

# 刑法学讲义

罗翔 著



CRIMINAL LAW  
LECTURE NOTES

# 目录 Contents

[扉页](#)

[前言 每一次学习都是为了追求智慧](#)

[第一章 刑法基础知识](#)

[刑法：犯罪人的大宪章](#)

[001 刑罚的起源](#)

[002 刑法是道德伦理的最低要求](#)

[003 不受约束的刑罚权，比犯罪更可怕](#)

[刑法的基本原则](#)

[004 罪刑法定原则：对权力的严格约束](#)

[005 空白罪状怎么填](#)

[006 罪刑相当原则：罪刑的标尺](#)

[007 刑法面前人人平等原则：并非多余的重复](#)

[刑法的解释](#)

[008 理解法律的关键：解释法律](#)

[009 刑法解释的范围与实质](#)

[010 举轻以明重，举重以明轻](#)

[011 刑法解释，朝着良善进行](#)

[刑法的效力](#)

[012 刑法的空间效力](#)

[013 刑法的时间效力](#)

[第二章 犯罪](#)

[犯罪和责任](#)

[014 犯罪的概念和分类](#)

[015 危害行为的作为与不作为](#)

[016 见死不救，是否应该定罪](#)

[017 刑法中的因果关系](#)

[018 不知者无罪](#)

[019 过失犯罪与无罪过事件](#)

[020 目的与动机](#)

[犯罪排除事由](#)

[021 正当防卫](#)

[022 紧急避险](#)

[023 责任排除事由](#)

[024 刑事责任年龄需要下调吗](#)

[025 法律认识错误](#)

[未完成的犯罪](#)

[026 犯罪预备](#)

[027 犯罪未遂](#)

[028 犯罪中止](#)

[共同犯罪](#)

[029 共同犯罪的概念](#)

[030 正犯与共犯](#)

[031 共同犯罪的中止](#)

[032 中立的帮助行为](#)

[第三章 刑罚](#)

[刑罚及种类](#)

[033 刑罚体系](#)

[034 主刑](#)

[035 死刑的存与废](#)

[036 附加刑](#)

[037 社区矫正](#)

[刑罚的裁量与消灭](#)

[038 量刑](#)

[039 自首](#)

[040 累犯和缓刑](#)

[041 刑罚的消灭：减刑和假释](#)

[第四章 危害公共安全罪](#)

[危险方法类犯罪](#)

[042 危险方法类犯罪](#)

[043 投放危险物质罪](#)

[044 以危险方法危害公共安全罪](#)

[事故犯罪](#)

[045 交通肇事罪](#)

[046 危险驾驶罪](#)

[第五章 破坏社会主义市场经济秩序罪](#)

[伪劣商品犯罪](#)

[047 生产、销售伪劣商品罪](#)

[048 食品安全](#)

[049 生产、销售假药罪](#)

[走私与公司犯罪](#)

[050 走私罪](#)

[051 妨害对公司、企业的管理秩序罪](#)

[金融犯罪](#)

[052 贷款诈骗罪和骗取贷款罪](#)

[053 洗钱罪](#)

[054 非法集资犯罪](#)

[055 集资诈骗罪](#)

[056 信用卡诈骗罪](#)

其他经济犯罪

057 侵犯著作权罪

058 合同诈骗罪

059 非法经营罪

第六章 侵犯公民人身权利、民主权利罪

生命健康

060 故意杀人

061 自杀行为

062 协助自杀

063 故意伤害罪

064 组织出卖人体器官罪

性自由权

065 强奸罪

066 性同意年龄

067 强奸罪的加重情节

068 职场中交易与强奸

069 猥亵与强奸

侵犯自由

070 非法拘禁罪

071 绑架罪

072 拐卖妇女、儿童罪

073 收买被拐卖的妇女、儿童罪

婚姻家庭类

074 婚姻自由

075 虐待和遗弃

076 家庭暴力

077 侵犯名誉和民主权的犯罪

第七章 侵犯财产罪

强制占有型的财产犯罪

078 财产及侵犯财产罪

079 抢劫罪

080 加重型抢劫

081 抢夺罪

082 敲诈勒索

083 索赔是正当权利

平和占有型的财产犯罪

084 盗窃罪

085 诈骗罪

086 特殊的诈骗

087 侵占罪

第八章 妨害社会管理秩序罪

[扰乱公共秩序罪](#)

[088 妨害公务罪](#)

[089 招摇撞骗罪](#)

[090 考试舞弊犯罪](#)

[091 虚假信息和虚假恐怖信息](#)

[092 寻衅滋事罪](#)

[妨害司法罪及卖淫罪](#)

[093 律师伪证罪](#)

[094 组织卖淫罪](#)

[第九章 贪污贿赂罪](#)

[贪污犯罪](#)

[095 贪污犯罪](#)

[096 贪污罪](#)

[097 挪用公款罪](#)

[贿赂犯罪](#)

[098 受贿罪](#)

[099 五种受贿类型](#)

[100 死刑能遏制贪腐吗](#)

[101 行贿罪](#)

[102 利用影响力受贿罪](#)

[写在最后](#)

扉页

# 刑法学讲义

罗翔  
著

 云南出版集团  
 云南人民出版社

图书在版编目（CIP）数据

刑法学讲义 / 罗翔著. -- 昆明 : 云南人民出版社, 2020.7

ISBN 978-7-222-19372-7

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2020)第111797号

责任编辑：刘娟

责任校对：吴虹

责任印制：马文杰

刑法学讲义

XINGFAXUE JIANGYI

罗翔 著

出版 云南出版集团 云南人民出版社

发行 云南人民出版社

社址 昆明市环城西路609号

邮编 650034

网址 [www.ynpph.com.cn](http://www.ynpph.com.cn)

