

司法部全国法学教材与法学优秀科研成果奖

21世纪中国高校法学
系列教材

主编 陈忠林

刑法总论（第五版）

 中国人民大学出版社

司法部全国法学教材与法学优秀科
21世纪中国高校法学
系列教材

刑法总论 (第五版)

主 编 陈忠林

副主编 李 洁

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

陈忠林 吴大华 李永升 李洁 曾粤兴 冯亚东

林亚刚 朱建华 李昌林 王学沛 李邦友

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总论/陈忠林主编. —5 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2016. 01
21 世纪中国高校法学系列教材
ISBN 978-7-300-19300-7

I. ①刑… II. ①陈… 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 298945 号

司法部全国法学教材与法学优秀科研成果奖

21 世纪中国高校法学系列教材

刑法 (总论) (第五版)

主 编 陈忠林

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

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京昌联印刷有限公司

版 次 2003 年 10 月第 1 版

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

2016 年 1 月第 5 版

印 张 17.25 插页 1

印 次 2016 年 1 月第 1 次印刷

字 数 444 000

定 价 32.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

第五版修订说明

2015年8月29日，第十二届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议终于通过历次刑法修正案中历时最长、社会参与面最广、分歧意见最明显的刑法修正案（九）。这次修订不仅以刑法的方式回应了当前我国出现的一些社会问题，在内容上修改和增订了刑法总则与分则的诸多规定，扩大了刑法调整范围、增添了刑法的调整手段，更是创新了刑事立法的理念，在社会上引起了强烈的反响。为了与刑法修正案（九）的内容相适应，我们根据中国人民大学出版社的要求，组织了这次本教材的修订。

谢谢各位撰写者的辛勤努力，感谢肖洪副教授在本版修订中所做的大量协调、汇总工作，也特别谢谢曾粤兴教授对本版修订提出的许多富有建设性的参考意见。

陈忠林

2015年10月

序 言

经过各位参编者的努力，21世纪高等院校法学系列基础教材中的《刑法》（总论）终于付印。按照本系列教材的编写要求，主编应该有一篇致使用者的“序言”，谈谈本教材的使用问题。本人没有当过什么主编，也没有正经八百地写过什么“序言”。苦思良久，委实不知从何着手。只好借这个机会，就本教材谈谈一些自己的感触。

“世界观即方法论”，关于刑法理论的基本立场可以说也就是学习刑法的基本方法。作为本教材的主编，首先得申明的恐怕是：以“通说”为标准，是本教材编写的原则，不论是理论体系的安排，还是基本观点的论述，都概莫能外。因此，本教材的内容不一定是编撰者们，特别是我个人学术观点的反映。要说明本人刑法理论的基本立场，这里当然不是地方。但是，本人认为：即使仅就说明本教材的使用方法而言，也绝对有必要提醒本教材的使用者注意以下几个基本事实：

1. 刑法是以刑罚为主要调整手段的部门法，是否以刑罚为制裁措施是从形式上区别刑法与其他部门法的唯一标志，也是正确认识刑法的基本属性，建立科学的刑法理论体系的唯一可以进行实证考察的出发点。因此，正确地认识刑罚的内容及所代表的社会关系，是正确理解刑法所有基本范畴的前提。

即使仅仅从表面上考察一下，人们仍不难发现这样两点基本的事实：（1）刑罚权是国家和平时期最具有强制性的权力，刑罚的运用是国家动员了和平时期所有强制性力量（包括立法、司法、行政权中最具有强制性的措施，甚至动用了作为军队的武装警察部队）的结果；（2）刑罚以剥夺或限制作为公民的生命、自由、财产、政治权利等最基本的权益为主要内容。刑罚的这两个特点说明，刑罚这一刑法特有的制裁措施所体现的社会关系，是国家的刑罚权与公民的生命、自由等最基本权利的关系，是作为社会代表的国家的权力与作为社会成员的公民个人的最基本人权的的关系。因此，国家在什么情况下可以限制或剥夺公民的包括生命在内的最基本权利的问题，是整个刑法制度和刑法理论的基础。不论是国家刑罚权的根据还是国家刑罚权的限度，也不论是刑法特有的调整范围还是认定犯罪的根本标准，都只能从对这个问题的回答中来寻求应有的答案。离开了这一点，不论是刑法总论中的刑法任务、功能、基本原则、犯罪的本质与犯罪成立条件、刑罚的根据与运用的方式，还是刑法分论中具体罪刑规范内容的确定，都不可能得到正确的理解。

