司法解释)新、体例新,给读者奉献出一道全新而前沿的知识盛宴。

四、实用性。本套教材注重理论和实践相结合,重视收集典型案例、整理资料索引、编写多种引导学生自测的思考练习。

五、针对性。本套教材主要是针对本科生撰写的,但对研究生入学考试和相关职业考试也有重要的参考价值。

本套教材编写体例上继承了传统教材的优点,做到科学、规范、统一,

II 刑法学

并力求有所创新，以适应新世纪高等教育发展的全新要求。

参与编写本套教材的人员，或为学界有重要影响的学科带头人，或为在各自领域有较大影响的学术骨干，或为学术研究中崭露头角的学科新秀，他们均是具有丰富教学经验的一线教师，深谙教育教学的特点与规律。本套教材即是他们在教学和研究领域长期钻研的结晶。

本套教材的出版虽经长期酝酿、反复推敲，但疏漏之处在所难免，希望读者不吝指正。

中国政法大学教材编审委员会
2007年8月

第五版说明

为了更好地适应刑法学教学之需要，我们编写了读者面前的这本《刑法学》教科书。编写过程中，我们努力做到基础性与新颖性并重、理论性与实践性相结合、传统性与创新性相协调，以满足法学本科生学习刑法学的需要，同时适应法学研究生研究我国刑法学的基本需要。

本教科书以我国传统刑法学知识体系为基础，借鉴大陆法系和英美法系刑法理论体系与内容的合理成分，主要是在犯罪论体系上将犯罪构成要件与构成要素相区别。刑法学总论依然采取传统的犯罪客体、主体、客观方面、主观方面四要件犯罪论体系，但是突出了刑法学知识与理论内容的相互联系和法学专业的思维方法与推理技巧，尽可能地贴近刑事司法实践和法科学生认知规律，并为将来可能的理论转型做好准备；刑法学分论部分则集中阐述具体犯罪构成的主客观要素，反映具体犯罪的特殊性，做到简洁、务实。由于篇幅所限，本教科书选择的案例数量相对较少，需要任课教师进一步为学生指定课后阅读资料。

根据《刑法修正案（九）》以及最新司法解释，我们对本教科书进行了必要的修改与补充，这是本书第五版的主要变化。

本教科书编写分工如下（以撰写章节先后为序）：

曲新久 第一至四、十三、十四、二十二章；

阮齐林 第五至九、二十五章；

张 凌 第十至十二、二十三章；

薛瑞麟 第十五、十六、二十四章；

王 平 第十七至二十一章；

李芳晓 第二十六至二十九章。

对于本书，不少老师和同学提出了许多有益的批评和建议，有力地促进了本书的修订工作。借此机会，我们向各位读者表示衷心的感谢，希望各位读者一如既往地支持我们，并提出进一步的批评与建议。

编者

2016年5月

| 目 录 |

第一章 刑法概说	1
第一节 刑法的概念、渊源与分类/1	
第二节 刑法的根据、任务和功能/6	
第三节 刑法规范、体系与解释/8	
第二章 刑法的基本原则	12
第一节 罪刑法定原则/12	
第二节 法律面前人人平等原则/16	
第三节 罪刑相当原则/17	
第三章 刑法的适用范围	18
第一节 刑法的空间效力/18	
第二节 刑法的时间效力/25	
第四章 犯罪概述	30
第一节 犯罪的概念/30	
第二节 犯罪的分类/32	
第三节 罪名与罪状/33	
第五章 犯罪构成	36
第一节 犯罪构成的概念/36	
第二节 犯罪构成要件·要素/49	
第三节 犯罪构成的分类/53	
第六章 犯罪客体	59
第一节 犯罪客体的概念/59	
第二节 犯罪客体的种类/62	
第三节 关于犯罪客体的其他观点/64	
第七章 犯罪主体	66
第一节 犯罪主体概述/66	
第二节 自然人/67	
第三节 单位/77	

第八章 犯罪客观方面	83
第一节 犯罪客观方面概述/83	
第二节 危害行为/84	
第三节 行为对象/88	
第四节 危害结果/90	
第五节 因果关系/94	
第六节 危害行为的时间、地点、方法（工具）和状况/101	
第九章 犯罪主观方面	102
第一节 犯罪主观方面概述/102	
第二节 故意/104	
第三节 犯罪的目的和动机/115	
第四节 过失/117	
第五节 无罪过事件/120	
第六节 期待可能性/122	
第十章 正当化事由	128
第一节 正当防卫/128	
第二节 紧急避险/134	
第三节 其他正当化事由/136	
第十一章 未完成罪	141
第一节 未完成罪概述/141	
第二节 犯罪预备/142	
第三节 犯罪未遂/145	
第四节 犯罪中止/148	
第十二章 共同犯罪	153
第一节 共同犯罪概述/153	
第二节 共同犯罪人的分类与处罚/158	
第三节 共同犯罪的特殊问题/166	
第十三章 罪数	173
第一节 罪数概述/173	
第二节 实质的一罪/176	
第三节 法定的一罪/180	
第四节 处断的一罪/183	

第十四章 刑事责任	188
第一节 刑事责任的概念/188	
第二节 刑事责任的根据/190	
第三节 刑事责任的实现/194	
第十五章 刑罚概说	199
第一节 刑罚的概念/199	
第二节 刑罚目的/201	
第三节 刑罚的功能/203	
第十六章 刑罚的体系与种类	207
第一节 刑罚的体系/207	
第二节 主刑/209	
第三节 附加刑/216	
第四节 非刑罚处理方法/221	
第十七章 刑罚裁量	224
第一节 刑罚裁量概述/224	
第二节 量刑情节及其适用/227	
第三节 刑罚裁量的制度/238	
第十八章 刑罚执行	253
第一节 刑罚执行概述/253	
第二节 刑罚执行的制度/256	
第十九章 刑罚消灭	268
第一节 刑罚消灭概述/268	
第二节 刑罚消灭的制度/270	
第二十章 危害国家安全罪	278
第一节 危害国家、颠覆政权的犯罪/278	
第二节 叛变、叛逃的犯罪/282	
第三节 间谍、资敌的犯罪/282	
第二十一章 危害公共安全罪	286
第一节 以危险方法危害公共安全的犯罪/286	
第二节 破坏特定对象危害公共安全的犯罪/292	
第三节 实施恐怖活动危害公共安全的犯罪/295	

4 刑法学

第四节	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/300	
第五节	造成重大责任事故危害公共安全的犯罪/305	
第二十二章	破坏社会主义市场经济秩序罪	319
第一节	生产、销售伪劣商品罪/319	
第二节	走私罪/331	
第三节	妨害对公司、企业的管理秩序罪/343	
第四节	破坏金融管理秩序罪/356	
第五节	金融诈骗罪/378	
第六节	危害税收征管罪/387	
第七节	侵犯知识产权罪/397	
第八节	扰乱市场秩序罪/406	
第二十三章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	418
第一节	侵犯生命、健康的犯罪/418	
第二节	侵犯妇女、儿童身心健康的犯罪/426	
第三节	侵犯人身自由的犯罪/429	
第四节	侵犯他人人格、名誉的犯罪/439	
第五节	侵犯民主权利的犯罪/441	
第六节	妨害婚姻家庭权利的犯罪/444	
第二十四章	侵犯财产罪	448
第一节	侵犯财产罪概述/448	
第二节	暴力、胁迫型财产犯罪/450	
第三节	窃取、骗取型财产犯罪/456	
第四节	侵占、挪用型财产犯罪/460	
第五节	毁坏、破坏型财产犯罪/464	
第二十五章	妨害社会管理秩序罪	466
第一节	扰乱公共秩序罪/466	
第二节	妨害司法罪/510	
第三节	妨害国（边）境管理罪/531	
第四节	妨害文物管理罪/535	
第五节	危害公共卫生罪/539	
第六节	破坏环境资源保护罪/549	

第七节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪/562	
第八节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪/574	
第九节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪/576	
第二十六章 危害国防利益罪	581
第一节 平时危害国防利益的犯罪/581	
第二节 战时危害国防利益的犯罪/585	
第二十七章 贪污贿赂罪	587
第一节 贪污犯罪/587	
第二节 贿赂犯罪/595	
第二十八章 渎职罪	604
第一节 一般国家机关工作人员的渎职罪/604	
第二节 司法工作人员的渎职罪/609	
第三节 特定国家机关工作人员的渎职罪/613	
第二十九章 军人违反职责罪	617
第一节 危害作战利益的犯罪/617	
第二节 违反部队管理制度的犯罪/620	
第三节 危害军事秘密的犯罪/622	
第四节 危害部队物资保障的犯罪/623	
第五节 侵害部属、伤病军人、和平居民、俘虏利益的犯罪/624	
参考书目	626

第 1 章

刑法概说

第一节 刑法的概念、渊源与分类

一、刑法的概念

法理学上如何定义“法”是一个充满争议而远没有解决的问题。在这里，我们从实用、实证的角度为刑法下一个最基本的定义，作为本教科书的逻辑起点，即刑法是规定犯罪和刑罚的法律。这是关于刑法概念的最简明扼要的形式定义，这一概念由犯罪、刑罚这两个核心概念以及二者之间的关系即罪刑关系所构成。