E-mail [ynrms@sina.com](mailto:ynrms@sina.com)

开本 710mm×1000mm 1/16

印张 23.5

字数 360千字

版次 2020年7月第1版第1次印刷

印刷 河北鹏润印刷有限公司

书号 ISBN 978-7-222-19372-7

定价 68.00元

版权所有 侵权必究



果麦文化 出品

用良知驾驭我们之所学，  
而不因所学蒙蔽了良知。

## 前言

### 每一次学习都是为了追求智慧

这是一本写给非专业人士的法律书籍，很感恩能有这样的机会。

有人问我，为什么那么多人愿意学习刑法？是因为凶杀、暴力、色情的内容吸引眼球吗？也许有这个因素，但这绝非关键性的原因。

在我看来，包括刑法在内的每一门学科都可以引发人们严肃的思考，启迪人们对真理的向往，每一个人都有学习看似艰深的专业知识的能力。如果把人类的知识比作一棵大树，刑法不过是这棵大树中一根极小分枝中的枝条。但这根枝条依然有对普遍真理的追求，正是这种对真理的追求拨动了人们的心弦。

法律要追求公平和正义，刑法更是如此，如果没有对客观真理的持守，法律必然沦为一种工具，技术主义的法学思维就可以为任何结论提供精致的论证，同时也以所谓的专业意见拒绝民众一切的意见与质疑。

人类的有限性，让我们无法获得对世界的整体性认识。我们对真理每一个面相的把握如同盲人摸象，任何知识都需要接受必要的怀疑，以摆脱知识的独断与傲慢。

但怀疑的目的是为了相信，是为了在追求真理的道路上稳步前行，而不是拒绝甚至虚无真理。我们的有限性决定了法律所追求的正义是有瑕疵的，但并不代表正义是不存在的。

大象是客观存在的，它并非人类的假设，虽然我们只能摸着它的一部分，但无数摸象的人也许能够尽量拼凑出象的整体。因此，永远不要在自己看重的立场上附着不加边际的价值，要接受对立观点的合理性。专业人士也必须俯下身段，倾听民众朴素的智慧。

作为学者，我们时常生活在一种幻象之中，认为真正的知识一定是高雅的，大众传播都是下里巴人，娱乐至死。但这是一种傲慢与偏见，甚至是另一种形式的不学无术。真正的知识一定要走出书斋，要影响每一个愿意思考的心灵。

每一个人都拥有学习的能力与权利，每一种学习从根本上都是对普遍真理的回应。因此，所有的专业都具有大众性，都可以从不同方面满足人们对真理的追求。

很高兴，我能走上普法的剧场，普及法治的观念。亚里士多德定义法治的基本内涵有二：良法而制、普遍遵守。法律永远要追求共性的良善，去真正满足每个人心灵深处的正义感。唯此，法律才可能获得普遍的遵守。

这种对正义的渴望本身就存在于民众的内心，我们只不过用专业的刑法语言去召唤、去共情、去倾听、去启发人们内心对正义的向往。

我们学习知识，是为了追寻它背后的智慧。在知识爆炸的今天，每个人都有一定的知识焦虑感。可是我们的生命是有限的，不可能追逐无限的知识。

这本书无法让你立刻成为刑法学专家，但能够为你提供相对完整的刑法体系，从犯罪论、刑罚论，再到具体罪名的定罪量刑，学会用法学思维去看现实事件。我会在你熟悉的实际案例，甚至张三的犯罪故事中运用刑法学进行分析，有些观点很可能会颠覆你对于法律的认知，但这都能让你培养出独立、睿智的思维方式，启发你带着法律的智慧回归到日常生活和工作中去。

有人曾经问智者，智慧是什么？智者给了他三个锦囊，说这里有三种智慧，涵盖了人生中一切智慧的精华。

第一个锦囊中写着谦卑。

第二个锦囊中写着谦卑。

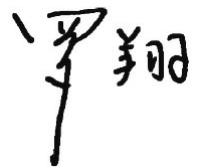
第三个锦囊中还写着谦卑。

苏格拉底说，承认自己的无知乃是开启智慧的大门。

作为一个刑法老师，我时常在与其他专业朋友的交流中发现自己的有限和愚蠢，自己的虚伪与虚荣。

我一直觉得，自己所得一切皆非所配。很多的荣光不过草船借箭，众人将我不该有的荣誉投射于我。既然登上普法的舞台，就希望能够演好给定的剧本，并从容接受下场的命运。

亲爱的朋友，让我们在每一次的学习中追求智慧，寻找人生的使命，对抗虚无与虚荣。

Handwritten signature in black ink, reading '罗翔' (Luo Xiang).

# 第一章

## 刑法基础知识

# 刑法：犯罪人的大宪章

## 001 刑罚的起源

刑法，是规定犯罪和刑罚的法律规范的总称。换言之，任何一部法要被称为刑法，一定有两个部分：一个是犯罪论，一个是刑罚论。

秦朝末年，刘邦进咸阳后，为了取得民心，将关中父老豪杰招聚一堂，约法三章，不论是谁，都要遵守三条法律：杀人者要处死，伤人者要抵罪，盗窃者也要判罪。约法三章的第一条“杀人者死”，就是一个非常典型的刑法规定，犯罪论的表述是“杀人”，刑罚论的表述是“死”。

### 神授说

刑法发展的一个重要方面就是刑罚演变的历史。对于刑罚的起源，古今中外，人们提出过无数假说，众说纷纭，仁者见仁，智者见智。

最古老的学说认为，刑罚起源于“天”，也称“神授说”。中国人将“天”作为万物的起源，君主之权也出自天授，故称“天子”，刑罚权是君主权力的重要体现，自然也来源于天。统治者不过是代天行罚，刑罚源自“圣人因天讨而作五刑”。中国历史最古老的文献之一《尚书·甘誓》记载夏启攻伐有扈氏的檄文，这封檄文相当于战争动员令，在檄文中，夏启说自己奉上天之命令剿灭有扈氏，以“恭行天罚”。