2. 从国家权力限度的角度考察，用刑罚来剥夺或限制公民个人最基本的权利，对以维护和发展每一个社会成员的福祉为根本目的的国家来说，只能是一种“迫不得已”的选择。

从刑法和其他部门法的关系的角度来考察，国家运用刑罚这一措施意味着：（1）刑法所调整的行为，必须是违反其他部门法的规范要求，但其他部门法的制裁措施已经不能有效地制止的行为。例如，刑罚所处罚的盗窃罪，就是违反民法中有关财产取得规范，但仅用民法中的恢复原状、赔偿损失等制裁手段不可能有效地制止该行为。（2）对上述违反其他部门法规范的行为，如果不运用刑法特有的制裁手段——刑罚——进行调整，相应的法律制度就将从根本上受到威胁。我国刑法规定盗窃公私财产必须数额较大才构成犯罪，其根本原因在于：在我国目前的情况下，数额较小的小偷小摸行为，不会对普通民众的财产所有权构成根本的威胁；但是，如果不将盗窃数额较大的行为作为犯罪来处罚，国家的所有权制度就将荡然无存。

犯罪是应受刑罚处罚的行为这一特点说明:保护从整体上代表全体社会成员福祉的国家法律制度,维护这种法律制度的有效运行,是国家被迫限制或剥夺公民包括生命在内的最基本权利的唯一根据。国家的法律制度及其维护的社会价值与公民的最基本人权之间的关系,是刑法特有的调整对象。对国家法律制度及其维护的社会价值的危害,是犯罪最根本的社会属性。保护国家法律制度及其维护的社会价值免受犯罪的侵害,既是刑法的根本任务,也是刑法的根本功能;既是国家刑罚权的唯一根据,也是刑罚最根本的目的。

3. 犯罪行为,同其他任何人类的行为一样,只能是行为人主观能动性的存在与表现形式,是行为人的意志和意识状态转化为客观现实的结果。所谓“犯罪的社会危害性”,或者说“犯罪行为对刑法保护利益的现实危险”,只能是行为人主观罪过中包含的敌视、蔑视、漠视国家法律制度及其维护的社会价值的态度转化为客观现实的现实可能性。从行为人的角度考察,这既是犯罪的本质,也是行为人承担刑事责任的唯一根据。

犯罪行为是行为人在主观罪过支配下实施的行为,犯罪行为的客观方面只能是主观罪过的内容在现实中的展开:是否是主观罪过中所包含的行为人的意志和意识状态在现实中的展开,是何种主观罪过中所包含的行为人的意志和意识状态在现实中的展开,以及行为人主观罪过中所包含的特定内容在现实中展开到何种程度,是认定一个行为是否构成犯罪、构成何种犯罪、构成犯罪的何种形态的唯一根据。“从前的一切唯物主义——包括费尔巴哈的唯物主义——的主要缺点是:对事物、现实、感性,只是从客体的或者直观的形式去理解,而不是把它们当作人的感性活动,当作实践去理解,不是从主观方面去理解。”^①马克思这段对旧唯物主义的评价,也可以说是对传统刑法理论根本缺陷的精辟剖析。

除上述几点为传统刑法理论所忽视的事实外,也许还有必要在这里重复一些老生常谈的问题。

刑法学是法学,刑法学与法学基本理论是特殊与一般的关系,刑法学的发展绝不能离开法学基本理论的指导,刑法学的成果当然也应该不断丰富和深化法学基本理论的内容。刑法学中法学基本理论相悖的地方不少,当大家发现本教材的内容与法学基本理论不相吻合的时候,希望大家一定要动脑筋认真想一想:这些内容究竟是刑法学特殊性的体现和对法学基本理论的丰富发展,还是偏离了法学基础,需要根据法学基本理论来加以纠正。

刑法是其他部门法的“保障法”,刑法所调整的行为,在绝大多数情况下都首先是违反其他部门法的行为,因此,正确地理解刑法与其他部门法的关系,真正地把握作为刑法前提的其他部门法的具体内容,是真正掌握刑法理论,特别是刑法分则理论的前提和基础。没有这个基础的刑法理论,就成了无根之木、无源之水。如果运用于实践,肯定会出问题。

尽管可能存在不同的看法,但本人始终认为,学习刑法应该坚持“总论为体,分论为用”的方法。刑法总论是全部刑法理论的基础和核心,刑法分论则应是运用刑法总论的理论分析刑法分则规定的罪刑规范的结果。刑法总论当然需要分则中相应的规定来具体化,但是没有认真掌握好刑法总论的内容,可能犯“白马非马”的错误,将完全属于刑法规定的犯罪排除出犯罪的范畴,例如,刑法第17条第2款规定:已满14周岁、不满16周岁的人,犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的,应当负刑事责任。在1997年刑法刚实施时,人们普遍将其中的“故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪”,机械地理解为刑法分则所规定的“故意杀人”等8种罪名,而不是理解为具有“故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡……”这8种性质的行

