

刑法学总论

法学格致文库

穷究法理 探求真知

于志刚 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

刑法学总论

法学格致文库
穷究法理 探求真知

于志刚 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法学总论/于志刚著. —北京: 中国法制出版社, 2010. 9

(法学格致文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2138 - 6

I. ①刑… II. ①于… III. ①刑法 - 总则 - 中国 - 高等学校 - 教材 IV. ①D924. 101

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 164419 号

策划编辑/刘峰 (52jm.cn@163.com) 责任编辑/周琼妮 封面设计/蒋云羽

刑法学总论

XINGFAXUE ZONGLUN

著者/于志刚

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2010 年 9 月第 1 版

印张/32.5 字数/480 千

2010 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2138 - 6

定价: 68.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66067023

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

面向司法者的刑法学

(代前言)

刑法是规定犯罪与刑罚的法律部门，而刑法学是研究刑法的学科。关于刑法和刑法学的起源，理论上一直没有定论，但是关于近代刑法学的起源，意见却相对统一。一般认为，意大利学者贝卡里亚（Cesare Beccaria, 1738 - 1794）发表于1764年的《论犯罪与刑罚》一书，是近代刑法学的奠基之作，贝卡里亚在书中提出的罪刑法定主义、罪刑均衡等原则对于刺破封建专制、罪刑擅断的阴霾具有振聋发聩的意义。因而尽管该书中的论述已经成为今日刑法学教科书上的常识，贝卡里亚作为刑法学大师的地位却牢不可破。此后，经过了两百多年的发展，现代刑法学的局面基本形成。值得一提的是，在刑事立法史上，1810年《法国刑法典》确立了资产阶级学者提出的罪刑法定原则、罪刑均衡原则，开创了总则、分则两立的立法体例，是历史上第一部具有纯粹形式的资产阶级的刑法典。从此，刑法和刑法学双双跨入了近代之门。

大陆法系的刑法学和英美法系的刑法学是当今世界刑法学的两大学术传统和源流。在历史上，伴随着近代殖民和入侵活动，它们曾以不同的方式进入世界其他地区，到今天仍具有巨大的影响力。除此之外，具有鲜明的“地方化知识”色彩的“宗教刑法”、“部落刑法”至今仍在一些地区顽强生存。

新中国刑法学脱胎于苏俄刑法学，苏俄刑法学是在俄国1917年十月革命之后逐渐形成的，但是在学术传承上，苏俄不可避免地受到当时德国、法国、意大利等国刑法学的影响，从这个角度来讲，中国刑法学更接近于大陆法系国家。刑法学是规范之学，不是现象之学、事实之学，它研究的是犯罪怎么样（怎么受到制裁），

而不是犯罪为什么（犯罪的产生、特点），后者是犯罪学研究的内容。规范承载着一定的价值，因而刑法学又是价值之学。刑法是所有法律部门中最具有“暴力”色彩的法律规范，刑罚是和平时国家统治阶级最常使用的暴力工具，因而刑法学具有天然的政治性，这一点没有必要回避。尽管在当前相对稳定的国际环境里，不同法域之间的文化交流越来越频繁，相互之间的制度借鉴也司空见惯，但是刑法的政治性并没有被磨灭，脱离这一点就难以理解刑法中某些规定的真正意义。

犯罪、刑罚与刑事责任是刑法的基本元素，刑法学的研究对象也就围绕它们展开。又因为犯罪、刑罚与刑事责任规定于刑法典或者其他刑事立法文件中，因而刑事立法文件就是刑法学最重要的研究文本。当然，刑法学关注的并非单纯是刑事立法文件（主要是刑法典）的文字表述，而是文字表述后面隐藏的刑法规范、刑法法理，以及刑法规范应用于社会现实的结果。刑事立法与刑法学具有双向的互动关系，一方面，刑事立法或吸收、或抛弃刑法学的研究成果，是对刑法学的扬弃；另一方面，刑法学分析、解释刑法典，为刑事立法的完善贡献智力资源。许多年来，这是刑法学的最主要任务，也最能说明刑法学者的学术贡献。自己的观点能够被刑事立法所接纳，这对任何一个人来说都是很荣耀的事情，而刑法中的某些规定也经常被学者作为支撑自己观点的最权威依据。我把这种以立法完善作为研究导向的刑法学，称为“面向立法者的刑法学”。以学术研究推动法律规则的合理化完善，当然是学术研究的重要使命、基本责任和巨大贡献之一，这在刑事立法草创的时期和频繁更迭的时期更是如此。