《圣经》记载：“在上有权柄的，人人当顺服他，因为没有权柄不是出于神的。凡掌权的都是神所命的。所以，抗拒掌权的，就是抗拒神的命；抗拒的

必自取刑罚。作官的原不是叫行善的惧怕，乃是叫作恶的惧怕。你愿意不惧怕掌权的吗？你只要行善，就可得他的称赞。因为他是神的用人，是与你有益的。你若作恶，却当惧怕，因为他不是空空的佩剑，他是神的用人，是申冤的，刑罚那作恶的。”（《罗马书》13:1-4）此处所说的“佩剑的权力”就是世俗政权对犯罪施加刑罚的权力。在西方世界，启蒙运动之前，刑罚来源于上帝的授予一直都处于通说地位。

## 战争说

我国传统的观点还认为刑罚起源于战争。古代不少学者认为，刑罚的产生与战争密不可分，《汉书·刑法志》记载：“自黄帝有涿鹿之战以定火灾，颛顼有共工之陈以定水害。……夏有甘扈之誓，殷、周以兵定天下矣”。

刑起于兵、兵刑同一，最初的刑罚就是对在氏族战争中的战败者、叛乱者和违反军纪者的处罚。远古时期，兵刑并未严格区分，奴隶主用甲兵征讨异族，用刑罚来统治已被征服的氏族，兵与刑的区别是“刑外”与“刑内”的关系，如司马迁在《史记·律书》中就说：家庭不能废除教鞭，国家不能取消刑罚，天下也不可能没有战争。刑罚刑内，诛伐刑外。

## 社会契约理论

启蒙运动之后，人们开始不满足于对刑罚起源神秘性的讨论，纷纷提出了其他一些理论，比较典型的是社会契约理论和正义理论。

社会契约理论认为，国家与法的形成，起源于早期人们为了获得生存的社会保障，自愿转让本属于个人的一些自然权利而缔结的社会契约。为了保障自己的利益，缔约者同意如果自己侵犯了公众的利益，就应当接受惩罚。

意大利法学家贝卡利亚以此说阐明了刑罚权的起源，他说：在人类历史的某个阶段，为了争夺利益，人们相互残杀，朝不保夕，他们非常需要有东西来“阻止个人专横的心灵把社会的法律重新沦入古时的混乱之中”，“正是



这种需要迫使人们割让自己的一部分自由，而且，无疑每个人都希望交给公共保存的那份自由尽量少些，只要足以让别人保护自己就行了。这一份份最少量自由的结晶形成惩罚权”。<sup>[1]</sup>

## 正义理论

康德、黑格尔这两位如雷贯耳的德国哲学巨匠则是正义理论的倡导者。这种学说认为社会对犯罪处以刑罚是正义的当然要求。康德说：“如果你诽谤了别人，你就是诽谤了自己；如果你偷了别人的东西，你就是偷了你自己的东西；如果你打了别人，你就是打了自己；如果你杀了别人，你就是杀了自己。”因此国家处罚犯罪人，就是满足犯罪人“报复的权利”，而这样做正是对犯罪人人格的尊重。换言之，国家有义务对犯罪人施以刑罚，“如果不这样做，……是对正义的公开违犯”。<sup>[2]</sup>

黑格尔用否定之否定学说来为刑罚的正义理论背书：犯罪是对法的否定，刑罚是对犯罪的否定，所以刑罚不过是否定之否定，刑罚具有自在自为的正义，加于犯罪人的刑罚不但是自在正义的，因为这种刑罚同时是他自在地存在的意志，是他的自由的定在，是它的法，所以是正义的；不仅如此，而且它是在犯人自身中立定的法，处罚他，正是尊敬他是理性的存在。如果国家不对犯罪人处以刑罚，他就得不到这种尊重。<sup>[3]</sup>通俗地说，惩罚犯罪人其实只是对他理性的尊重。

也许人类的理性很难准确解开刑罚起源的密码，但是上述关于刑罚起源的讨论至少可以给我们一些启发。尤其是社会契约理论和正义理论这两种近代有关刑罚起源的学说，直观地告诉我们为什么刑事立法应当遵循民主程序，以及刑罚有追求正义的内在要求。

刑法是最严厉的部门法，它打击的犯罪是最严重的社会不轨行为，它所施加的刑罚也是最严厉的惩罚措施。我国法律体系由7大法律部门构成：宪法、民商法、行政法、经济法、社会法、刑法，以及程序法。它们都被称为部门法。而《治安管理处罚法》虽然也规定了强制方法，但其严厉程度一般

都轻于刑罚。所以，它不属于刑法。很多人往往把《治安管理处罚法》规定的处罚措施看成刑罚，这是一种严重的误解，《治安管理处罚法》打击的是没有达到犯罪程度的治安违法行为，其措施也只是罚款、行政拘留等行政处罚措施，而不是刑罚。

刑法如此严厉，不到万不得已不应轻易使用刑法武器。刑法具有补充性，只有当一般部门法不能充分保护某种社会关系时，才由刑法保护。如果其他部门法不认为行为违法，那在刑法上也不应该构成犯罪。刑法是补充法，不可能出现不是违法行为，却是犯罪行为的现象。