^① 《马克思恩格斯全集》,第3卷,3页,北京,人民出版社,1960。

为,以致误导实践,造成打人一拳(致人重伤)要负刑事责任,而实施许多比故意杀人还要严重得多的行为(如绑架中杀人)反而不负刑事责任的极端不合理的情况。此外,还可能陷入“指鹿为马”的泥潭,将那些仅仅在形式上符合刑法分则规定的行为统统作为犯罪来处理。例如,刑法第170条并没有明文规定伪造货币罪的数额要求,但如果将该条规定理解为“所有伪造货币的行为,即使伪造1分钱也不例外,起码都应处3年以上有期徒刑”,显然就是一个错误。

最后,不能不谈一下本教材的特点。拿到本教材,大家可能都注意到了本教材每章正文前有【提要】和【重点问题】,正文后有【法律应用】和【课后复习】。这种体例的特点在于:在每章的正文学习之前,能够让使用者事先明确需要掌握的主要内容和重点问题;在每章正文之后的【法律应用】和【课后复习】又给了使用者一个复习掌握各章重点难点的机会。我衷心希望,这种体例能够更有助于初学者逐步进入刑法的殿堂。

本书撰稿人简介及分工如下:

陈忠林

重庆大学教授、法学博士、博士生导师。现为国家社科基金项目法学专家组成员、最高人民法院案例指导专家委员会成员、中国法学会理事、中国刑法学会副会长。有《刑法散得集》《刑法散得集Ⅱ》《刑法的界限》《意大利刑法纲要》《意大利刑法学原理》等专著、译著十余部,在《中国社会科学》《中外法学》, *Rivista Italiana di Diritto Penale e Processuale*, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 等中外杂志上发表论文六十余篇。十余项科研教学成果获省部级一、二、三等奖。撰写本教材第一章、第八章,并担任全书的主编。

吴大华

教授,法学博士、博士生导师。现任贵州省社会科学院院长,中国法学会常务理事、中国人类学民族学研究会副会长、中国民族法学研究会常务副会长、中国犯罪学研究会常务理事、中国刑法学研究会理事,国务院特殊津贴专家、第三届全国十大杰出中青年法学家、教育部第四届“高校优秀青年教师奖”、“新世纪百千万人才工程”国家级人选。有《周易行难——法治演讲录》等14部、合著20部。已在《中国法学》等刊物上发表论文三百余篇。多项教学科研成果获省部级一、二、三等奖。撰写本教材第二章、第三章。

李永升

西南政法大学教授、博士研究生导师、博士后合作导师;中国行为法学会理事、中国行为法学会金融法律行为研究会副会长、中国犯罪学学会常务理事、重庆市刑法学研究会常务理事,国务院学位评估处专家;霍英东教育基金会第六届全国高等院校青年教师奖获得者。主要著作有《刑法学的基本范畴研究》《和谐社会语境下的刑法观沉思》《犯罪构成集合论》《刑法的功能与价值》等专著、教材五十余部,在《中国法学》《法学研究》等杂志发表学术论文两百余篇。撰写本教材第四章、第五章。

李 洁

吉林大学法学院教授、法学博士、博士生导师;兼任中国刑法学会、中国犯罪学会、中国比较法学会副会长。主要著作有《犯罪结果论》《犯罪既遂形态论》《犯罪对象论》等个人专著、教材十余部,先后在《法学研究》《中国法学》《法学论丛》(日本)等中外学术杂志公开发表学术论文四十余篇。撰写本教材第六章、第七章,并担任全书的副主编。

曾粤兴

昆明理工大学法学院院长、云南省地方立法研究院院长、教授、博士生导师；中国法学会、中国刑法学研究会、中国刑事诉讼法学研究会、中国行为法学会、中国警察法学研究会理事，中国立法学研究会常务理事；西南政法大学等高校兼职教授；云南省高校学术委员会委员、法学组召集人。主要著作有《刑法学方法的一般理论》《刑罚伦理》等专著、编著十余部，发表论文百余篇，在《现代法学》《法律科学》《法商研究》《法学家》等杂志发表论文百余篇。撰写本教材第九章。

冯亚东

西南财经大学法学院刑法学教授、博士生导师；兼任中国刑法学会理事、四川省刑法学会副会长、四川省人民检察院专家咨询委员会委员。主要著作有《理性主义与刑法模式》《平等、自由与中西文明》等，先后在《中国社会科学》《法学研究》《法学评论》《中华文化论坛》等刊物发表法学及文化研究论文数十篇。撰写本教材第十章、第十三章。