但是，这种研究思路却具有明显的弊端。一方面，研究结论进入刑事立法在时间上的不经济性，决定了大多数立法完善式的研究成果在短时间内难以产生现实的社会效益，难以起到推动学术发展的作用；另一方面，将一切问题的解决方法都推给立法，会忽视根据生效的现行法律去解决问题的思索。而作为一门极具实践品格的学科，刑法学赖以安身立命的基础是“解决问题”，不是“发现问题”。发现问题固然非常重要，它能够说明学者的学术敏感性和理

论洞察力，但是唯有解决问题才是检验学者的学术创见、学术贡献的真正依据。以立法完善的方式来解决立法缺陷只是做到了发现问题，不是真正的解决问题的思路。唯有在现有法律框架下寻找到解决问题的方案，才有助于推动刑法理论的进步与革新。为此，有必要提倡“面向司法者的刑法学”的新的研究方法。

法律植根于特定的政治体制、意识形态、经济结构、文化水平、道德观念、民族传统等社会因素，法律不可能是立法者单纯的创造性产物。刑法文本自身不会回答、也无法回答它的规定的合理性与否，刑罚规范的生命力由社会现实去检验，刑法条文的合理性由司法实践去验证。这是我们耳熟能详的常识，它既是“面向立法者的刑法学”与“面向司法者的刑法学”的共同之处，也是它们的分界点。“面向立法者的刑法学”的服务对象是立法者，因而只能去草拟立法完善的建议，也唯有如此，它才能说明自己存在的正当性；“面向司法者的刑法学”的服务对象是司法者，结合层出不穷、花样迭出的司法疑难案例，为司法机关提供案件处理方案是他们的重要使命。在我看来，刑法学的问题性研究应当是刑法理论研究的核心，刑事立法最终还是要为司法服务的。只有接触现实的案例，研究现实的案例，才能在一个个琐碎的解决模式中寻找它们的共同之处，提炼共同的理论命题，实现学术知识的增长。任何脱离实际问题的单纯思想性研究和体系性研究也许会因标新立异而独领一时风骚，却绝经不起时间的历练和时代的淘洗。问题性研究的使命，一是解决司法实践中的燃眉之急，二是增强刑法典条文的生命力，使刑法典保持持久、顽强、旺盛的生命力。事实表明，对刑法文本的内在涵义挖掘得越充分，刑事立法的生命力和可操作性就越强，在没有充分挖掘现有刑法规范的潜力的情况下，贸然增设新罪名，用新的明确、直观的罪名去对应“新”的生活现象，似乎填补了刑法漏洞，完善了刑法罪刑体系，实际上除了将原来的刑法体系弄得支离破碎之外，没有任何收获。

表面上看，以问题为导向、以司法实务为导向的研究思路目前获得了普遍的认可，至少鲜有人会提出质疑，但是这种研究思路并没有真正贯彻下去。在刑法学界，一批青年学者在未吃透刑法典的

情况下就开始从事超规范性的研究，把超规范性研究、思想性、体系性的思考作为治学方向，此种倾向令人感慨；在学术期刊界，除了个别实务性刊物外，多数学术期刊更加偏爱思想性研究的论文而对解决问题式的论文弃之如敝屣，此种导向令人忧虑。近年来，刑法学界对以德国、日本为代表的大陆法系刑法推崇备至，赞叹其理论体系的细腻、雅致与恢宏，感慨其学派论争的繁盛与发达，引进德日的刑法学理论已经成为刑法学界的流行性思潮，以至于不懂德日刑法几乎等于不懂刑法！但是，我们在无限推崇德日刑法学的过程中却忽视了德日刑法学理论基本上是源于现实判例的客观现实。例如，期待可能性理论源于德国帝国法院判处的“惊马案”，新新过失理论则源于日本的“森永牛奶案”。在今天的中国刑法学中，却难以寻觅到具有如此影响力的司法案例，难道是中国司法实践太稀松平常？事实恐怕未必如此。对中国司法实践这一巨大的知识宝藏视而不见，却对他国的刑法理论体系情有独钟；艳羨于德日刑法学的繁荣，却忽视了支撑德日刑法学发展的真正推动力；提倡借鉴他国成熟的理论成果，却抛弃了他国刑法学的研究方法和思考模式，看到了“鱼”却看不到“渔”，这恐怕才是中国刑法学一直在低水平徘徊的根本原因。