一个非常经典的案件是帅某骗保案<sup>[4]</sup>，帅某虚构母亲年龄，为其母亲张某向某保险公司投保了康宁终身保险，死亡保险金27万元。根据康宁终身保险条款的规定，凡70周岁以下、身体健康者均可作为被保险人，由本人或对其具有保险利益的人作为投保人向保险公司投保本保险。经查，帅某将母亲户口年龄篡改，将当时已经77岁的老母年龄改小为54岁，使其符合投保年龄，并找他人代为体检参保。三年后被保险人因疾病身故，帅某向保险公司申请保险理赔，要求保险公司支付身故保险金27万元。保险公司发现有诈，遂向公安机关报案。这个案件从表面上看，符合刑法有关保险诈骗罪的规定，但当年的《保险法》第54条的规定，“投保人申报的被保险人年龄不真实，并且其真实年龄不符合合同约定的年龄限制的，保险人可以解除合同，并在扣除手续费后，向投保人退还保险费，但是自合同成立之日起逾二年的除外。”<sup>[5]</sup>也就是说，按照《保险法》的规定，虚构事实的保险合同如果履行了2年以上，那就按有效合同对待，也就不是骗保，显然在刑法上也就不宜以犯罪论处。

想一想

神授说、战争说、社会契约理论、正义理论，你赞同哪种刑罚起源学说？

---

[1] [意大利]贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，

第9页。

[2] [德]康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第165—167页。

[3] [德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第103页。

[4] 帅某保险诈骗案。参考李兰英：《契约精神与民刑冲突的法律适用》，《政法论坛》2006年第6期。反对意见参考张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，清华大学出版社2006年版，第757页；张明楷：《无权处分与财产犯罪》，《人民检察》2012年第7期。

[5] 2015年修正后的《保险法》第16条3款也保留了类似的规定：前款规定的合同解除权，自保险人知道有解除事由之日起，超过三十日不行使而消灭。自合同成立之日起超过二年的，保险人不得解除合同；发生保险事故的，保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。

## 002 刑法是道德伦理的最低要求

从人类有刑法以来，刑法的目的是什么？刑法为了保护什么而存在？

历来有两种针锋相对的观点：一种认为刑法的目的主要是为了维护一定的伦理秩序，叫做规范违反说，犯罪违反了伦理规范，行为本身就是错误的，所以要对它进行惩罚。

与之争锋相对的观点，认为犯罪是对法律要保护的利益的侵犯，惩罚犯罪只是为了保护结果意义上的一种法律利益，这叫做法益侵犯说。

在绝大多数案件中，两种观点得出的结论是一样的：张三把李四捅死了，张三侵犯了李四的生命利益，因此要受到惩罚，此乃法益侵犯说。规范违反说则认为杀人行为本身就违反了伦理规范，是对禁止杀人这个最根本的铁律的违反，故要受到惩罚。

### 法律与正义

在哲学上，关于正义一直有道义论和功利论的争论。道义论关注行为正义，功利论则关注结果正义，上述刑法问题的争论不过是哲学观念之争在法律中的延续。

行为正义最骄傲的表达就是即便天塌下来，正义也必须得到践行。其代表人物是康德，他的经典语录是“道德本来就不教导我们如何使自己幸福，而是教导我们如何使自己无愧于幸福”。1940年6月，德军兵临英吉利海峡，英国遭遇了史无前例的至暗时刻。面对强大的德军，抵抗可能导致英伦三岛千年积累的文明成果化为灰烬。但丘吉尔在演讲中鼓励大家战斗到底，玉石俱焚，在所不惜。与纳粹德国的战争，已经远非军事意义上的征服与被征服，

而是文明意义上的存亡。屈服法西斯的代价，不是战败，而是文明社会的毁灭。如果抵抗导致英国灭亡，那就灭亡吧。

至于结果正义，最为人熟知的就是英国法理学家边沁的功利主义，判断行为对错的最终标准是看行为能否增进人的幸福快乐，法律的正义一定要体现最大多数的最大利益。

这两种观点，人类争论了几千年都没有争论清楚。任何一个问题都有正说、反说和折中说。折中说也许是最符合中道的一种观点。在决定是否发动刑罚权的时候，既要考虑结果正义，又要考虑行为正义。犯罪侵犯了法益，在结果上不正当。同时，犯罪行为也违反了伦理规范，在行为上也不正当。

## 入罪与出罪

首先，在入罪层面上必须考虑行为是否侵犯了法益，如果一种行为没有侵犯法益，那就不构成犯罪。某地曾有桩离奇的伪造货币案，崔某夫妇帮马戏团印制魔术道具货币，伪造的人民币上亿元，美元上千万元，涉嫌伪造的货币与真币有较大差距，纸质粗糙，背面上大多印有“魔术道具”的字样。刑法中何谓伪造货币？伪造货币就是伪造货币。这种直接的规定在理论上被称为简单罪状，因为太过简单，所以不必详细描述。因此，正确理解这些罪名所侵犯的法益就显得尤其必要。

伪造货币罪所侵犯的法益是货币的公共信用，即货币作为一般等价物给人们提供的交易信心。如果市面上假币很多，民众就不敢使用货币，会动摇民众对货币的信心。但如果伪造的货币无法动摇货币的公共信用，那就不能理解为刑法意义上的假币。比如伪造根本不存在的货币，伪造面额250元的假币；又如某村委会为抵销在饭店内的开支，将人民币复印，按其面值盖上村委会公章在该村内部使用假币的行为。假币虽然被制造、发行，甚至在一定范围内进入流通领域，但是民众并不会因为这些假币的存在就不敢使用真币，这种行为显然没有侵犯货币的公共信用，自然不构成伪造货币罪。至于印有“魔术道具”货币字样的货币，当你拿在手上，是觉得可怕还是可笑呢？这不可能侵犯货币的公共信用，所以检察机关撤销了对这个案件的起诉。

基于法益侵犯说，一种行为被规定为犯罪，是因为它侵害了一定的法益。法益理论是对刑罚权在实质上的限制，它使得一个表面上符合法条的行为并不能理所当然被视为犯罪，司法者必须积极加以证明它侵害了一定的法益，否则行为就不构成犯罪。