犯罪与刑罚是刑法中最重要的一对范畴。从字面含义上讲，所谓刑法，就是关于刑事惩罚的法律，即关于“刑罚”的法律（Penal Law）；而刑罚是犯罪的法律后果，与犯罪概念密切联系，所以，刑法还可以称之为关于“犯罪”的法律（Criminal Law）；将刑罚与犯罪结合在一起，刑法又可以称之为规定犯罪与刑罚的法律（Law of Criminal and Punishment）。也就是说，犯罪与刑罚是刑法的两个最基本概念，刑法以这两个最基本概念和这两个概念之间的关系（即罪刑关系）为中心展开。“在刑法中，不论是刑法典还是单行刑事法规，是由罪、刑以及罪刑关系三部分组成的。古今中外的刑法概无例外。”〔1〕犯罪、刑罚这两个基本概念之下则包括一系列更为具体的概念，而这些具体概念之间又有着更为复杂的联系，立法者通过定义犯罪、刑罚以及犯罪、刑罚之下的每一个具体概念，进而形成一个完整的刑法概念体系。同其他法律部门一样，刑法是由概念组成的。

概念有相对确定的内涵和外延，众多相互区别而又密切联系的概念形成一个系统，构成一个体系，形成一个整体即刑法。与此相对应，研究刑法中各种概念的内涵、外延以及概念之间的关系，形成刑法学概念体系。刑法学是以刑法为研究对象的、由诸多相互联系和相互区别的概念所构成的知识体系。围绕着犯罪这一基本概念展开，抽象地研究犯罪的概念、特征、一般构成要件与要素以及形态等问题，形成犯罪论；围绕着刑罚这一基本概念展开，抽象地研究刑罚的概念、本质、功能、

〔1〕 宁汉林、魏克家、吴雪松：《定罪与处理罪刑关系常规》，人民法院出版社1998年版，第1页。

目的、种类与体系以及刑罚的裁量和适用等问题，形成刑罚论。犯罪论与刑罚论是构成刑法学总论的两个最主要部分。对于犯罪论与刑罚论所不能包含的关于刑法的其他一般性问题——刑法的概念、基本原理、原则、适用范围等问题的研究，便构成刑法学绪论。绪论、犯罪论、刑罚论就是刑法学总论知识体系的三大组成部分。

与刑法典总则对应的是刑法典分则，刑法典分则主要规定各种具体犯罪的名称（罪名）、概念与特殊构成要件（罪状）及其具体刑罚（法定刑）。同样，与刑法学总论对应的是刑法学分论，刑法学总论是关于犯罪与刑罚的一般理论知识体系，而刑法学分论则是关于各种具体犯罪的理论知识体系。刑法学总论是分论的高度抽象，刑法学分论以各种具体犯罪及其刑罚为研究对象，又是各种具体犯罪及其刑罚的理论抽象。如此一来，刑法学知识体系内部便形成从一般到特殊、从抽象到具体的理论关系。刑法学总论主要研究犯罪与刑罚的一般性、共性问题；刑法学分论研究犯罪的特殊性、个性问题，即研究具体犯罪的概念、特殊构成以及刑罚适用问题。作为法学的一个部门，刑法学是以刑法为研究对象的知识体系和理论体系。法科学学生的学习以及刑法学教师的讲授是一个从一般到特殊、从抽象到具体的过程。然而，刑事司法实践却正好相反，是一个从特殊到一般、从具体到抽象的关系。作为知识体系，刑法学是刑法解释学，因而与刑法特别是刑法典有着密切的联系，刑法学体系与刑法典体系有许多契合之处，最为突出的是，刑法学分为总论与分论（或称罪刑各论），刑法分为刑法总则与分则。作为理论体系，刑法学体系又区别于刑法典体系，不是刑法典体系的简单摹本，刑法学体系的展开有其自身的理论逻辑。

实际上，刑法的基本概念并不限于犯罪与刑罚，刑法定义中的基本概念是可以适当增加和改变的。例如，犯罪与刑罚这两个最基本实体概念之间，还有另外一个重要性仅次于犯罪与刑罚的概念——刑事责任。因此，刑法又可以定义为规定犯罪、刑事责任与刑罚的法律规范的总称。由于刑事责任是因犯罪而产生的法律责任，刑罚是实现刑事责任的基本方法而不是唯一方法，所以，刑法又可以定义为规定犯罪与刑事责任的法律规范的总称。刑罚是犯罪的法律后果，所以，刑法又可以定义为规定犯罪及其法律后果（刑罚）的法律规范的总称。这些刑法定义，我们可以在不同的教科书中找到。实际上，在许多国家，作为犯罪的法律后果，并不限于刑罚，还包括保安处分，所以，在这些国家，刑法又可以定义为关于犯罪、刑罚和保安处分的法律规范的总称。尽管在我国刑法理论上，有人建议将保安处分规定于刑法典之中，但我国刑法没有将保安处分作为犯罪的法律后果，所以，我国刑法教科书没有采用这一定义。

一般来说，刑法具有以下几个基本特征，这些基本特征需要从“应然”与“实然”两个方面理解。刑法的这些特征在某种意义上是“实然”的，大致上表现了各国刑法的实际状况，但是，包括我国刑法在内的各国刑法事实上又并非总是如此。在相当程度上，我们希望这些特征能够为刑法所具有，在这一意义上，这些特征又是“应然”的——作为正当、合理的刑法应当具有的基本特征。

1. 独立性。在当代民主法治国家，刑法是立法者根据本国宪法制定的基本法律。我国《刑法》第1条规定，“根据宪法”，制定刑法。刑法是宪法之下的基本法，是一个相对独立的法律部门。一方面，刑法不能背离宪法，违反宪法的刑法规范是无效的；另一方面，刑法以自己特有的方式独立地保护特定的社会关系。刑法的意义在于保护而不在于调整社会关系。一般来说，刑法总是站在民法、商法、行政法等其他部门法的背后，作为整个法律规则体系的最后保障而存在。社会关系的法律调整主要由民事法律、行政法律以及道德、习俗、宗教等承担，只是在民商、行政等法律部门调整失败且不能通过民事制裁、行政处罚等法律责任实现方法加以保护时，刑法才出台、出场。因此，刑法具有独立于其他法律部门的特殊属性。

2. 严厉性。刑法主要以最具痛苦性的制裁手段——刑罚去惩罚犯罪、保护社会。法律制裁包括刑事制裁、民事制裁、行政制裁三大类。在这三大类法律制裁体系中，刑罚制裁体系是最为严厉的，刑罚不仅可以剥夺犯罪人的特定财产、权利，而且可以剥夺犯罪人的人身自由，包括我国在内的许多国家甚至还能够剥夺犯罪人的生命。刑罚是最为严厉的惩罚方法，所以，严厉性是刑法区别于其他法律部门的一个重要特征。当然，刑罚体系是最为严厉的制裁体系，并不意味着每一种刑罚方法均比其他法律制裁措施、强制措施严厉。在我国，法律没有确立行政处罚的严厉性不能超过刑罚处罚的原则，所以，像劳动教养、罚款等行政处罚措施的严厉性并不亚于短期自由刑、罚金等刑罚方法。

3. 广泛性。刑法之外的其他部门法一般只是调整和保护某一方面的社会关系，例如，民法所调整和保护的社会关系是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；行政法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，涉及各种各样的社会关系以及社会关系的许多方面，刑法保护的对象范围似乎涵括所有法律部门的调整对象，因为只要立法者将一个法律事实以刑罚作为法律后果，即最后以刑罚制裁手段作为该法律规范有效性的保证，这个法律规范便因此而具有刑法性质，成为一条刑法规范。

4. 最后性。刑法广泛地保护各种社会关系，但是刑法并非保护全部的社会关系，也并非保护社会关系的方方面面，而是保护重要社会关系中具有公共性和重要性的利益，这些利益直接或者间接地规定于一国的宪法之中。不具有公共性和重要性的利益，刑法不予以保护。因此，刑法具有法律适用的最后性。刑法的最后性主要体现在两点：①刑法作为整个法律规范体系有效性的最后保障而存在，其他法律部门作为一个法律规范体系，最终依靠刑法维持其规范效力，刑法是法律体系中的保护法、保障法；②只有当民事法律、行政法律等法律部门不足以制止某种危害社会的行为从而保护某种重要利益时，立法者才考虑动用刑法，司法者才考虑适用刑法。所以，相对于民法、行政法，刑法相对地具有保守性、谦抑性。

刑法应当相对保守、谦抑，并不与我国目前以至今后相当长时间内刑法规范体系逐渐扩张的趋势相矛盾。总体上讲，我国刑法规定的罪名数量偏少，这一方面表

明我国的刑法规范体系还不够精细，另一方面表明我国的刑事法网相当宽大。自1979年《刑法》颁布实施以来，我国的罪名数量迅速增加，这一方面促使刑法规范体系的具体化、精细化，从而满足了科学性、确定性的需要；另一方面逐渐地扩展了犯罪圈，基本上符合有效保护社会的实际需要。

二、刑法的渊源

法律渊源是一个有比喻性并且极端模糊不清的概念。我国法学通说将法律渊源视为法律的创制与形式，只有对法律适用者具有直接拘束力的法律规范才属于法律渊源。法律渊源包括两种基本含义，其一是指其来源——创制（制定创造与习惯创造）；其二是指其形式——可识别的表达方式（名称与载体）。在我国，刑法规范只能来源于严格意义上的由立法机关所制定的法律，并以“法”的名称或者形式表现出来。

1. 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、刑罚以及刑法适用的一般原则、规则以及各种具体犯罪与刑罚的法律。《中华人民共和国刑法》是我国的刑法典，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，并于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进行了全面修订，并于1997年10月1日起施行。^{〔1〕}目前，已有多个刑法修正案，对刑法的部分条文进行了修改、补充。刑法修正案属于刑法典的自然发展，其对于刑法典具体条文的修改内容自然地融入整个刑法典之中，因此，起诉书、刑事判决书等司法文书不必引用刑法修正案，而应当直接引用修改后的刑法典条文。使用刑法修正案的方式连续不断地修改刑法的重要意义是：通过对刑法典的条文进行灵活地零敲碎打式的修订，既可以迅速对社会需要做出反应，又可以有效地使刑法典的体例、编排顺序在较长的时间内保持不变，维持刑法典体系的稳定性和统一性。