刑法典、司法解释与司法案例，是刑法学研究的三大素材，但就对学术研究的价值和贡献而言，它们的作用依次递减。“面向立法者的刑法学”通常为证实刑法典的缺陷而去寻找司法实践中的证据作为支撑；“面向司法者的刑法学”则为现实案件的顺利解决而去寻找刑法典中的法律依据。前者用实践去“背书”理论，后者以理论“辅助”实践。境界高下立判。

不过，对于初学者而言，刑法典是首先学习的对象，刑法教科书又是学习刑法典的必备读物。当前市面上，除了个人独著的刑法教科书日渐成为主流以外，追求写作体例上的创新也成为一大趋势。本书在撰写过程中特别关注了两个细节：一是“稳”，二是“新”。基于“面向司法者的刑法学”的研究思路的提倡，本书在写作体例上遵从了传统刑法教科书的章节安排，以求稳妥，但是，在具体内容上融入了十几年来我在学术研究、教学和

司法实践过程中的一些新思考，并且对传统观点不无反思之处。形式稳而内容新，这也算是对过去研究成果和思索结论的一个阶段性总结。

于志刚

目 录

第一章 刑法概述	(1)
第一节 刑法的概念、分类和渊源	(1)
第二节 刑法的性质、根据和任务	(6)
第三节 刑法的体系、规范和解释	(11)
第二章 刑法的基本原则	(18)
第一节 罪刑法定原则	(19)
第二节 适用刑法人人平等原则	(27)
第三节 罪责刑相适应原则	(32)
第三章 刑法的效力范围	(37)
第一节 刑法的空间效力	(37)
第二节 刑法的时间效力	(45)
第四章 犯罪概念与犯罪构成	(52)
第一节 犯罪概念	(52)
第二节 犯罪构成	(67)
第五章 犯罪客体	(89)
第一节 犯罪客体概述	(89)
第二节 犯罪客体的分类	(95)
第三节 犯罪客体与犯罪对象	(100)
第六章 犯罪客观方面	(104)
第一节 犯罪客观方面概述	(104)

2 刑法学总论

第二节	危害行为	·····	(108)
第三节	危害结果	·····	(123)
第四节	因果关系	·····	(128)
第五节	犯罪的其他客观要件要素	·····	(137)
第七章	犯罪主体	·····	(139)
第一节	犯罪主体概述	·····	(139)
第二节	刑事责任能力	·····	(142)
第三节	与刑事责任能力有关的因素	·····	(146)
第四节	单位犯罪	·····	(158)
第八章	犯罪主观方面	·····	(164)
第一节	犯罪主观方面概述	·····	(164)
第二节	犯罪故意	·····	(168)
第三节	犯罪过失	·····	(179)
第四节	无罪过事件	·····	(185)
第五节	犯罪目的与犯罪动机	·····	(189)
第六节	认识错误	·····	(192)
第九章	正当化行为	·····	(198)
第一节	正当化行为概述	·····	(198)
第二节	正当防卫	·····	(200)
第三节	紧急避险	·····	(211)
第十章	故意犯罪的停止形态	·····	(218)
第一节	故意犯罪的停止形态概述	·····	(218)
第二节	犯罪既遂形态	·····	(222)
第三节	犯罪预备形态	·····	(226)
第四节	犯罪未遂形态	·····	(230)
第五节	犯罪中止形态	·····	(243)
第十一章	共同犯罪	·····	(249)
第一节	共同犯罪概述	·····	(249)

第二节	共同犯罪人的刑事责任	(263)
第三节	共同犯罪的若干特殊问题	(273)
第十二章	罪数形态	(282)
第一节	罪数的判断标准	(282)
第二节	实质的一罪	(287)
第三节	法定的一罪	(301)
第四节	处断的一罪	(309)
第五节	数罪的类型	(315)
第十三章	刑罚概说	(319)
第一节	刑罚的概念	(319)
第二节	刑罚的功能	(324)
第三节	刑罚的目的	(328)
第十四章	刑罚的体系和种类	(335)
第一节	刑罚的体系	(335)
第二节	主刑之一：自由刑	(337)
第三节	主刑之二：死刑	(348)
第四节	附加刑	(353)
第五节	非刑罚处理方法	(365)
第十五章	刑罚裁量	(368)
第一节	刑罚裁量概述	(368)
第二节	刑罚裁量的原则	(371)
第三节	刑罚裁量的情节	(374)
第十六章	刑罚裁量制度	(385)
第一节	累犯	(385)
第二节	自首	(397)
第三节	立功	(410)
第四节	数罪并罚	(417)
第五节	缓刑	(426)