其次，在出罪层面上必须考虑伦理道德的需要。一种侵犯法益的行为也不一定是犯罪，除非它是伦理道德所谴责的，对于伦理所容忍所鼓励的行为，没有必要发动刑罚权，这是对刑罚权的第二层限制。某女生遭遇张三的性侵，女生拼命反抗，把张三踹到河里面，张三后溺毙而亡。从表面上看，女生符合故意杀人罪的构成要件，同时，从法益侵犯说的角度，行为也不正当。她为了保护她的性权利牺牲了张三的生命权。生命权显然要大于性权利。因此，单纯从法益侵犯说的结果正义立场，女生的行为构成犯罪。但是，这并不符合我国刑法关于正当防卫的规定。对于正当防卫这个法条能够提供完美解释的就是规范违反说，女生的行为虽然侵犯了张三的生命权，但是这种行为在伦理道德上并不值得谴责，甚至是值得鼓励的。正当防卫制度的一个重要立法价值就是鼓励民众和不法侵害做斗争。

### 法律只是一种平衡的艺术

伦理道德当然不能作为入罪的直接依据，刑法只是对人最低的道德要求，不能通过刑法来推崇道德完美主义，否则看似善良的愿望往往会把人类带向人间地狱，用道德取代法律的积极道德主义是刑法要拒绝的。但是刑法也不能和道德相抵触，对于伦理道德所容忍和鼓励的行为，自然没有必要处罚，伦理道德可以作为出罪的依据，用道德来减缓法律的刚性的消极道德主义是合理的。

我国刑法其实就是一种折中说，同时用法益侵犯说和规范违法说两种理论来支撑刑法的正当性，法益作为入罪的基础，而伦理作为出罪的依据，一个表面上符合刑法的行为，不能理所当然被认为是犯罪，除非它侵犯了法益，这是对刑罚权的第一道限制；一个侵犯法益的行为也不必然是犯罪，除非这种行为是伦理道德所谴责的，这是对刑罚权的第二层限制。刑法既考虑

法益侵犯说，又考虑规范违反说，在这两者之间寻找一种平衡。法律其实只是一种平衡的艺术，试图在诸多对立观点中，寻找一种折中，但是永远没有最完美的折中，只有一个相对完美的折中。

行为正义和结果正义在人类历史上已经争论了数千年，古希腊哲学家柏拉图就试图调和这两种矛盾。柏拉图认为正义就是行为本身是正当的，而且通常能带来好的结果。比如，人为什么要诚信，因为诚信本身是对的，而且都能带来好的结果。当然，柏拉图把好的结果拉到了永恒的维度。也就是说即便你现在看不到这个好的结果，但是在永恒中必将看到好的结果。但是现代人很多不再相信永恒，以致行为正义和结果正义始终处于冲突之中。

大家都知道数学中的平行线，但是谁能画出真正意义上的平行线呢？无论你用何种仪器画的平行线，最终都会相交于一点。也许行为正义和结果正义就是人类画的两条平行线，只要足够长，我们所画的平行线依然会相交于一点。

想一想

你赞同行为正义，还是结果正义呢？

## 003 不受约束的刑罚权，比犯罪更可怕

刑法规定了犯罪和刑罚，刑罚是对犯罪的惩罚，而刑法则是对刑罚的约束。

从表面上看，“刑”字从刀，拿人开刀，把开刀的依据合法化就叫刑法，但是如果只是为了惩罚犯罪，真的需要刑法吗？

有一位女士网上发帖，说有两个同村的村民，在她小学7岁的时候就强暴她，现在她才敢出来向公安机关举报。这两个男子在公安机关也承认有过强奸行为，但这个案件已经过了21年，公安机关会处理此案吗？

如果没有刑法，该案能够打击吗？当然可以，法官拍案而起，下令把这种人渣拖出去，犬决。但有了刑法，该案却无法处理，因为现行刑法规定追诉时效最长是20年，只有可能判死刑和无期徒刑的犯罪才可以报最高人民检察院核准追诉。而本案并不属于可以核准追诉的情节，按照刑法规定，它的追诉时效是15年。

可见，如果只想惩罚犯罪的话，根本没必要制定刑法，刑法往往束缚了国家打击犯罪的手脚。

另外一个更经典的案件是1998年深圳的邓某驹案。邓某驹年轻有为，30多岁就当上了深圳沙井农村信用合作社主任，不到3年贪污公款2.3亿，包养了5个情妇。凭借我们朴素的情感，对邓某驹应该判处什么刑？

你可能想到了死刑，不杀不足以平民愤。但是邓某驹是农村信用合作社主任，按照刑法规定，他不属于国家工作人员，不构成贪污罪，只能构成职务侵占罪，而职务侵占罪的最高刑是15年有期徒刑，最终邓某驹也确实被判处了15年有期徒刑。



你觉得，刑法是惩罚了邓某驹，还是保护了邓某驹？

刑法，不仅惩罚罪犯，也保护罪犯

刑法的机能不是一元的，而是二元的。刑法既要实现惩罚犯罪的保护机能，也要恪守保障罪法人权的保障机能。

古话说，“刑不可知，威不可测，则民畏上也”。如果刑法的使命只是打击犯罪，其实没有必要制定成文刑法。它只需存于统治者的内心深处，一种秘而不宣的刑法较之公开明示的法律，更能打击一切所谓危害社会的行为。刑法理论也是简单明快的：因为你实施了危害社会的行为，所以你犯罪了，那么你就要接受包括死刑在内的一切刑罚，至于具体处何刑罚与你无关，这要看法官的心情。这样的话，一切有关谁应该构成犯罪，谁不应该构成犯罪，也就只能依赖于权力者的个人偏好。正如有学者指出，一个国家对付犯罪并不需要刑事法律，没有刑法并不妨碍国家对犯罪的有效打击和镇压。而且没有立法的犯罪打击可能是更加灵活、有效、及时与便利的。如果从这个角度讲，刑法本身是多余和伪善的，它除了在宣传上有美化国家权力的作用外，反而束缚了国家机器面对犯罪的反应速度与灵敏度。