2. 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（以下简称全国人大常委会）先后颁布实施了23个单行刑法。依据《刑法》附则的规定，23个单行刑法中的15个因已纳入1997年《刑法》或者已不适用而被废止；8个单行刑法有关刑事责任的规定已纳入1997年《刑法》而不再有效，但有关行政处罚和行政措施的规定继续有效。由于《中华人民共和国刑法》并没有直接标明“刑法典”，1997年《刑法》颁布施行

〔1〕 审判实践中，刑事判决书、起诉书等司法文书说“《刑法》第××条”时，“《刑法》”是指刑法典，目前是指1997年《刑法》，司法文书如果需要特指或者比较说明，则分别称之为“1979年《刑法》”“1997年《刑法》”，本书也是如此。人们时常习惯性地称1979年《刑法》为旧刑法，1997年《刑法》为新刑法。但是严格地讲，我国并不存在新、旧两部刑法典，迄今为止，我国只有一部刑法，1997年《刑法》是在1979年《刑法》的基础上修订而成，具有连续性，这一事实对我们解释刑法有重要意义。

之后，全国人大常委会于1998年12月29日颁布《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，1999年10月30日颁布《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》，这是我国现行有效的单行刑法。

我国属于单一制的国家，地方性法规不能直接规定刑法规范，为公民设立刑事禁令，从而成为刑法的渊源。但是，我国《刑法》第90条规定：“民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。”这种地方性法规与一般地方性法规的相同之处是均没有普遍效力；不同之处在于，这些变通或者补充的规定需报请全国人大常务委员会批准才能生效实施，因此，在某种意义上讲，这种地方性法规已经转化成适用于特定地域——民族自治地方的刑法规范，属于我国刑法的渊源。民族自治地方的刑事变通或者补充的规定，以决定、规定、补充规定等名称颁布实施，一般应归入单行刑法的范围。

3. 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。1979年《刑法》实施期间，我国先后有130多个附属刑法条文，例如，1992年修正的《专利法》（现已被修正）第63条规定，假冒他人专利，情节严重的，对直接责任人员比照1979年《刑法》第127条（假冒商标罪）的规定追究刑事责任。这一条文规定的内容属于刑法规范，但它不是规定在刑法典或者单行刑法之中，而是规定在专利法之中，所以属于附属刑法的范围。

1997年《刑法》实施之后，经济法、行政法中的一些法律条文重申了刑法的某些规定，属于附属刑法的范围，但是，这些附属刑法条文并没有对刑法规范进行实质的修改、补充，大多属于提示性规定，不具有附属刑法的实质内容，其中一些条文十分笼统地规定：“构成犯罪的，依法追究刑事责任。”这种规定基本上没有什么规则意义。如前所述，刑法具有最后性，刑法是最后法、保障法，所以，违反刑法的刑事违法行为一定是违反其他法律、法规的违法行为。但是，违反民事、经济、行政法律、法规的违法行为并非都是刑事违法行为，而刑法上的正当事由可能是其他法律上的违法行为，比如民法上的侵权行为。同时需要注意，独立性也是刑法的基本属性，刑法上所规定的犯罪行为并不需要其他法律在文字上明示其为违法行为，例如，我国规定的许多经济犯罪并不以民事、经济、行政法律、法规的上述笼统性规定即“构成犯罪的，依法追究刑事责任”为必要条件；同样的道理，在民事、经济、行政法律、法规笼统地规定“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的情况下，刑法可能并没有相应的规定。

4. 国际刑法。国际刑法乃国际法的组成部分，可以成为国内刑法的直接或者间接渊源。国际刑法规范主要规定于国际条约之中。国际条约在一国法律渊源中的地位，或者是直接适用，或者是转化为国内法适用。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。规定国际犯罪从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，因而不能直接成为一国国内刑法规范，需要通过刑事立法转化为国内刑法，才能成为一国法院定罪量刑的法律根据。例如，我国加入了《联合国禁毒公约》后，刑法便作了必要的修改，1990年全国人大常委会制定并颁布了《关于禁毒的决定》，规定了掩饰、隐瞒毒赃性质、来源罪。当然，这类国际刑法规范在没有直接转化为国内刑法的情况下，可以成为缔约国与他国开展国际刑事司法合作的法律根据。

三、刑法的分类

1. 狭义刑法与广义刑法。狭义刑法即刑法典；广义刑法是指包括刑法典、单行刑法、附属刑法、国际刑法在内的所有关于犯罪与刑罚的法律规范的总称。

2. 普通刑法与特别刑法。普通刑法是指在一国范围内普遍适用的刑法规范的总称。特别刑法是指适用于特别人、特别时间、特别地域或者特定事项的刑法。刑法典属于普通刑法，单行刑法、附属刑法属于特别刑法。国际刑法视其内容而定，或者属于普通刑法，或者属于特别刑法。

3. 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，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、刑罚内容的法律，如附属刑法。

第二节 刑法的根据、任务和功能

一、刑法的根据

（一）法律根据

《刑法》第1条规定，“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”。由此可见，制定刑法的法律根据是我国宪法，实践根据是我国同犯罪作斗争的具体经验和实际情况。宪法是国家的根本法，在一国法律体系中具有最高的法律效力。我国《宪法》第5条第3款规定：“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”刑法根据宪法而制定，意味着刑法必须符合宪法的规定、原则与精神，不能违反宪法或者与宪法相抵触。刑法以宪法为根据，不仅要求刑法的制定、修改与补充必须符合宪法，而且自然地要求刑法的解释与适用也必须符合宪法。

（二）实践根据

按照《刑法》第1条的规定，根据宪法制定刑法，需要结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况。也就是说，制定以及修正我国刑法，应当调查研究，总结同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，如此，刑法规范体系的规范有效性才能真正

地转化为现实有效性。实践是现实的，而任何现实的东西都总是与历史密切联系的，刑法的制定在立足于现实实践经验和实际情况的基础上，自然地还需要借鉴我国历史上同犯罪作斗争的经验与教训。在全球化的背景下，我国同犯罪作斗争的具体经验和实际情况必须置于全球范围内观察和思考，因此，制定刑法有必要借鉴国外的立法经验、立法技术和立法成果。

（三）政策根据

1979年《刑法》第1条明确规定“惩办与宽大相结合”是制定刑法的政策根据，1997年《刑法》在修订过程中考虑到“惩办与宽大相结合”作为刑事政策，已经具体体现在立法当中，因此，1997年《刑法》删除了这一规定。^{〔1〕} 尽管1997年《刑法》没有继续规定“惩办与宽大相结合”的刑事政策，但这一政策在刑事立法中有大量体现，对于刑事司法活动以及具体刑事政策的制定和执行都有指导意义。^{〔2〕} 这一政策的精神实质概括起来包括“区别对待”“宽严相济”“分化瓦解”“打击少数、教育改造多数”四条。^{〔3〕} 随着政策科学的兴起，刑事政策对于刑法适用的意义与作用越来越重要，其与刑法的关系问题日益受到关注。作为预防与控制犯罪的公共政策，刑事政策与刑法关系密切：一方面，刑事政策不能违背刑法的基本原则和具体规则。刑法的基本原则，如刑法明确规定的罪刑法定、罪刑相当、法律面前人人平等原则以及体现在刑法当中的刑罚个别化、人道主义等原则，刑事政策决策与执行不可逾越。同样，在刑事法律规则明确的情况下，法律必须得到尊重和遵守。另一方面，在刑事法律规则缺乏或者不明确的情况下，需要刑事政策的抽象指导，同时需要具体的可操作性和创造性的政策性规则作为补充与支持。

二、刑法的任务

《刑法》第1条规定，“为了惩罚犯罪，保护人民”而制定刑法；《刑法》第2条进一步明确规定，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”。《刑法》明确规定刑法的任务并强调刑法的任务是惩罚犯罪和保护国家、社会、公民个人的合法权益，这是我国刑法的一个重要特点。

三、刑法的功能

刑法的功能或者说机能是指刑法作为一个有机整体可起的作用或者发生作用的能力。刑法的功能是多重的、多种的，而不是单一的。一般来说，刑法具有对立统一的两个方面的基本功能：

〔1〕 郎胜主编：《〈中华人民共和国刑法〉释解》，群众出版社1997年版，第1页。

〔2〕 敬大力主编：《刑法修订要论》，法律出版社1997年版，第20~21页。

〔3〕 肖扬主编：《中国刑事政策和策略问题》，法律出版社1996年版，第72页以下。

（一）社会保护功能

社会保护功能，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，保护国家、社会、个人的利益。

（二）人权保障功能

人权保障功能，即保障无罪的人不受刑事追究，保障有罪的人只是受到法律限度内的惩罚。刑罚权像其他国家权力一样，必须受到限制和制约，否则就会被滥用而侵害公民的基本权利。国家动用刑罚惩罚犯罪，必须依法进行，严禁超越法律规定滥用刑罚权，侵害无辜的人或者犯罪人的合法权益。

第三节 刑法规范、体系与解释

一、刑法规范

规范，是调整人类行为的标准、规则，是以“应然”^{〔1〕}为特征的语句：告知人们禁止——不应当做什么，命令——应当做什么，授权——可以做什么，任意——自由地做什么。刑法是禁止（杀人、抢劫、盗窃……）、命令（抚养子女和赡养父母、执行法院裁决、依法作证……）、允许（正当防卫、紧急避险、正当冒险……）人们做出一定行为的法律规范的总称。