4 刑法学总论

第十七章 刑罚执行制度	(436)
第一节 刑罚执行概述	(436)
第二节 减刑	(440)
第三节 假释	(448)
第十八章 刑罚消灭制度	(456)
第一节 刑罚消灭制度概述	(456)
第二节 追诉时效制度	(463)
第三节 行刑时效制度	(480)
第四节 赦免制度	(487)
第五节 复权制度	(495)
第六节 前科消灭制度	(499)

第一章 刑法概述

打击犯罪，关系到一国统治秩序的稳固；刑罚制裁，关系到公民个人的根本权益。正因为如此，刑法在一国的法律体系中具有重要的地位，是仅次于宪法的最重要的法律部门。

第一节 刑法的概念、分类和渊源

刑法的概念是学习和研究刑法的逻辑起点。同时，刑法的概念、分类和渊源和性质，也是最基本的刑法常识。

一、刑法的概念

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律，即刑法的所有规定都是围绕“犯罪”、“刑事责任”和“刑罚”这几个中心词展开的。具体而言，刑法的内容包括什么行为是犯罪，构成犯罪的主体条件、对犯罪判处何种刑罚以及非刑罚制裁、刑罚适用的基本原则，等等。刑法在有的国家被称为“刑罚法（penal law）”，在有的国家则被称为“犯罪法（criminal law）”，称谓的不同反映了这些国家理解和认识刑法的侧重点不同，但是这对刑法本身没有任何影响。刑法中，犯罪和刑罚是一对基本范畴，在过去，犯罪与刑罚之间具有严格的对等关系，即有犯罪必有刑罚，刑罚是犯罪的唯一法律后果。随着近代刑事学派教育刑理念的兴起，刑罚不再被视为犯罪的唯一法律后果，保安处分作为另一种刑事责任的承担方式逐渐占据了重要位置，甚至与刑罚并驾齐驱。例如，前苏联1924年的《苏联各加盟共和国刑事立法基本原则》以及1926年《苏俄刑法典》完全抛弃了刑罚与保安处分形式上的区别，总称为社会保卫方法，并将社会保卫方法分为司法改造性质的方法、医疗方法和医疗教育方法。^①我国刑法除了规定刑罚外，还规定了“赔礼道歉”、“责令

^① 参见陈兴良著：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第736页。

具结悔过”等非刑罚处理方法,^①因此有的教材将刑法界定为“规定犯罪及其法律后果(主要是刑罚)的法律规范的总和”,^②也是有一定道理的。但是,非刑罚处理方法的出现并不意味着刑罚在刑法中的地位变低,由于非刑罚处理方法往往只适用于轻微的犯罪行为,刑罚仍将是承担刑事责任的主要方式。刑法的定义中还存在一个重要的问题,就是要不要出现“刑事责任”的字句,这牵涉到刑事责任与犯罪和刑罚之间的关系,以及刑事责任在我国刑法中的体系性地位。本书认为,刑事责任是犯罪的法律后果,刑罚是刑事责任的主要承担方式,刑事责任在我国刑法中应当具有独立的地位,因此本书将刑法表述为“是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律”。

二、刑法的分类

依据不同的标准,可以将刑法作不同的分类。

(一) 狭义刑法和广义刑法

狭义刑法就是刑法典,即《中华人民共和国刑法》;广义刑法除了狭义刑法之外,在我国还包括单行刑法和附属刑法。单行刑法的典型代表,是全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》;附属刑法数量较大,典型代表之一就是1991年5月1日起施行的《铁路法》第65条。^③

(二) 普通刑法和特别刑法

普通刑法是指在其生效期限内,其效力范围适用于一国管辖范围内的所有地区和所有人的刑法。刑法典是典型的普通刑法,尽管基于特殊的历史及现实原因,刑法典目前不适用于我国台湾、香港和澳门地区,但是这不影响刑法典作为普通刑法的效力。特别刑法有实质意义的特别刑法和形式意义的特别刑法之分。^④形式意义上的特别刑法是指单行刑法和附属刑法。实质意义上的特别刑法是指为了适应特殊时间(例如战时)、特殊地域、特殊人员(例如军事人员)、特殊事项的调整需要

① 根据刑法第37条的规定,犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚。(根据刑法第61条的规定)定罪免刑仍然是承担刑事责任和依法运用刑罚的结果。