林亚刚

武汉大学法学院教授、法学博士、博士研究生导师；兼任中国刑法学研究会常务理事、中国犯罪学研究会常务理事。主要著作有《犯罪过失研究》《危害公共安全罪新论》《刑法学教义（总论）》等专著、教材十余部，在国内核心刊物以及国外学术刊物上发表论文一百余篇。撰写本教材第十一章、第十二章。

朱建华

西南政法大学教授、博士生导师。有《侵犯公司企业制度犯罪研究》等个人专著、合作专著、教材十余部，公开发表《论犯罪的社会危害性的内在属性》《论死刑核准规定的法律冲突》《受贿罪“为他人谋取利益”要件取消论》等论文数十篇。撰写本教材第十四章。

李昌林

西南政法大学法学院教授、博士生导师，现任西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心常务副主任；兼任中国刑事诉讼法学研究会理事、中国刑事诉讼法学研究会刑事辩护专业委员会委员、重庆市法学会检察学研究会副会长、重庆市法学会少年法学研究会副会长。在《现代法学》等刊物发表论文五十余篇，主要著作有《从制度上保证审判独立——以刑事裁判权的归属为视角》《民众参与刑事审判比较研究》《最新中华人民共和国刑事诉讼法释义》《专横的正义：美国检察官的权力》等专著（译著），参与撰写《刑法学》《刑事诉讼法学》《经济刑法学》教材数部，参与撰写《刑事被害人救济制度研究》《侦查程序与人权保障——中国侦查程序的改革与完善》等著作十余部，参与翻译《各国法律制度概况》《牛津美国联邦最高法院指南》等著作，主持、主研国家级、省部级课题十余项。撰写本教材第十五章、第十六章、第十七章。

王学沛

广东财经大学教授、刑法学硕士，荷兰莱顿大学法学院访问学者，现任广东省刑法学研究会会长。主要著作有《自首制度论》《中国刑法通论》；主要论文有《我国刑罚的作用初探》《论自首的本质与构成条件》《现代刑法观的重塑》《关于犯罪对象若干观点的质疑》。撰写本教材第十八章、第十九章。

李邦友

中央财经大学法学院教授、博士生导师、院学术委员会委员，西南政法大学兼职教授、博

士生导师，曾任最高人民法院审判员、三级高级法官、最高人民法院应用法学研究所博士后工作站博士后合作导师。代表作《结果加重犯基本理论研究》获得司法部优秀奖、重庆市哲学社会科学二等奖等奖项，在《法学评论》《现代法学》《武汉大学学报（哲学社会科学版）》《法学》《法商研究》等刊物发表学术论文三十余篇。撰写本教材第二十章。

陈忠林

目 录

第一章 刑法规范概述	1
第一节 刑法与刑法规范	1
第二节 中国刑法的发展概况	5
第三节 刑法的根据	8
第四节 刑法的渊源	11
第五节 刑法的解释	15
第二章 刑法的基本原则	24
第一节 罪刑法定原则	25
第二节 刑法面前人人平等原则	29
第三节 罪刑相适应原则	32
第三章 刑法的效力范围	37
第一节 刑法的空间效力	38
第二节 刑法的时间效力	43
第四章 犯罪概念	47
第一节 犯罪的本质	47
第二节 犯罪的一般特征	50
第三节 犯罪的分类	55
第五章 犯罪构成	60
第一节 犯罪构成概说	60
第二节 犯罪构成要件概说	65
第六章 犯罪客体	73
第一节 犯罪客体概述	73
第二节 犯罪客体的种类	77
第三节 犯罪对象	79
第七章 犯罪客观要件	84
第一节 犯罪客观要件概述	84
第二节 危害行为	87
第三节 危害结果	91
第四节 刑法中的因果关系	96
第五节 犯罪的其他客观要件	99

第八章 犯罪主体要件	101
第一节 犯罪主体要件概述	101
第二节 自然人犯罪一般主体要件	104
第三节 自然人犯罪特殊主体要件	110
第四节 单位犯罪主体要件	112
第九章 犯罪主观要件	117
第一节 犯罪主观要件概述	117
第二节 犯罪故意	119
第三节 犯罪过失	125
第四节 犯罪目的	129
第十章 排除社会危害性的行为	133
第一节 排除社会危害性的行为概述	133
第二节 正当防卫	135
第三节 紧急避险	138
第十一章 犯罪的结束形态	143
第一节 故意犯罪结束形态概述	143
第二节 犯罪既遂	145
第三节 犯罪预备	148
第四节 犯罪未遂	151
第五节 犯罪中止	155
第十二章 共同犯罪形态	161
第一节 共同犯罪概述	161
第二节 共同犯罪的形式	165
第三节 共同犯罪人的刑事责任	169
第十三章 罪数形态	177
第一节 罪数形态概述	177
第二节 一罪的种类	178
第三节 数罪的种类	184
第十四章 定罪	187
第一节 定罪概述	187
第二节 定罪的原则和方法	190
第三节 刑法上的认识错误与定罪	193
第四节 危害行为的情节与定罪	196
第十五章 刑事责任概说	200
第一节 刑事责任概述	200
第二节 刑事责任的根据	203
第三节 刑事责任的产生、实现与消灭	204