人类行为应受到社会规范——主要是最终由国家强制力保证的法律规范的控制。或者说法律是由国家制定并由国家强制力保证实施的行为规范的总称。刑法是刑法规范的总称。刑法规范是规定处罚犯罪行为从而指示人们行动的法律规范。法律规范一般可分为义务性规范和授权性规范两种。刑法规范主要是义务性规范，又以禁止性义务规范为主，命令性义务规范为辅，并以最严厉的法律制裁——刑罚作为威慑手段。禁止性规范以消极义务为内容，即禁止人们为一定的行为，人们只要消极地不实施刑法禁止的行为即可，它一般直接由刑法加以规定，而不需要其他法律再加以特别规定；命令性规范以积极义务为内容，即命令人们为一定的行为，它是禁止性规范的必要补充，它也由刑法加以规定，但刑法之外的其他法律往往更为详细地规定人们如何具体履行这一义务。

刑法规范主要是义务性规范，但不限于此种规范，还包括授权性规范——授予公民诸如正当防卫、紧急避险等权利。刑法授权性规范离不开刑法义务性规范，它以义务性规范为前提，是刑法义务性规范的必要补充。这不同于民法以规定授权性规范（以及任意性规范）为原则、禁止性规范（以及强制性规范）为例外的特点。

刑法规范通过刑法条文表达，并存在于刑法体系之中。刑法条文是一种直观的

〔1〕 与“应然”相对应的是“实然”，实然是指事物、事件的现实状态，可作真假之事实判断，而不能作是否合乎目的、是否正义的价值评价。

文字存在，刑法规范则是法律文字背后的潜在。刑法条文一般不直接规定刑法规范的具体内容，而是通过刑法条文的文字规定抽象地表达刑法规范，即禁止公民实施什么行为、命令公民实施什么行为。刑法条文可以区分为总则条文与分则条文，刑法典总则条文一般说来是原则性、一般性的规定，不直接规定刑法规范的具体内容，但在整个刑法体系中间接地影响刑法规范的内容；刑法规范的具体内容主要通过刑法典分则中规定具体犯罪与刑罚的条文（罪刑式法条）表达，一个刑法典分则条文可以表达若干个刑法规范，若干个刑法典分则条文则可能表达同一个刑法规范。刑法规范存在于刑法体系之中，任何一个具体的刑法规范都不能与刑法乃至整个法律体系相分离，而是整个法律制度的一小部分。

刑法规范的意义主要在于两个基本方面：一方面，刑法规范是针对一般人的行为规范，具有一般性，它禁止或者命令公民实施特定的行为；另一方面，刑法规范是针对司法官员的裁判规范，它指示司法人员如何认定、判断公民的行为是否构成犯罪以及如何追究犯罪行为人的刑事责任。这两个方面是统一的，而不是分离的，刑法规范的本质是禁止与命令，刑法典分则中的罪刑式法条以“……的，处……”（“如果……那么……”）的模式将一定的法定事实构成（犯罪）与法律后果（刑罚）挂钩，都是在向一般人、法律适用者表达禁止和命令的应然规范。在刑法分则条文（罪刑式法条）中，“……的”是罪状，是对于具体犯罪构成要件的描述；对于罪状的高度概括是罪名，即具体犯罪的名称。“处……”是法定刑，即适用于具体犯罪的刑罚种类与幅度。

二、刑法体系

刑法体系是指刑法的组成与结构。刑法体系可以作狭义与广义的区分，科学合理的刑法体系有利于更好地发挥刑法的整体功能，从而既有利于刑法的解释与适用，也便于刑法条文内容的简约和检索。

狭义的刑法体系是指刑法典的体系。《刑法》由两编和附则组成，第一编为总则，第二编为分则，最后为附则。编下有章、节、条、款、项等层次。^{〔1〕}第一编总则共五章，依次为：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。总则的内容是一般性规定，规定刑法的基本原则、适用范围以及有关犯罪与刑罚的一般原则与规则。第二编分则共十章，分别规定了十类犯罪，依次为：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；

〔1〕基本层次是：编下设章，章下设节，但多数章下不设节；章、节之下是具体条文，条文是刑法典的基本单位，从第1~452条，以统一的顺序编号，不受编、章、节的影响，刑法典以修正案的形式增加条文时，在相应的条文后面采取该条之一、之二的编号方式；条下为款，另起一段表示，有的条文只有一款；条、款之下为项，标志是另起一段且包含使用括号的基数编号。例如，《刑法》第91条关于公共财产的规定，包括2款，其中第1款又包含着3项；《刑法》第92条关于公民私有财产的规定，只有1款，其中包含着4项。

贪污贿赂罪；渎职罪；军人违反职责罪。各类犯罪的排列次序大致上反映了立法者对于刑法保护的客体的价值判断次序。分则的内容是具体性规定，规定各种具体犯罪与法定刑。附则由刑法的最后一个条文和两个附件组成，与总则、分则并列，但不另立一篇。刑法典总则与分则是一般与特殊、抽象与具体的关系，二者之间形成指导与被指导的关系，刑法典总则指导刑法典分则的适用，除非刑法典分则有特别规定，刑法典总则的规定适用于刑法典分则。

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。单行刑法和附属刑法以及国际刑法中有关刑法适用以及犯罪与刑罚的一般性规定，属于对刑法典总则的补充、修改，成为总则体系的组成部分，在一定程度上导致刑法典总则内容的变化。单行刑法和附属刑法补充、修改刑法典总则的情况较少，多数情况下，单行刑法和附属刑法的内容属于对刑法典分则罪刑式法条的补充、修改，这些补充、修改属于分则的范围，与刑法典总则形成特殊与一般、具体与抽象的关系，它们的适用仍然要以刑法典总则为指导，也就是说，刑法典总则规定既适用于刑法典分则，也适用于单行刑法、附属刑法中有关具体犯罪与刑罚的法律规定。对此，《刑法》第101条明确规定，本法总则适用于其他有刑罚规定的法律，但是其他法律有特别规定的除外。有刑罚规定的其他法律，是指刑法典之外的单行刑法、附属刑法等特别刑法。对于刑法典分则规定具体犯罪（罪名、罪状）与刑罚（法定刑）的条文（罪刑式法条）来说，当一个行为同时触犯普通刑法即刑法典的罪刑式法条与特别刑法的罪刑式法条时，应当按照特别刑法优于普通刑法的原则，适用特别法。当一个行为同时触犯特别刑法的两个罪刑式法条时，应当按照新法优于旧法的原则，适用新法。无论行为触犯多个还是单个罪刑式法条，都需要在整个刑法以至法律体系内与其他法条联系起来理解、解释以求刑法条文的正确适用。

三、刑法解释

（一）刑法解释的概念与分类

刑法的解释就是对刑法规范含义的阐明。刑法规定大多是抽象的，含义抽象的刑法规定只有通过解释才能具体适用于复杂多样而且不断发展变化的各种各样的具体案件。刑法解释对正确适用刑法条文、正确定罪量刑，具有十分重要的意义。

刑法解释可以根据不同的标准加以区分。按解释的效力，可以分为立法解释、司法解释和学理解释三类。

1. 立法解释。立法解释就是由立法机关对刑法所作的解释。立法解释又分为以下三种情况：①刑法或者相关法律中的解释性规定。例如，《刑法》第94条规定：“本法所称司法工作人员，是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。”②立法机关制定刑法时在“法律的起草说明”中所作的解释。例如，1997年3月6日王汉斌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》。③刑法施行过程中立法机关的专门解释。1981年6月10日发布

的《全国人大常委会关于加强法律解释工作的决议》指出，凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人大常委会进行解释或用法令加以规定。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》，是我国全国人大常委会第一次专门对刑法作出的立法解释。

2. 司法解释。司法解释是指最高司法机关对具体应用刑法所作的解释。《全国人大常委会关于加强法律解释工作的决议》第2条规定：“凡属于法院审判工作中具体适用法律、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适用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧，报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。”

3. 学理解释。学理解释是指未经国家授权的机关、团体或者个人从理论上或学术上对刑法所作的解释。学理解释不具有法律约束力，但对正确地刑事司法以至于刑事立法都有重要的参考价值。

（二）刑法解释的方法

按照解释的方法，刑法解释又可分为文理解释和论理解释。

1. 文理解释。文理解释是根据刑法所用文字的文义及其通常使用的方式使其含义明确的解释方法。例如，《刑法》第96条规定：“本法所称违反国家规定，是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。”再如，《刑法》第99条规定：“本法所称以上、以下、以内，包括本数。”它们都属于文理解释。文理解释是刑法的最基本的解释方法，如果文理解释就可以使刑法规定清晰，就没有必要再进行论理解释。

2. 论理解释。论理解释是对法律条文的含义按照立法精神，根据法理所作的解释。例如，《关于〈中华人民共和国刑法（修订草案）〉的说明》对《刑法》第294条所作的解释：“对于黑社会性质的犯罪，必须坚决打击，一定要消灭在萌芽状态，防止蔓延。只要组织、参加黑社会性质的犯罪组织，不管是否有其他具体犯罪行为都要判刑。”这就是论理解释。刑法论理解释的结果可能是扩张解释，即扩大刑法条文的字面含义，也可能是限制解释，即缩小刑法条文的字面含义，无论是对刑法规范进行扩张解释还是限制解释，均需要符合罪刑法定的原则，在罪刑法定原则范围内进行严格解释，而不能任意地进行解释。