那么，人类为什么要有刑法？这个问题在300年前，欧洲启蒙思想家们作出了回答：刑事法律要遏制的不是犯罪人，而是国家。也就是说，尽管刑法规范的是犯罪及其刑罚，但它针对的对象却是国家。<sup>[6]</sup>

刑杀之权是一种由国家垄断的暴力。权力导致腐败，绝对权力导致绝对腐败。无论哪种政治体制下的国家权力，都有滥用的可能，至善至美的权力只存在幻想之国，世俗的任何权力都不可能没有瑕疵。

莫须有的岳飞案

南宋绍兴十一年（1142）除夕，年仅39岁的岳飞被宋高宗赐死，罪名为“谋反”。岳飞被捕时，有人劝他向高宗求情，为岳飞所拒。他说：“上苍有

眼，就不会陷忠臣于不义，否则，又能往哪里逃呢？”同为抗金名将的韩世忠一改往日的圆滑与世故，面诘秦桧，认为谋反一事子虚乌有。秦桧支吾其词：“其事体莫须有。”韩世忠怒斥道：“莫须有三字，何以服天下？”岳飞父子后均被处死，遇害之前，岳飞手书八个大字“天日昭昭，天日昭昭”！

在不受约束的国家权力面前，公道正义多么苍白无力。岳飞父子行刑之日，杭州城凄风苦雨，天下冤之，无数人为之泪下。但有冤，又往何申？

如果刑罚权不受法律约束，极度膨胀如利维坦，虽然某些重犯可被处极刑，满足人们刹那的快意，但从此却埋下了一颗定时炸弹，无数良善公民都有可能遭受刑罚，无端罹祸。

欲加之罪，何患无辞，这是一个民族用血和泪换来的对刑法使命的经验总结。岳飞的冤屈告诉我们，比犯罪更可怕的是不受限制的国家权力。在所有的国家权力中，刑罚最为可怕，它直接针对公民的人身、财产和自由，甚至生命，如果这种权力腐化滥用，后果不堪设想。如培根所言，一次犯罪不过是污染了水流，而一次不公正的司法却是污染的水源。在法治社会，刑法不再是刀把子，而是双刃剑，一刀针对犯罪，一刀针对国家权力。

德国法学家拉德布鲁赫，最初是法律实证主义者，认为法律就是人定的规则，不要讨论虚伪缥缈的正义。但是他后来慢慢抛弃了最初的观点，因为他经历了德国第三帝国，也就是纳粹。他深刻地意识到恶法非法，严重偏离正义的人定的规则不能算是法律。他反思刑法，最后留下一句话：“自从有刑法存在，国家代替受害人施行报复时开始，国家就承担着双重责任：正如国家在采取任何行为时，不仅要为社会利益反对犯罪者，也要保护犯罪人不受被害人的报复。现在刑法同样不只反对犯罪人，也保护犯罪人，它的目的不仅在于设立国家刑罚权力，同时也要限制这一权力，它不只是可罚性的缘由，也是它的界限，因此表现出悖论性：刑法不仅要面对犯罪人保护国家，也要面对国家保护犯罪人，不单面对犯罪人，也要面对检察官保护市民，成为公民反对司法专横和错误的大宪章。”<sup>[7]</sup>

想一想

## 罪大恶极就一定要判处死刑吗？

---

[6] 李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第3—4页。

[7] [德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第96页。

## 刑法的基本原则

### 004 罪刑法定原则：对权力的严格约束

法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚，这是法治国家最重要的刑法原则。

1948年，联合国大会通过的《世界人权宣言》规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得被判为犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪时适用的法律规定。”历经不断的进化和试错，罪刑法定原则逐渐发展壮大，并席卷至整个文明世界。

#### 罪刑法定的本质

罪刑法定原则的本质是限制国家的刑罚权，重要的理论来源是权力分立学说。

权力分立学说来源于西方政治哲学对人性幽暗面的洞察。人性中那些天然的良善和道德，时刻面临着各种严酷的试探和特权的侵蚀，并且事实无数次证明，我们的人性最终无法抵制这些致命的诱惑。英国前首相威廉·皮特说：“不被限制的权力倾向于腐化那些拥有它之人的灵魂”。这也印证了阿克顿勋爵的至理名言：“权力导致腐败，绝对权力往往导致绝对腐败。”

孟德斯鸠认为自由只存在于权力不被滥用的国家中。限制权力的最好办法，就是用权力制约权力。国家的立法权、司法权和行政权这三种权力应当分立以制衡。当立法权与行政权集中在一个人或机构手中，自由就不存在

了，因为这个人或机构可能制定暴虐的法律并暴虐地执行这些法律。如果司法权不同立法权和行政权分离，自由也会不存在：如果立法权同司法权合而为一，法官就是立法者，他就会对公民的生命和自由实施专断的权力，而如果司法权和行政权合而为一，法官就掌握了压迫的力量。如果三权集中，那一切都完了。<sup>[8]</sup>