第十六章 刑罚概述	208
第一节 刑罚的概念和本质	208
第二节 刑罚权及其根据	211
第三节 刑罚的功能	212
第四节 刑罚的目的	213
第十七章 刑罚体系	217
第一节 刑罚体系概述	218
第二节 主刑	219
第三节 附加刑	223
第十八章 量刑	228
第一节 量刑的基本原则	228
第二节 量刑的情节	231
第三节 累犯	234
第四节 自首	235
第五节 立功	238
第六节 数罪并罚	239
第十九章 刑罚的执行	244
第一节 刑罚执行概述	244
第二节 缓刑	246
第三节 减刑	249
第四节 假释	251
第二十章 时效与赦免	255
第一节 时效	255
第二节 赦免	258



第一章

刑法规范概述

□ • 提 要 • □

刑法是国家最基本的部门法之一。刑法规范以认定犯罪与适用刑罚的标准为主要内容，以公民个人与代表社会整体利益的国家法律秩序之间的关系为调整对象。通过“运用刑罚同犯罪作斗争”来“保护人民”的整体利益和公民的合法权利，既是刑法最基本的价值目标，也是规范刑法“惩罚犯罪”等功能的基本标准。我国刑法的形成和发展有悠久的历史，新中国刑法的发展经历了曲折的过程。“有关犯罪和刑罚”事项“必须制定法律”，是我国规范刑法直接渊源的基本原则。刑法规范内容的抽象性、表述文字的多义性、规范对象的多变性，都决定了刑法必须解释。而刑法制裁措施特有的严厉性又决定了刑法的解释必须有不同于其他法律解释的特殊要求。

□ □ □

重点问题

1. 刑法区别于其他部门法的特殊性
2. 刑法的价值根据
3. 刑法解释的必要性及特殊性

第一节 刑法与刑法规范

一、刑法的概念

刑法是人类社会最古老的部门法，是国家最基本的法律之一。“刑法”这一概念，不仅在不同的时代和不同的国家有不同的内容，即使对处于同一时代和同一国家的刑法学家来说，往往也有揭示“刑法”内涵和外延的不同方式。

1. 英美、大陆法系国家的刑法概念

在传统上一直称刑法为“犯罪法”(criminal law)的英美法系国家，一般都倾向于以刑法调整的行为即犯罪成立的条件及后果来说明刑法所包含的内容，认为刑法是处罚犯罪的公法规范。如《牛津法律大辞典》就将刑法定义为“规定何种行为在何种情况下，伴随何种主观或其他因素即被认定为犯罪，即规定应承担受到起诉或惩罚责任的行为及其应受何种惩罚的法律的总和”。

在19世纪后开始将“刑法”称为“刑罚法”(straffrecht)的大陆法系国家,一般倾向于以刑法特有的制裁措施来划定刑法的范围,视刑法为规定刑罚的法律规范。例如,意大利当代著名刑法学家安东里惹就认为,刑法是“国家通过刑罚的威慑来禁止人们特定行为(作为与不作为)的法律规范的总和,即,规定违法者应受刑罚处罚的法律规范的总和”^①。

2. 我国刑法理论中的刑法概念

我国刑法理论在界定刑法的内涵时,一般都比较注意将法的阶级属性与刑法特殊的内容相结合。在法的阶级属性方面,我国刑法学界一般都借用法理学中关于法的一般概念,将刑法归入“掌握国家政权的统治阶级为了维护本阶级的阶级利益和统治秩序,以国家的名义颁布的”法律规范的范畴。就刑法的特殊内容而言,基于对“刑法”这一概念中“刑”字的不同理解,我国刑法教科书中通常有以下三种界定“刑法”的方式。

第一种方式,将“刑法”中的“刑”理解为“刑罚”,认为“犯罪与刑罚构成刑法的主要内容”^②,并据此将刑法界定为“规定犯罪与刑罚的法律规范的总和”。在很长时期内,这一定义曾是我国刑法学界的通说。