第2章

刑法的基本原则

第二章

第一节 罪刑法定原则

一、罪刑法定原则的基本含义与历史

刑法基本原则是立法者制定和司法者适用刑法过程中必须始终严格遵循的刑法所固有的、全局性的裁判准则，而罪刑法定原则是刑法最为重要的基本原则。罪刑法定的基本含义是：“法无明文规定不为罪”“法无明文规定不处罚”。

罪刑法定原则是资产阶级革命时期反对封建司法制度非法专横的产物，是对罪刑擅断主义的彻底否定。作为法律原则，它最早发端于1215年《英国大宪章》。《英国大宪章》第39条规定：“凡自由民非经其同级贵族依法判决或遵照国家法律的规定，不得加以拘留、监禁、没收其财产、剥夺其法律保护权或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”这个规定先后为美国和法国的宪法文件所吸收。《美国宪法》第1条第9项规定：“禁止溯及既往的法律。”1791年，美国国会批准的《宪法修正案》第5条规定：“未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”1868年7月28日颁布的美国《宪法修正案》第14条又规定：“无论何州，未经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”美国宪法上确立了以“禁止事后法”和“正当法律程序”为核心的合法性原则——英美法系的罪刑法定原则。在大陆法系，1789年法国资产阶级革命后制宪会议上通过的宪法文件《人权和公民权利宣言》（简称《人权宣言》）第8条规定：“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚，而且除非根据犯罪行为前已制定、公布和合法施行的法律，不得处罚任何人。”1810年《法国刑法典》第4条将罪刑法定原则规定为：“不论违警、轻罪或重罪，不得判处犯罪前法律未规定的刑罚。”许多国家在资产阶级革命以后，均把罪刑法定原则作为保障人权的一个基本原则，在宪法或刑法上加以规定，以法律来限制国家刑罚权的滥用，保障人权。罪刑法定原则，即行为时法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚，现在已经成为世界各国所广泛承认的保障人权、维护法治的重要原则，也是联合国一系列国际条约所规定的刑事司法准则。

二、罪刑法定原则的具体内容

我国1979年《刑法》没有明文规定刑法的基本原则，也没有规定罪刑法定原

则。1997年《刑法》确立了罪刑法定原则，主要体现在：《刑法》第3条明文规定罪刑法定是我国刑法的基本原则；废除类推制度；刑法典总则规定了犯罪的一般概念、基本构成要件以及犯罪形态；刑法典分则规定了各种具体犯罪的犯罪构成要件与刑事责任等。《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。”这是我国刑法对于罪刑法定原则的明文规定，这一原则集中地体现了刑法的正义性。犯罪和刑罚要由国家最高权力机关制定的符合宪法的法律来规定，法律是规定犯罪与刑罚的唯一渊源。我国《宪法》规定，全国人民代表大会制定的刑事法律不得与宪法相抵触，全国人民代表大会常务委员会可以对全国人民代表大会制定的刑事法律进行部分补充和修改，但是，既不得与宪法相抵触，也不得与该法律的基本原则相抵触。违反宪法或者违反刑法基本原则的刑事法律，不得作为定罪处刑的依据。

按照我国《刑法》第3条的规定，罪刑法定原则可以区分为两个基本方面：一方面是积极的罪刑法定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；”另一方面是消极的罪刑法定：“法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”^{〔1〕}积极的罪刑法定与消极的罪刑法定共同构成了我国刑法的罪刑法定原则。

积极的罪刑法定从扩张刑罚权的方面，要求积极地运用刑罚，惩罚犯罪、保护社会。具体来说，对于一切犯罪，都应当运用刑罚加以惩罚，做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究，不放纵犯罪，让法制得以维护。西方国家的刑法、宪法在規定罪刑法定原则时，一般并不去规定也不去突出这方面的内容。我国刑法在明文规定罪刑法定原则时，规定（在某种意义上可能是突出）罪刑法定原则的积极方面，是我国刑法的一个重要特点，这与我国刑法目的、任务的规定（《刑法》第1、2条）有着密切的联系。

消极的罪刑法定原则与罪刑法定原则的经典表述一致，与大陆法系的许多国家的規定基本相同。其基本精神和主要意义是：从消极方面限制刑罚权的适用，防止国家滥用刑罚权侵犯人权，从而确保刑法是善良公民的大宪章，是犯罪人的大宪章，而并非说它具有消极的意义。

一般来说，罪刑法定原则消极方面包括以下主要派生原则：

（一）禁止类推

罪刑法定原则自然要求禁止类推适用法律，即不得类推适用不利于被告人的刑法规定。所谓类推，主要是指将法律没有明文规定为犯罪并处以刑罚的案件事实比照刑法规定的最相类似的条文定罪量刑的制度。类推与罪刑法定水火不容，直接冲突，罪刑法定自然而然地要求不得类推适用不利于被告人的刑法规定。依据1979年《刑法》第79条的规定，刑法典分则没有明文规定的犯罪，可以比照刑法典分则最相类似的条文定罪判刑，并报请最高人民法院核准。1997年《刑法》取消了类推

〔1〕 何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社1995年版，第63页以下。

(定罪判刑)制度,禁止不利于被告人的类推适用,但是允许类推适用有利于被告人的刑法规定。

(二) 禁止事后法

刑法没有溯及既往的效力,被告人是否有罪以及在有罪的情况下具体如何处罚,只能依据行为当时的法律,而不能依据行为后颁布实施的法律进行评价,这就是禁止事后法的原则。但是,新法不认为是犯罪或者处刑较轻的,则具有溯及既往的效力。换言之,对被告人不利(规定行为构成犯罪或者加重责任)的法律不具有溯及既往的效力,对被告人有利的法律则具有溯及既往的效力。我国《刑法》第3条没有明示禁止事后法的原则,但是,依据国际公约并联系我国《刑法》第12条的规定,立法者和司法者必须严格遵循禁止事后法的原则。

(三) 禁止习惯法

刑法应以制定法为依据,刑法是立法机关制定的成文法,习惯法不是刑法的渊源,判例也不是刑法的渊源。当然,习惯法与判例对于刑法的解释与适用具有重要的参考意义。在英美法系,制定法所发挥的作用越来越大,但是,判例法原则要求下级法院必须遵循上级法院特别是最高法院的判例中所确立的法律规范,上级法院通常则不能背离自己先前作出的判决。在大陆法系国家,法律一般并没有规定下级法院必须遵循上级法院的判例,但是,最高法院判决所确立的原则、规则具有重要的规范作用,下级法院很少去有意识地背离。在我国,审判制度的行政化色彩使得下级人民法院更为关注上级人民法院将会如何判决同类案件,长期的审判实践形成一般的法律确信,上级人民法院特别是最高人民法院的判决具有相当的拘束力。

(四) 禁止不定刑

罪刑法定原则要求严格依照法律定罪处刑,立法者不能规定、司法者不能适用绝对不定刑和绝对不定期刑。绝对不定刑是指刑法只规定什么行为是犯罪,而不规定具体如何处罚。在这种情况下,如何处罚犯罪人,完全由司法人员自由决定。绝对不定期刑主要是指立法者在刑法中不规定法官司法时宣告自由刑的期限。在这种情况下,剥夺犯罪人多长时间的人身自由完全由刑罚执行机关(监狱)决定。我国刑法对于各种具体犯罪,主要是规定了相对确定的法定刑,在法定刑(特定刑种和刑度)相对确定的范围内,法官根据案件的具体情况裁判一个相对合理的确定的刑罚。这一方面保证了刑罚的法定性,另一方面有利于法官遵循罪刑相当原则自由裁量。

(五) 明确性原则

刑法关于犯罪、刑罚及其相互关系的规定应当清楚明确,而不能模糊不清。因为只有明确的刑法规定才能为一般人和司法人员所理解、遵守。否则,一般人无法预测自己的行为会产生怎样的法律后果,个人自由便无从谈起,司法官员也将无从理解甚至歪曲刑法,恣意擅断便难以避免,法治原则就会荡然无存。

罪刑法定原则所包含的两个方面,即积极的罪刑法定和消极的罪刑法定,是我

国刑法罪刑法定原则密切联系的两个基本方面，这两个基本方面是对立统一的，具体表现为，运用刑罚惩罚犯罪以保护社会，与约束国家刑罚权以保障人权的对立统一。积极罪刑法定与消极罪刑法定之间的对立统一关系，与个人自由与社会秩序之间的对立统一关系密切相关。现代刑法的首要价值和任务是维护个人自由，尽最大可能地保护和保障个人自由，同时维护社会秩序的稳定。在特殊情况下，当罪刑法定原则的积极方面与消极方面发生冲突的时候，应当以罪刑法定的消极方面为优先考虑，在此前提下，寻求个人自由与社会秩序的统一。

三、罪刑法定原则的理论基础与功能

作为支配现代刑法的一种基本理念，罪刑法定主义的思想发源于资产阶级启蒙思想家。德国著名古典刑法学派学者冯·费尔巴哈（Von Feuerbach, 1775 ~ 1833）在1801年出版的《刑法教科书》中最早将罪刑法定原则表述为：“无法律则无刑罚，无犯罪则无刑罚，无法律规定的刑罚则无犯罪。”或者说“法无明文规定不为罪”、“法无明文规定不处罚”，这是罪刑法定原则的经典表述。从思想渊源上看，近代启蒙思想家对于罪刑法定原则理论的阐述做出了历史性的贡献，三权分立的政理论、自然法的思想和心理强制学说成为罪刑法定原则的思想渊源。目前，西方国家多用自由、民主、人权理论来阐述罪刑法定原则的理论基础。