根据权力分立学说，只有立法者才能制定法律，行政机关和司法机关都没有造法权；司法者只能根据法律去判定行为是否构成犯罪，不能超出刑法规范类推定罪。

## 法家与中国古代法律

一个非常有趣的问题是，中国古代是否有罪刑法定思想？

对此问题，向来不乏争论。在肯定说中，有学者以法家作为罪刑法定原则的集大成者，如法家《慎子》所言的“事断于法，是国之大道也”。

法家是罪刑法定的代表吗？

这必须从罪刑法定的精神说起。罪刑法定反对罪刑擅断，使公民免受任意刑杀的恐惧，它必须体现限制国家权力，保障公民自由的基本精神。而法家，无一不是绝对君权论者，主张专制君主拥有立法、司法、行政等一切权力。既然君主权力不受任何限制，又怎能说是罪刑法定呢？<sup>[9]</sup>

当然，如果撇开中国古代的政治背景和文化环境，语词上的“罪刑法定”的确是存在的，如韩非所说的“法不阿贵，绳不绕曲，法之所加，智者弗能辞，勇者弗敢争，刑过不避大夫，赏善不遗匹夫”，《唐律》规定的“诸决罚不如法者，笞三十；以故致死者，徒一年”。

然而，语词中的“罪刑法定”并非真正的罪刑法定。罪刑法定所肩负的限制国家权力，保障公民自由的基本精神在中国古代丝毫没有存在的土壤。

中国古代所谓的“罪刑法定”是扩张君权的体现，它与真正的罪刑法定主义

完全背道而驰。君主口含天宪，随意造法毁法，任意突破法典，隋文帝就曾发怒下令将触犯他的人即时“决杖”。大理少卿赵绰进谏：季夏之月，天地成长庶类，不可以此时诛杀。儒家强调“天人感应”，所以法律规定，立春后秋分前不决死刑。但文帝咬牙切齿地说道，六月虽是万物生产，此时必有雷霆，天道既于炎阳之时震其威怒，我择天而行，有何不可？仍坚持将该犯当场处决。明确道出法外用刑缘由的是唐高宗，当时将军权善才因毁昭陵之树，虽依律只是罢官免职，但高宗硬要将其处死，而且毫不隐讳地说：“善才情不可容，法虽不死，朕之恨深矣，须法外杀之。”

至于法家，强调富国强兵，短期之内立竿见影，“法”只是纯粹的工具，没有独立价值。法家好重刑，严刑峻法，残酷寡恩。《史记·商君列传》记载，商鞅变法，十家编成一什，五家编成一伍，互相监视检举，一家犯法，十家连带治罪。鼓励百姓互相告发，不告发者腰斩，告发者有赏。法家的“法”不能为个体提供庇护，在重刑的阴影下，治下民众无不战战兢兢，即便富贵如太子老师者，也在商鞅变法时因不遵新法而劓鼻、黥墨。

商鞅的个人下场可谓法家的注脚，秦孝公去世，太子即位。曾被割鼻的太子老师公子虔告发商君谋反，派人逮捕商君。商君逃跑到边境关口，欲住客栈。店主不知道他是商君，言：“商君之法，住店之人无证件店主要连带受刑。”商君长叹：“新法之弊竟到这种地步！”商君离开秦国逃往到魏国。魏国人怨恨他曾不讲信用欺骗魏国，大败魏军，拒绝收留，并将商君遣送回秦。<sup>[10]</sup> 后秦惠王对商君行车裂之刑，五马分尸，示众天下，以儆效尤，让人毋学商鞅谋反，商君全家被诛。欲加之罪，何患无辞，法家之“法”何尝能给个体提供免于恐惧的自由，商君变法之初，是否能料想此等下场。

一个是“刻薄少恩”推行专制的法家，一个是保障自由限制权力法治，两者虽一字之差，但却谬之千里。

## 从“法家”到“法治”

罪刑法定起源于1215年英国《大宪章》。当时，英王约翰横征暴敛、穷兵黩武，侵夺贵族权利，贵族遂联合起来反抗。当贵族联军兵临城下，约翰

王内外交困，被逼无奈，签署了《大宪章》。宪章虽然是权力斗争的副产品，但是它体现的“王权有限，法律至上”和保护公民权利的精神却影响深远。该宪章主要内容是贵族和教会的权力不受国王的侵犯。宪章规定：“凡自由民非经依其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。”罪刑法定这一伟大思想宣告诞生。

而在古老的神州，1215年，北京城为蒙古铁骑攻破。忽必烈诞生，偏安一隅的南宋王朝覆灭在即，改朝换代，天命更替不可逆转。但皇权至高至上理念并无任何变化，它还将在新的朝代以相似方式继续延续。

600多年后，清末修律，罪刑法定思想才进入中国。光绪三十四年（1908），清廷颁布《宪法大纲》，规定：“臣民非按法律规定，不加以逮捕、监察、处罚。”此后，宣统二年（1911）颁行的《大清新刑律》明确地规定了罪刑法定原则——法律无正条者，不问何种行为，不为罪。<sup>[11]</sup>虽然《大清新刑律》颁布不久，清朝即土崩瓦解，罪刑法定原则根本没有真正付诸实施，但这毕竟种下了罪刑法定的种子。从此，罪刑法定虽命运多舛，但却顽强地蛰伏于中土大地，期待着春暖花开的那天。

从“法家”到“法治”，这一字之距，我们走了千年，仍然道阻且长，法治伊人，仍在水中央。

想一想

罪刑法定原则，限制了司法权、行政权、立法权中的哪几项权力？

---

[8] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1996年版，第153页。

[9] 陈兴良：《罪刑法定的当代命运》，《法学研究》1996年第2期。

[10] 商鞅曾带兵攻魏，魏国派公子卬领兵迎击。两军对峙，商鞅派人给公子卬送来一封信，写道：“我当初与公子相处很快乐，如今两军对垒，不忍相攻，可与公子当面对面相见，订立盟约，乐饮而罢兵，让秦魏两国相安无事。”魏公子卬信以为真。会盟结束，饮酒之时，商鞅埋伏的士兵突然袭击并俘虏魏公子卬，趁机攻打他的军队，彻底打垮魏军后，押着公子卬班师