第二种方式,以“刑事责任”是介于犯罪与刑罚之间的一个独立的范畴为据,认为“刑法”中的“刑”应该包括“刑事责任”和“刑罚”两个方面的内容,所以,只有将刑法定义为“规定犯罪、刑事责任与刑罚的法律”^③,才可能全面地揭示刑法应有的主要内容。

第三种方式,以“刑罚只是实现刑事责任的方式之一”“刑罚不能与刑事责任并列”为基础,将“刑法”中的“刑”解读为“刑事责任”,所以,就其内容而言,刑法应该是“规定犯罪及其刑事责任的法律规范的总和”^④。

严格地说,以上三种表述方式并没有实质差别,经过解释后,都可以从不同的角度说明刑法的主要内容。但是,如果考虑到(1)是否以刑罚为制裁措施是我国现行法律体系中区别刑法与其他部门法的唯一标志;(2)“用刑罚同一切犯罪行为作斗争”是我国刑法的主要任务(刑法第2条);(3)“应当受刑罚处罚”是任何犯罪必须具备的特征(刑法第13条);(4)无论对犯罪人宣告有罪并判处刑罚,还是对犯罪人宣告有罪并免除刑罚处罚,都是司法机关根据“犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度”,依法运用刑罚的具体结果(刑法第61条),那么,“刑法是规定犯罪与刑罚的法律规范的总和”这一传统的表述方式,似乎能较好地揭示刑法的主要内容。

3. 刑法规范特有的内容

尽管经过解释后,我国刑法理论对刑法内涵的界定都能从不同角度说明刑法的主要内容,但是,显然无法用这些定义来划分刑法与其他刑事法律之间的界限,因为刑法之外的其他刑事法律(如刑事诉讼法、刑事执行法等)也可以说是规定“犯罪和刑罚(刑事责任)”的法律。换言之,目前我国刑法理论主流关于刑法的定义,实际上只是广义的刑事法的定义,而不是作为实体法的刑法的定义。

通过比较可以发现:在所有的刑事法律中,只有刑法规范以认定犯罪和适用刑罚的标准为主要内容,而其他的刑事法律,都不具有这个特点。^⑤因此,我们认为:刑法是规定认定犯罪和适用刑罚的标准的法律规范的总和。

① F. Antolisei, Manuale di Diritto Penale, p. 4.

② 高铭喧主编:《中国刑法学》,1页,北京,中国人民大学出版社,1985。

③ 赵秉志、吴振兴主编:《刑法学通论》,10页,北京,高等教育出版社,1993。

④ 苏惠渔主编:《刑法学》,13页,北京,中国政法大学出版社,1994。

⑤ 如刑事诉讼法以规定查明犯罪和运用刑罚的程序为主要内容,监狱法以规定刑罚的执行为主要内容。

二、刑法的性质

刑法的性质，包括刑法的政治属性和法律属性两个方面的内容。

（一）刑法的政治属性

除原苏联等社会主义国家外，国外的刑法理论一般是从刑法与国家职能、公共利益、社会秩序或道德伦理的关系角度来说明刑法的政治属性。我国刑法理论多从刑法产生的经济基础、刑法的阶级属性等角度，来说明这一问题。如前所述，认为刑法应在本质上定性为“掌握政权的统治阶级，为了维护本阶级的利益和统治秩序，以国家的名义颁布的”法律规范，是目前我国刑法学界的通说。

（二）刑法的法律属性

对于刑法的法律属性，可以从刑法与其他法律的外部联系和内在区别两方面进行考察。前者以刑法在整个法律体系中的地位或归属为主要内容，后者强调的则主要是刑法在调整对象、调整手段、调整方式等方面区别于其他部门法的特性。

1. 刑法在整个法律体系中的地位和归属

关于刑法在整个法律体系中的地位和归属，可以从不同的角度进行归纳，例如，就刑法在国家法制体系中的作用而言，刑法在任何国家都是必不可少的基本的部门法^①；相对于国家的根本大法宪法来说，刑法是必须以宪法为依据，并不能同宪法相抵触的子法；相对于那些没有规定强制性制裁措施，主要靠公民自觉遵守的“应该遵守的法”而言，刑法是国家以最严厉的制裁手段与和平时期全部的强制力来保证实施的“必须遵守的法”；从刑法保护的利益、调整的关系、权利与义务产生的方式等角度考察，刑法属于公法^②；相对于规定解决公民权利、义务冲突过程的规则的程序法而言，刑法属于规定公民在社会生活中的权利、义务的实体法；在实体法中，刑法还属于既有规范一般公民行为的作用，同时又确立司法机关定罪处刑标准的司法法。