我国《宪法》规定“中华人民共和国的一切权力属于人民”，集中体现了我国刑法确立罪刑法定原则的基础。一切权力属于人民，刑罚权自然也属于人民。只有人民才有权决定什么行为是犯罪和应处以何种刑罚。人民行使权力的机关是人民代表大会，全国人民代表大会是最高权力机关，经过法定立法程序，用法律的形式明文规定什么行为是犯罪和应处以何种刑罚，使它成为定罪处刑的唯一准绳。什么是犯罪以及对犯罪处以何种刑罚，由民选立法机构自己为自己立法，对于全体公民来说，刑法不单纯是一种外在强制，而是一种自我约束，因而罪刑法定原则与民主相连，民主是罪刑法定原则的基础。犯罪与刑罚由刑法加以明文规定，在法律范围内，个人享有选择和活动的自由，自由得到保障，因而罪刑法定原则与自由相连，自由是罪刑法定原则的基础。刑法确保个人、社会和国家在宪法意义上的重要利益得以保护而不为犯罪所侵害，安全也就得以保证，一个安全的社会就是一个有秩序的社会，罪刑法定与秩序、安全相连，社会秩序与安全是罪刑法定原则的基础。所以，罪刑法定原则与诸多法律价值相联系，既是这些法律价值的必然要求，又是实现这些法律价值的基本保障。罪刑法定原则是能够同时兼顾上述各种价值目标的法治原则，以自由、民主、秩序等基本法律价值为基础，而不是这些价值中的单一性或者说偏一性选择。

刑法具有社会保护和人权保障两个方面的基本功能，罪刑法定原则是确保刑法实现这两种功能的基石。罪刑法定原则同样具有这样两种基本功能。罪刑法定原则既具有保障无辜者不受惩罚和保障犯罪人的合法权利不受侵害的人权保障功能，又具有惩罚犯罪、保护社会免遭犯罪侵害的社会保护功能。罪刑法定的人权保障功能

主要通过消极的罪刑法定原则实现，社会保护功能主要通过积极的罪刑法定原则实现，这是我国刑法规定罪刑法定原则的一个重要特点。但是，我国的立法与司法实践要真正地实现罪刑法定原则，其过程是复杂而漫长的。

第二节 法律面前人人平等原则

一、法律面前人人平等原则的基本含义

人人平等的思想根深蒂固地存在于人类早期文化尤其是宗教观念之中，但是，人类制度史基本上是不平等的历史，欧洲启蒙思想家提出了“法律面前人人平等”的革命性口号，资产阶级革命颠覆了封建等级特权制度，确立了人人平等的原则。1789年法国《人权宣言》宣告：“在权利方面，人们生来而且始终是平等的。”之后，法律面前人人平等逐步成为各国宪法的基本原则。

我国宪法规定，“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”，任何组织或个人“都必须遵守宪法和法律”，“都不得有超越宪法和法律的特权”。法律面前人人平等在我国首先是宪法原则。因此，刑法面前人人平等，是自然的，是不言而喻的。但是，司法实践中确实存在着种种不平等现象。所以，1997年《刑法》特别强调了这一原则。

《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。”这一原则集中地体现了刑法的平等性。法律面前人人平等原则，既是一项刑法基本原则，又是一项重要的宪法原则，同时还是国际人权公约所规定的一项重要原则。

依据这一原则，所有的人在法律面前平等，受法律的平等保护，无所歧视，任何人都不能因为种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或者其他见解、国籍或者社会出身、财产、出生或者其他身份等任何理由受到歧视。在刑法领域，任何人犯罪，都应当受到刑事追究，任何人都不被允许有超越法律的特权，任何人也不得受到歧视。

二、法律面前人人平等原则的范围

《刑法》第4条关于法律面前人人平等原则的规定，字面上强调适用法律人人平等，而不是像宪法那样规定法律面前人人平等，所以，不少刑法教科书将《刑法》第4条的规定归结为适用刑法人人平等或者平等适用刑法的原则，似乎这一原则仅仅适用于司法领域而不包括立法领域。但实际上，法律面前人人平等原则不仅是刑事司法原则，还是刑事立法的原则。

作为司法原则，刑法规范必须严格地适用于它所应当得到适用的所有场合，适用刑法既反对特权，又反对歧视。特权与歧视就像硬币的两面，一面是特权，另一面就是歧视。我国宪法和刑法强调了反特权，并不意味着不反歧视。反特权必然要求反歧视，因为一部分人的特权，就是对另外一部分人的歧视。法律面前人人平等

原则要求，对于任何人都要平等地出罪和入罪，在定罪、量刑、行刑三个基本环节上一律平等。

作为立法原则，人人都应当受到法律的平等保护。在我国，刑法除了规定对国有资产、利益予以特别保护外，对各种利益基本上做到了平等保护，所以，依据刑法的规定，法律面前人人平等原则实际上也是刑事立法的基本原则。

第三节 罪刑相当原则

一、罪刑相当原则的含义

罪刑相当原则，又可以称为罪刑均衡原则、罪刑相适应原则，其基本含义是指刑罚的轻重应当与犯罪的轻重相适应。古代刑法早期，曾实行“以牙还牙，以眼还眼，以血还血”的同态复仇原则，侵害行为与惩罚之间具有一种对等性，同态复仇原则既反映了人类朴素的公平意识，还反映了罪刑等价、相当、均衡的最初观念。现代意义上的罪刑相当原则产生于西方资产阶级国家，而后为世界各国刑法所接受。第二次世界大战以后，罪刑相当原则也在一些国际条约中得到体现和贯彻。

《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。”依据这一规定，罪刑相当原则是指犯罪分子所受到的刑罚惩罚应当与犯罪的事实、性质、情节、社会危害性的大小以及其所应当承担的刑事责任相适应。对任何人来说，无罪不罚，轻罪轻罚，重罪重罚，一罪一罚，数罪并罚，罚当其罪。罪刑相当原则集中体现了刑法的公正性、正义性。

二、罪刑相当原则与刑罚个别化原则的关系

《刑法》第5条不仅直接规定了罪刑相当原则，而且还间接地规定了刑罚个别化原则及其与罪刑相当原则的关系。

刑罚个别化原则是指刑罚的轻重与适用应当与犯罪者的个人情况相适应。罪刑相当原则与刑罚个别化原则既有联系又有区别，二者之间的基本关系是：罪刑相当原则是调整犯罪与刑罚即罪刑关系的基础性原则，为刑罚个别化原则的运用划定范围与疆界；刑罚个别化原则是调整刑罚与犯罪人之间关系的基本原则，它要求刑罚应当根据犯罪人的具体特点有针对性地加以规定、裁量与适用，从而构成对罪刑相当原则的制约与校正。

第3章

刑法的适用范围

第三章

第一节 刑法的空间效力

一、刑法空间效力概述

刑法的适用范围是指刑法在时间上和空间上的效力范围，即刑法在什么地方、对什么人和在什么时间内具有法律效力。刑法的效力范围包括空间效力和时间效力两方面。

刑法的空间效力，是指刑法在什么地方、对于什么人有效。它解决的是国家的刑事管辖权问题。国际法确认，每个主权国家，除了受到国际法和国际条约规定的限制外，有权采取其认为最好的、最合适的原则来行使刑事管辖权。各国行使刑事管辖权，可以只适用本国的刑法，不适用外国的刑法。这也是国际法惯例。现在，国际法中已形成了以下几个行使刑事管辖权的原则：

（一）属地原则

属地原则又称领土原则，主张刑事管辖权基于属地最高权而产生，即凡是发生在国家领土内的一切犯罪活动，都受这个国家的法律的管辖。这是刑事管辖权最古老的国际法原则，也是各国行使管辖权的最基本原则。

（二）属人原则

属人原则又称国籍原则，主张刑事管辖权基于属人最高权而产生。由于该原则的适用，一个人如在国外犯罪，要受到双重的刑事管辖，即一方面要受到所在国基于属地最高权而产生的刑事管辖权的管辖，另一方面又要受到其本国基于属人最高权而产生的刑事管辖权的管辖。对于双重刑事管辖权问题的处理，各国刑法有两种不同的规定：一种规定是本国刑法全部适用于本国公民在国外的犯罪行为；另一种规定是本国刑法只部分地适用于本国公民在国外的犯罪行为。我国刑法的规定属于第一种情况。^{〔1〕} 所以，属人原则通常作为属地原则的补充性原则而存在。

〔1〕 1979年《刑法》属于第二种情况，1997年《刑法》进行了修改。

（三）保护原则

保护原则又称安全原则，主张外国人在外国犯有危害本国国家或者公民利益的罪行，当该外国人进入本国国境内时，对其行使刑事管辖权。这个原则已得到各国的普遍承认，以扩大国内刑法的空间效力范围，补充属地原则管辖的不足。我国刑法也采取了保护原则，但是作了一定的限制。

（四）世界性原则

世界性原则也称普遍管辖原则，主张对外国人在外国犯有损害外国国家或外国人的罪行，在一定条件下，主要是进入或者曾经进入本国司法管辖区域时，根据本国的刑法行使刑事管辖权。这个原则的论据是所谓的犯罪世界性说。它认为，犯罪行为不论发生在什么地方，总是对人类社会的祸害，主张不问犯罪地点属于哪一个国家，犯罪人和受害者的国籍如何，以及犯罪是否直接或者间接地侵犯了本国国家利益，只要有犯罪行为在世界上发生，国家就有权根据本国的刑法加以惩罚。世界上只有极少数国家的刑法采取这个原则。

（五）永久居所或营业地原则

这是20世纪60年代以后发展起来的一个新的行使刑事管辖权的原则。关于制止危害国际民用航空安全的《东京公约》《海牙公约》和《蒙特利尔公约》首先引入这个原则。例如，《东京公约》第4条第2款规定，如果犯罪人或受害人在一个缔约国有永久居留权，那么该缔约国对这类犯罪案件也有刑事管辖权。这是对刑事管辖权的国际法原则的新发展。现在有的国家的刑法已开始采用这一原则。