回国。

[\[11\]](#) 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社2000年版，第508页。



## 005 空白罪状怎么填

刑法只能由最高立法机关制定，行政机关不能制定有关犯罪与刑罚的规定，这是对行政权本身的限制。

但是，不可能指望刑法规定出犯罪成立要素的方方面面，刑法不可能明确规定“传染病的范围”，也不可能把需要保护的“濒危野生动植物”的具体种类在法条中写明，所以不可避免地要参照其他法律法规。这就是所谓的空白罪状，也即在刑法中对于某个犯罪要素留白，需要参考其他法律法规。比如刑法规定：“违反国境卫生检疫规定，引起检疫传染病传播或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”在确定行为人是否构成此罪时，必须要援引有关国境卫生检疫的行政法规。

### 空白罪状

空白罪状是否符合罪刑法定原则？这存在绝对主义和相对主义的争论。

绝对主义来源于启蒙运动对于权力分立的严格遵从，在贝卡利亚看来，法官如机器一般，只能严格执行立法者的命令，不允许进行任何法律解释<sup>[12]</sup>。至于行政权更是不能对立法权和司法权有任何染指。但这种教条式的罪刑法定很有可能走向自由保障的反面。

绝对的罪刑法定原则非常害怕罪刑擅断，所以对司法权进行了严格的约束。这导致司法能动性的彻底丧失，司法沦为立法者的仆役，无法对立法者的不足进行任何修正，机械司法无法避免。而当立法权一股独大，自由也就岌岌可危。

因此，罪刑法定原则开始从绝对走向相对。一方面从完全否定司法官员

对刑法的解释，到有限地允许解释，司法可以对立法的不足进行填补，司法机械主义应当转变为司法能动主义；另一方面，空白罪状被有限承认，行政也可以对立法的滞后进行补足。

相对主义的立场不仅在理论上可行，也具有现实合理性。在今天这个快速变化的社会，想要通过刑法来明确一切犯罪构成要素是不可能完成的任务。因此，在刑法中留白，允许援引其他法律法规是合理的。但是如果完全放手由其他法律法规规定犯罪构成，那显然也与罪刑法定要求的法律专属性原则相去甚远。

法律永远是一种平衡的艺术，刑法一方面不允许其他法律法规来规定一种全新的犯罪类型，只能对刑法规定的某种犯罪的个别要素进行填补；另一方面也对可以填补空白的行政机关层级有一定的限制。

刑法规定：“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。”换言之，刑法中的空白罪状所援引的其他法律法规，至少也要是国务院制定的行政法规及其他规范性文件，而不包括部门规章和地方性法规。

### 明确的法律是自由的关键

刑法关于犯罪和刑罚的规定应当尽量明确，否则就无法实现法律的指引功能，让公民形成对未来的合理预期。

孟德斯鸠在《论法的精神》一书中曾对火诺利乌斯的法律进行了批评，该法规定：把一个脱离奴籍的人当作奴隶买回家的人或使这个脱离奴籍的人忧虑不安的人，要被处以死刑。孟德斯鸠指出：此法不应该使用“忧虑不安”这样一种含糊不清的表达方式，因为使一个人忧虑不安，完全取决于这个人的敏感程度。<sup>[13]</sup>

模糊的法律很难避免司法官员根据自身偏好进行选择性的执法，任意出入

人罪。在某种意义上，它赋予了执法机关以绝对的权力去任意解释。从政策角度来看，模糊性条款的价值取向是为了社会稳定，“刑不可知，威不可测”，模糊的法律会让人无所适从，从而规规矩矩，但其代价却是彻底牺牲了公民个人的尊严、权利与自由。

这里最典型的例子就是1979年《刑法》中规定的流氓罪。当时的《刑法》规定：聚众斗殴，寻衅滋事，侮辱妇女或者进行其他流氓活动，破坏公共秩序，情节恶劣的，处七年以下有期徒刑、拘役或者管制。流氓集团的首要分子，处七年以上有期徒刑。随后，又出台了特别刑法，将此罪的最高刑提高到死刑。由于流氓罪包含了太多具有道德色彩的词汇，所以无论最高司法机关的司法解释多么详细，都很难区分它与一般违反道德行为的界限，加上“其他流氓活动”这个包容性极大的“口袋”，导致流氓罪的打击面过宽。当时有种说法“流氓罪是个筐，什么都可以往里装”，几乎一切社会生活的不轨行为都可以论以流氓。

四川泸州纳溪一王姓小伙，与同伴打赌，亲了一过路女孩，结果因流氓罪被判死刑；一位男青年为其女友拍了一些穿着较为暴露的照片，因此男青年被判处死刑，女青年论以共犯，被判有期徒刑；还有一青年因酒醉路边小便，结果也被定为流氓罪，判刑15年，送往新疆劳动改造。[\[14\]](#)

1997年3月14日，新的《刑法》通过，流氓罪这个曾经无所不包的“口袋”终于被取消。原来司法解释中某些仅属道德范畴的生活作风行为被除罪化。相关刑法规定及司法解释有关流氓罪的内容被分解为聚众斗殴罪、寻衅滋事罪、聚众淫乱罪和引诱未成年人参加聚众淫乱罪、盗窃罪等，新分解出的罪名全部废除了死刑和无期徒刑。

历史的教训告诉我们，只有明确的法律才能保障公民的合理预期，而这是自由的关键，“所谓绝对的奴役，就是一个人根本无从确定所要做的事情；在这种情况下，今晚绝不知道明天早上要做何事，亦即一个人须受制于一切对他下达的命令”（哈耶克语）。当法律模棱两可，人们无法预知行为后果，司法者适用法律，任凭主观好恶随意解释。欲加之罪，何患无辞，也就无法避免。