由于人们普遍认为刑法不以特定的社会关系领域为自己的调整范围，区分刑法与其他部门法的标准是刑法特有的调整手段而不是刑法特有的调整对象，所以，就刑法规范与其他法律规范之间的关系而言，刑法规范只具有保证其他法律规范实现的作用，或者说只是确保其他法律规范得以实现的制裁措施（正是在这个意义上，刑法又被称为“保障法”）。正是在这个意义上，国外不少政治法律思想家和刑法学家，如启蒙思想家霍布斯、普芬洛夫、边沁、卢梭，德国刑法古典学派大师宾丁、意大利现代刑法学家克里斯皮格尼（Crispigni）等都认为，刑法不是一个独立法律部门。这种观点，显然无法说明刑法自古以来就是一个独立的法律部门的事实。事实上，刑法之所以能成为一个独立的法律部门，绝不仅因为其有惩治犯罪这一特有的功能或刑罚这种特有的调整手段。正如在下面的说明中将提到的那样，刑法以特有的社会关系——公民个人的基本权利与国家的法律秩序之间的关系——为自己特有的调整对象，才是刑法能够与其他部门法一样成为独立的法律部门的根本原因。

^① 我国刑法学界存在认为刑法不仅是部门法，而且还是综合法的观点。参见苏惠渔主编：《刑法学》，17页，北京，中国政法大学出版社，1994。

^② 对“刑法属于公法”这一论断，是存在争议的。如法国著名的《拉鲁斯大百科全书》就将刑法与民法、商法与海商法、国际私法等部门法一起划入私法的范围（参见上海社会科学院法学研究所编：《法学总论》，30～31页，上海，知识出版社，1981）；诺贝尔奖获得者F. V. 哈耶克也“把刑法置于私法范畴之中”（[英] 弗里德利希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》，第1卷，209页，北京，中国大百科全书出版社，2000）。

2. 刑法作为独立法律部门的特殊性

从调整对象、调整方式、调整手段等角度考察，刑法有以下区别于其他部门法的特点。

（1）调整对象的特殊性

刑法作为独立法律部门的特殊性，首先体现为刑法调整对象范围的广泛性、内容的确定性和利益的整体性。

所谓“刑法调整对象范围的广泛性”，是指刑法调整的范围几乎涉及社会生活的全部领域，无论政治、经济、文化，公民与公民之间、公民与政府之间的社会关系，都可能纳入刑法调整的范围。而其他部门法，如宪法、民法、婚姻法、行政法，往往只是调整社会关系的某一方面。

所谓“刑法调整对象内容的确定性”，是指刑法所调整的对象是经其他法律调整后所形成的法律关系。这种社会关系在刑法调整以前，就具有内容确定的特点。而其他部门法调整的对象是处于自然状态的社会关系，在未经相应的部门法调整以前，其内容是不确定的。例如，婚姻关系是一种男女以性别差异为基础结合而形成的社会关系，既是刑法的调整对象，也是婚姻法的调整对象。但是，在婚姻法没有调整以前，婚姻关系的内容是不确定的。例如，单就男女结合的形式而言，现实中就可能有一夫一妻、一夫多妻、一妻多夫或者多夫多妻等多种男女结合的形式。所以，婚姻法在调整婚姻关系时，有根据国家的价值取向来选择、确定婚姻关系具体内容的任务。我国以婚姻自由、男女平等、一夫一妻为基本特征的婚姻关系，就是国家通过婚姻法的调整来确立的。而刑法在调整婚姻关系时，其任务是维护婚姻法所确立的婚姻关系，而不是选择或确立一种不同于婚姻法所确定的婚姻关系，所以，刑法所调整（维护）的婚姻关系，只能是在刑法介入之前已经由婚姻法所确立的婚姻法律关系。事实上，刑法所维护的国家安全和公共安全，社会主义市场经济秩序，公民的人身、民主权利，财产所有权等社会关系的具体内容，都具有在刑法介入之前为其他法律制度所确定的特点。

所谓“刑法调整对象利益的整体性”，是指刑法所调整的社会关系涉及国家与社会的整体利益。刑法只应该调整那些其他法律制度本身的制裁措施不可能有效地制止的行为。这一刑法的基本公理说明：不论刑法所禁止的行为侵害的是何种法律关系，如果不用刑法的调整手段来加以制裁，它们都会使相应的法律制度的存在受到根本的威胁^①，从而严重地危害作为整体的国家的法律秩序。所以，刑法的调整对象不像民法或婚姻法的调整对象那样仅是平等主体之间的财产关系或人身关系，或者像行政法的调整对象那样仅是公民与国家的某种职能之间的关系，而是公民个人与代表社会整体利益的法律秩序之间的关系。刑法这种特有的调整对象，是从实质上划分刑法与其他部门法的标准，也是刑法能够成为独立的法律部门的根本理由。