二、我国刑法对地域的效力

《刑法》第6条第1款规定：“凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。”这是对属地原则的规定。

领域即领土，由领陆、领空、领水和底土构成。领陆指陆地领土，包括岛屿；领水包括内水和领海。内水包括国境以内的江、河、湖泊，领海基线以内的内海、内海湾、内海峡、河口和港口水域。如果是两国之间的界水，通常以河流中心线为界，如果是可航行的河道，则以主航道中心线为界。领海是指与一国海岸或内水相连的在领海基线以外、领海线以内的属于该国主权之下的一定宽度（我国政府于1958年9月4日发表声明，宣布我国领海宽度为12海里）。领空是指领陆、领水的上空，它只及于空气空间（大体在100~110公里的高度），不包括外层空间。底土是指领陆和领水以下的底土（理论上直至地心）。

《刑法》第6条第2款规定：“凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。”根据国际惯例，领域还包括船舶和航空器，即所谓的拟制领土，也就是为解决管辖权问题所做的假设，并不是真正的领土。这里所说的船舶或者航空器，既包括军用的，也包括民用的；既指航行途中的，也指处于停泊、停飞状态中的；既指在公海或公海上空的，也指停靠于外国港口、停飞于外国机场的悬挂我国国旗的船舶、航空器。总而言之，凡在我国的船舶、航空器内犯罪的，不论该船舶、航

空器是否在我国境内，我国均有刑事管辖权。

犯罪地即发生犯罪的地域，包括犯罪行为地和犯罪结果地。《刑法》第6条第3款规定：“犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。”这是对犯罪地确定标准的规定。犯罪行为可以是一部，也可以是全部；可以是作为，也可以是不作为，不作为以应作为地为犯罪地；既可以是犯罪预备行为，也可以是犯罪实行行为；既可以是实行犯的实行行为，也可以是帮助犯的帮助行为、教唆犯的教唆行为。犯罪结果可以是一部，也可以是全部；可以是有形结果，也可以是无形结果；既包括犯罪行为所实际造成的危害结果，也包括犯罪分子预期发生的结果。

原则往往有例外，属地原则的例外有两种情况：

1. 《刑法》第11条规定，享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决。外交特权和豁免权，是指按照国际法或者有关协议，在平等互惠的前提下，为使一国外交代表在驻在国能够有效地执行职务，而由驻在国给予的特别权利和优待。根据国际惯例和有关国际条约的规定，享有外交特权和豁免权的人不受接受国的刑事管辖。享有外交特权和豁免权的人员范围如下：①按照国际惯例，外国的国家元首（皇帝、国王、共和国主席、总统等）、政府首脑（总理、首相、部长会议主席等）、外交部长享有全部外交特权和豁免权。②根据《维也纳外交关系公约》的规定，充任使馆馆长的外交代表（大使、公使、代办）和使馆的其他外交人员（参赞、一等秘书、二等秘书、三等秘书和随员）以及陆、海、空军军官等，包括他们的配偶和未成年子女；使馆的行政和技术人员及与其构成同一户口的家属，如非接受国国民而且不在该国长久居留的；外交使差。③按照我国的有关规定和实践，除外交人员外，凡依照我国与各国所订条约、协定应享受若干特权和豁免权的商务代表，也予以外交待遇。此外，下列人员经我国外交部核定，也得享受若干特权和豁免权：途经或者临时留在我国境内的各国驻第三国的外交官；各国派来中国参加会议的代表；各国政府来中国的高级官员；依照国际公约应享受外交特权与豁免权的其他人员，如按照联合国宪章规定享有特权和豁免权的有关人员。④按照《维也纳领事关系公约》（1979年我国加入该公约）的规定，领事代表（总领事、领事、副领事、领事代理人以及名誉领事）和其他领事馆人员也享有一定的特权和豁免，但其司法豁免权低于外交人员。1963年《维也纳领事关系公约》第41条第1项规定：“领事官员不得予以逮捕候审或羁押候审，但遇犯严重罪行之情形，依主管司法机关之裁决执行者不在此列。”本条的第2、3项和第42条规定了对领事人员在刑事管辖方面的其他优惠。

享有外交特权和豁免权的人员虽然享有人身不可侵犯和刑事管辖豁免等特权，但是，外交代表人身不受侵犯原则，并不排斥由于代表本人的挑衅行为而引起他人的正当防卫，也不保证在例外的情况下不采取防止他进行犯罪的措施。他们犯罪不适用我国刑法，不意味着他们可以不受任何约束、违反我国法律。他们应当尊重和

遵守我国的法律。《维也纳外交关系公约》第41条第1项规定：“在不妨碍外交特权与豁免之情形下，凡享有此项特权与豁免权之人，均负有尊重接受国法律规章的义务。此等人员并负有不干涉该国内政的义务。”所以，享有外交特权和豁免权的外国人在我国领域内犯罪，我国不能行使刑事管辖权，即不能按照司法程序对他们进行搜查、拘留、逮捕、起诉以及定罪、判刑和执行刑罚，但是可以通过外交途径加以解决。外交途径有：要求派遣国召回，或者建议派遣国依法处理；宣布其为不受欢迎人员或者不能接受。《维也纳外交关系公约》第9条规定：“第一，接受国得随时不具解释通知派遣国宣告使馆馆长或使馆任何外交职员为不受欢迎人员或使馆任何其他职员为不能接受。遇有此情形，派遣国应斟酌情况召回该员或终止其在使馆中之职务，任何人员得于其到达接受国国境前，被宣告为不受欢迎或不能接受。第二，如派遣国拒绝或不在相当期间内履行其依本条第1项规定所负义务，接受国得拒绝承认该员为使馆人员。”外交人员一旦被宣布为不受欢迎的人，须立即停止在接受国执行职务，并且必须离开该国。如果他拒绝离开，接受国政府则可以设法强制执行其决定。

2. 香港、澳门特别行政区不适用大陆刑法。我国实行“一国两制”政策，香港、澳门特别行政区享有高度自治权，包括立法权、独立的司法权和终审权，所以，从理论上讲，尽管香港、澳门特别行政区的刑法属于中国刑法的一部分，但香港、澳门特别行政区不适用大陆刑法。大陆刑法当然适用于我国台湾地区，只不过由于两岸长期分离，使其在绝大多数情况下难以适用于我国台湾地区。如果将来两岸实现和平统一，按照“一国两制”的政策，大陆刑法也将不适用于我国台湾地区。

案例3-1：1998年10月30日广东省广州市中级人民法院对张子强等36名被告人犯非法买卖爆炸物罪、绑架罪、抢劫罪等一审作出判决，其中，被告人张子强犯非法买卖爆炸物罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯绑架罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收财产人民币6.62亿元；犯走私武器、弹药罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收财产人民币10万元。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收财产人民币6.62亿元。张子强及其辩护人上诉称：本案犯罪行为实施地在香港，侵犯的客体是香港居民的人身权和财产权，应由香港法院管辖，一审法院管辖不当。广东省高级人民法院审理后，核准了判处上诉人张子强死刑、剥夺政治权利终身的判决，认为：本案指控的犯罪，有些犯罪行为虽然是在香港实施的，但是组织、策划等实施犯罪的准备工作，均发生在内地；实施犯罪所使用的枪支、爆炸物及主要的作案工具均是从内地非法购买后走私运到香港的，依照《刑事诉讼法》第24条的规定，内地法院对本案依法享有管辖权。

本案表明如下规则：犯罪行为地在香港，但犯罪的组织策划和犯罪工具的准备均发生在内地，内地法院不仅有管辖权，而且对被告人在香港特别行政区实施的犯罪亦有权依照中国内地刑法予以审判。

资料来源：《最高人民法院公报》1999年第1期。

三、我国刑法对人的效力

(一) 对我国公民的效力

我国公民是指具有中华人民共和国国籍的自然人。我国公民在我国领域内犯罪，一律适用我国刑法。但是，依据《宪法》第75条的规定，全国人民代表大会代表在全国人民代表大会各种会议上的发言和表决，不受法律追究。

我国公民在我国领域外犯罪，按照属人原则应当适用我国刑法，其中，国家工作人员和军人在领域外犯罪从严掌握。

1. 我国公民在领域外犯罪原则上适用我国刑法。《刑法》第7条第1款规定：“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的，可以不予追究。”此规定表明，我国公民在领域外犯我国刑法规定之罪的，原则上都适用我国刑法，但是，法定最高刑为3年以下有期徒刑的，可以不予追究。这里的“最高刑”，可作两种理解，一种理解是指某个刑法典分则条文的最高刑；另一种理解是指某一条文中与罪行轻重相对应的法定量刑幅度的最高刑。例如，《刑法》第234条故意伤害罪，第1款的法定刑为3年以下有期徒刑、拘役或者管制；第2款规定故意伤害致人重伤的，处3年以上10年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍的手段致人重伤造成严重残疾的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。如果按照第一种理解，伤害罪的最高刑是死刑。如果按照第二种理解，“最高刑”要根据实际的犯罪轻重而定。如果实际罪行是轻伤害，其法定最高刑是3年有期徒刑；如果是重伤害，法定最高刑为10年有期徒刑；如果是致人死亡或者其他特别严重的伤害罪，则其法定最高刑为死刑。根据1985年8月21日发布的《最高人民法院关于人民法院审判严重刑事案件中具体应用法律的若干问题的答复（三）》（现已失效）第39问关于追诉时效期限的计算如何适用法律条文的答复，“根据所犯罪行的轻重，应当分别适用刑法规定的不同条款或相应的量刑幅度，按其法定最高刑来计算追诉期限”。我们认为，这个司法解释的精神仍然可以适用于《刑法》第7条规定的“最高刑”。

2. 国家工作人员和军人在领域外犯罪一律适用我国刑法。《刑法》第7条第2款规定：“中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。”这一规定表明，国家工作人员和军人在领域外犯罪，无论罪轻罪重，均适用我国刑法。如此规定，是因为国家工作人员和军人均属有特定职责的人，应对他们有更严的要求。这一规定对保护人民的利益和维护国家的尊严有重要的意义。国家工作人员是指《刑法》第93条规定的人员。军人是指中国人民解放军的现役军官、文职干部、士兵和具有军籍的学员和中国人民武装警察部队的现役警官、文职干部、士兵及具有军籍的学员。执行军事任务的预备役人员和其他人员以军人论。

(二) 对外国人的效力

外国人，是指具有外国国籍的人和无国籍的自然人。如前所述，依据《刑法》

第6、11条的规定，外国人在我国领域内犯罪，按照属地原则适用我国刑法，但是享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决。外国人在我国领域外犯罪，我国刑法的效力又可分为以下两种情况：

1. 外国人在领域外针对我国国家或者公民的犯罪。《刑法》第8条规定，外国人在我国领域外实施针对我国国家或者公民的犯罪，而按我国《刑法》规定的最低刑为3年以上有期徒刑的，可以适用我国《刑法》。但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。这是对保护原则的规定。按照这一规定，如果所犯的罪按照我国刑法规定的最低刑不满3年有期徒刑，或者按照犯罪地的法律不受处罚的，则不适用我国刑法。这是适用保护原则的限制性条件。

2. 外国人在领域外实施国际犯罪。《刑法》第9条规定：“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。”依据这一规定，外国人在我国领域外实施我国缔结或参加的国际条约所规定的国际犯罪，我国在其所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权。

为惩治国际犯罪，维护国际社会的秩序，在有关国际组织的主持下，国际上先后制定了一系列旨在加强国际合作，有效防止和惩处国际罪行的国际条约。国际犯罪是国际社会通过国际公约的形式予以明文禁止并确认其应受刑事制裁的行为。我国先后参加了1963年9月14日签订于东京的《关于在航空器内的犯罪和其他某些行为的公约》、1970年12月16日签订于海牙的《关于制止非法劫持航空器的公约》、1971年9月23日签订于蒙特利尔的《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、1948年12月9日联合国大会通过的《防止及惩治灭绝种族罪公约》、1973年11月30日联合国通过的《禁止并惩治种族隔离罪行的国际公约》、1973年12月14日联合国通过的《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》等国际公约。外国人在我国领域外实施上述国际条约所规定的国际犯罪后进入我国，尽管这些犯罪没有直接侵害我国国家或者公民的利益，但是，这些国际犯罪直接侵犯了国际社会的共同利益，间接地侵犯了我国国家利益，我国司法机关要遵循“或起诉或引渡”的原则，对国际犯罪嫌疑人采取措施。

多数刑法教科书认为，《刑法》第9条属于对普遍管辖原则的规定。但是，我们认为，在刑法上采取世界性原则与各国对国际犯罪行为行使刑事管辖权是两种性质不同的刑事管辖权，两者是有严格区别的。国际犯罪行为是国际法和国际条约规定的犯罪行为。对这种犯罪行为行使刑事管辖权，是国家根据国际法（并将国际条约转化为国内法）而享有的权力。采取世界性原则对一些犯罪行为行使刑事管辖权，是国家根据本国的国内法而享有的权力，并不考虑是否已经有国际法的肯定与支持，所以，世界性原则也可以称之为帝国主义原则。现在，世界上绝大多数国家的刑法没有采用世界性原则，但这丝毫没有影响它们根据国际法和国际条约对国际犯罪行使刑事管辖权。我国也是如此。我国依照本国刑法惩罚国际犯罪，或者依据国际公

约对国际犯罪嫌疑人予以引渡、遣返，既是保护原则的自然要求——保护包含着我国国家利益在内的国际社会共同利益，也是遵循国际条约承担条约义务的具体表现。我国《刑法》第9条的规定为履行国际公约规定的国际义务提供了依据，但并不意味着我国《刑法》采取了世界性原则或者说普遍管辖原则。当然，由于国际犯罪是侵犯国际社会共同利益的犯罪，采取世界性原则行使刑事管辖权自然会将国际犯罪包含在适用对象范围内，而且属于世界性原则适用对象范围的核心犯罪。在这一意义上，也可以将一国追究国际犯罪的刑事责任视为依照普遍管辖原则行使管辖权。但是，对于外国人在外国实施的国际犯罪以外的其他没有侵犯我国国家和公民利益的犯罪，我国不能依据普遍管辖原则行使刑事管辖权，只能依照双边或者多边条约协助他国追究有关外国人的刑事责任。

案例3-2：被告人阿利穆拉多夫·沙米利·哈吉-奥格雷，男，23岁，苏联国籍，飞机副驾驶员。1985年12月19日，被告人与机长阿布拉米扬·维·谢等机组人员，在苏联境内驾驶民航客机执行航班任务。被告人登机时将事先准备好的一把折叠刀和一块重2.8公斤的长条锰钢带入飞机驾驶舱。北京时间7时30分许，该机载客38人，由雅库茨克飞往伊尔库茨克。12时30分许，当该机航行至东经118°06'00"、北纬52°40'00"上空时，被告人趁领航员日哈列夫·斯·维上厕所之机，以机舱出现机械故障为由，将机械师奥西波夫·弗·伊骗出驾驶舱，随即锁上驾驶舱门，扭动自动驾驶仪，持刀威逼驾驶飞机的机长阿布拉米扬·维·谢说：“你老实点，不然的话，我杀死你。”逼迫机长向中国方向飞行。机长当即踩踏报警信号，被告人发现后，即威逼机长关闭信号。机长被迫改变航向，使飞机飞入我国领空。14时30分许，该机降落在我国黑龙江省甘南县长吉岗乡农田里。

被告人奥格雷，以暴力胁迫手段，劫持飞行中的民用航空器，飞入我国境内，其行为危害了公共安全，已构成犯罪，应予惩处。我国对被告人奥格雷劫持飞机一案享有管辖权，根据是：我国政府于1978年11月和1980年10月分别加入国际反劫持民用航空器恐怖活动的《东京公约》《海牙公约》《蒙特利尔公约》，而且，犯罪行为（一部分）和犯罪结果发生在中华人民共和国领域内，即在我国领域内犯罪。据此，1986年3月4日，哈尔滨市中级人民法院依法组成合议庭，对该案公开审理。哈尔滨市中级人民法院比照1979年《刑法》第107条（破坏交通工具罪）规定，类推定罪判刑，以劫持飞机罪判处被告人奥格雷有期徒刑8年。1986年3月18日，黑龙江省高级人民法院依法报请最高人民法院核准。1986年3月28日，最高人民法院裁定核准哈尔滨市中级人民法院以劫持飞机罪判处被告人奥格雷有期徒刑8年的刑事判决。

资料来源：《最高人民法院公报》1986年第2期。

四、对单位的效力

刑法总则关于刑法空间效力的规定应同样适用于单位犯罪，由于单位犯罪的特殊性，刑法对单位的效力亦有其特殊性。

(一) 单位国籍的特殊性

自然人区分为中国公民和外国人，单位也应当区分为中国单位与外国单位。凡在我国批准登记设立的法人，属于中国法人；凡不在我国批准登记设立的法人，都是外国法人。我国刑法对中国法人的效力，与对中国公民的效力相同；我国刑法对外国法人的效力与对外国人的效力相同。

(二) 对单位效力的双重性

由于单位犯罪大多要实行双罚制，因此，刑法对单位的效力，除了对单位组织的效力外，还有对自然人（单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员）的效力，刑法对单位犯罪的效力表现为双重性。在这种情况下，很可能出现对两种犯罪主体的效力不相同的情况，如单位是中国法人而自然人是外国人，或者相反。在这种情况下，刑法对这两种犯罪主体（单位和自然人）的效力，应依据刑法的有关规定分别加以确定。

五、外国刑事判决的效力

根据《刑法》第10条的规定，无论是中国公民还是外国人，凡在我国领域外犯罪，依照我国刑法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。这一规定表明，我国作为一个独立自主的主权国家，并不受外国法院判决的约束，但是，如果犯罪人在外国已经受过刑罚处罚，那么从人道主义原则出发，应当实事求是地对待这一情节，可以考虑对其免除或者减轻处罚。

如果我国与外国签订有移管被判刑人双边条约，则会根据条约的规定，彼此承认并执行对方国家法院的刑事判决。我国可以将被我国法院判处徒刑或者以其他形式剥夺自由的犯罪人移交其本国服满刑期，同样，外国可将被该国法院判处监禁或者以其他形式剥夺自由的我国公民移交我国服满刑期。目前，我国已经与俄罗斯、乌克兰、西班牙等多个国家签订移管被判刑人双边条约。

第二节 刑法的时间效力

一、刑法的生效时间

刑法的时间效力，是指刑法在时间上的适用范围，即刑法的生效时间、失效时间以及对刑法生效前的行为是否适用即是否具有溯及力。

刑法的生效时间通常有两种规定：一是从刑法公布之日起施行；二是在公布一段时间后施行。大多数单行刑事法规的生效时间，采取第一种办法。例如，1951年4月19日中央人民政府政务院公布的《妨害国家货币治罪暂行条例》（现已失