（2）调整方式的特殊性

国家对社会关系的调整，是通过制定和实现法律规范的内容来完成的。所谓刑法调整方式的特殊性，是指刑法规范产生和实现的特殊性。刑法调整对象的特殊性决定了任何违反刑法规范的行为，都是对国家整体利益的侵犯，因此，刑法规范的制定和实现方式具有其他法律规范不可比拟的强制性。

刑法调整方式的特殊性，首先体现为刑法规范产生的强制性。其他部门法中以权利和义务为基本内容的法律规范，往往包含由当事人双方或一方自行决定的内容（如民法中的契约或行

^① 例如，不用刑法制裁盗窃，国家的所有权制度（注意：这里强调的是包含公私财产所有权在内的“国家的所有权制度”，而不仅是“公私财产所有权”）乃至整个民法制度就可能荡然无存；不用刑法制裁暴力抗拒执行公务的行为，所有的行政法律都可能形同虚设；不用刑法制裁故意杀人行为，国家的任何法律制度就可能彻底崩溃。

政法中的行政法规、行政规章)。而刑法规范中任何具体的权利义务关系,都是由国家立法机关直接规定的,都不以任何一方当事人的意志为转移。即使履行侦查、检察、司法等职能的国家机关,也没有制定任何刑法规范的权力。因此,刑法规范的产生具有其他法律规范无法相比的强制性。

刑法调整方式的特殊性,其次体现为刑法规范实现方式的强制性。由于其他部门法中的权利、义务包含由当事人双方或一方自行决定的内容,所以违反其他部门法规范的行为,是否被追究责任、以何种方式被追究责任,往往可能以当事人双方或一方的意志而转移。但是,在刑法中,除极少数的自诉案件以外,对于所有违反刑法规范的行为,原则上都必须按照法律的规定,通过代表国家的侦查机关、检察机关、司法机关追究犯罪人的刑事责任,并交专门的国家机关执行。追究、实现刑事责任的方式,都基本上不受当事人意志的影响。为了保证刑法规范的实现,国家可以说动员了在平时所有最具强制性的力量。因此,刑法规范的实现,具有任何其他法律规范不可比拟的强制性。

(3) 调整手段的特殊性

刑法调整对象的特殊性,同样决定了刑法调整手段特有的严厉性和迫不得已性。

刑法调整手段的特殊性,首先体现为其制裁措施的严厉性。由于刑法所调整的社会关系是作为整体的法律秩序,涉及公民个人和国家最基本的价值与利益,所以刑法特有的制裁手段——刑罚剥夺公民的人身自由、财产、参与社会政治生活的资格等基本权利为主要的內容,对于那些罪行极其严重的人,甚至还可能剥夺其最根本的权利——作为一切权利的基础和前提的生命权。因此,相对任何其他法律的调整手段而言,刑罚都具有不可比拟的严厉性。

公民的生命、人身自由、财产权利和基本政治权利是现代法治视为神圣不可侵犯的基本人权的核心,而刑法的制裁措施却是以剥夺公民的这些最基本的权利为主要的內容。刑法制裁措施这种无可比拟的严厉性,使得人们不能不以特别的标准来严格地限制这种措施的适用范围。“国家只能制定显然必要的法律”(法国《人权宣言》),只有在其他法律制裁措施不能有效发挥作用,并且不用刑法调整,有关的法律制度就会从根本上受到威胁,社会共同生活的基础就会受到严重危害的情况下,国家才能制定刑法规范。这不仅是启蒙思想家的呼唤,更是当代刑法赖以存在的基础和现代法治一项最基本的原则。只要不是出于保护公民的生命健康、人身自由、财产权利和政治权利免受更大侵害这种迫不得已的情况,国家就不能运用刑法的制裁措施来剥夺公民的生命、人身自由等最基本的权利。此即刑法制裁措施另一根本的特点——不得已性。“刑法不得已(必要性)原则”“刑法第二性原则”或“分散性原则”等表述,都可以说是国家运用刑法制裁措施不得已性的理论概括。

第二节 中国刑法的发展概况

一、中华人民共和国以前的中国刑法

1. 中国传统刑法的形成与发展

刑法是“法律发展的最初的和最原始的层次”^①,是人类历史上最古老、最基本的部门法。关于中国刑法最初的起源,有关古籍中记载了种种不同的传说。根据现有资料,可以基本肯定

^① [德] 李斯特:《德国刑法教科书》,29页,北京,法律出版社,2000。