② 张明楷著:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,第19页。

③ 该法第65条规定:“在列车内,抢劫旅客财物,伤害旅客的,依照刑法有关规定从重处罚。”在刑法之外制定了新的从重处罚的规定。

④ 也有的教材称为内容的特别性和形式的特别性。参见阮齐林著:《刑法学》,中国政法大学出版社2008年版,第6~7页。

而专门颁布的刑法，例如，1997 刑法修订之前的《惩治军人违反职责罪暂行条例》就是专门针对军事人员出台的罪刑规范；1997 年刑法修订后，全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》也是特别刑法。按照实质意义的特别刑法的分类，刑法典和附属刑法是普通刑法，单行刑法是特别刑法。

有些教材认为，如果从具体罪刑规范的角度看，刑法典内部存在普通刑法（普通法条）与特别刑法（特别法条）之分。例如，规定军人违反职责罪的刑法分则第 10 章，由于其适用对象限于军人，相对于分则其他章而言就属于特别刑法。^① 本书认为，普通刑法与特别刑法分类的意义在于解决刑法典总则第 101 条的适用，就此而言，将构成要件意义上的特别刑法（条款）和刑法分类意义上的特别刑法等同视之，未必妥当。

（三）形式刑法和实质刑法

形式刑法是指从形式上即可以看出是刑法的法律规范。形式刑法包括刑法典和单行刑法。实质刑法是指从名称上看不出是刑法，但是内容是关于犯罪和刑罚的法律规范。附属刑法是实质刑法。

（四）国内刑法和国际刑法

国内刑法是由主权国家制定的，在其刑事管辖范围内适用的刑法，我国通常理解的刑法就是国内刑法。国际刑法有狭义和广义之分。狭义上的国际刑法是指国与国之间缔结的旨在制裁国际犯罪，维护人类社会共同利益的法律规范。广义上的国际刑法还包括各国之间关于行使管辖权的公约、条约和协定，以及国际刑事司法协助协定。由于国际刑事司法协助属于程序法规范，因此，广义上的国际刑法是刑事实体法和刑事程序法的总和。

三、刑法的渊源

刑法的渊源，又称为刑法的表现形式，是指以某种方式表现出来的具有刑事法律内容的法律规范。在判例法系，刑法案例也是刑法的渊源之一，但是我国奉行的是成文法主义，刑法的渊源只能是通过严格的立法程序制定出来的，以成文形式体现出来的法律规范。目前我国存在的刑法的渊源包括刑法典、单行刑法和附属刑法。

（一）刑法典

刑法典是以“刑法”名字命名的，系统规定犯罪、刑事责任、刑

^① 参见齐文远主编：《刑法学》，北京大学出版社 2007 年版，第 12 页。

罚及其相关内容的法律。《中华人民共和国刑法》是我国的刑法典，该法于1979年7月1日经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通过了修订的《中华人民共和国刑法》，并于1997年10月1日起生效执行。^① 刑法典系统规定了刑法的任务、基本原则和适用范围、犯罪、刑罚，以及具体的罪刑条款，因此是最主要的刑法渊源，具有最权威的法律效力，其他任何刑事法律规范都不得违反刑法确立的基本原则。

1997年刑法修订后，为了适应社会发展的需要，全国人大常委会主要采用了刑法修正案的方式对刑法典进行局部修改。截止到2009年2月28日，已经通过了七部刑法修正案。有些教材将刑法修正案作为刑法的渊源之一，^② 本书认为这一观点是错误的。刑法修正案是在刑法典的基础上对刑法条文的直接修改，应当认为它是刑法典的有机组成部分，不是独立的刑法渊源。同时，根据有关司法解释，起诉书、刑事判决书等司法文书也不必引用刑法修正案，而是直接引用修改后的刑法条文。采用刑法修正案修改刑法的优点，是维护了刑法典的权威性和刑法体系的有序性：统一的刑法典有利于提高司法工作人员的办案效率，减少找法成本；有利于理论研究的便捷，避免学术资源的浪费；有利于对社会公众进行普法教育，使他们快速了解刑法，以免在庞杂的刑法规范文件面前茫然和畏惧，削弱其预测可能性。因此，统一的刑法体系对于公民权利的维护有更大的保障，刑法修正案的形式比单行刑法的形式更加理性、科学、高效。

（二）单行刑法

单行刑法是指以办法、条例、决定或者补充规定等名义颁布的，规定有关犯罪和刑罚的特殊事项的法律。因此，单行刑法又称为特别刑法，在我国台湾地区还被称为“非常态刑法”。1979年刑法颁布之后到1997年刑法修订之前，全国人大常委会陆续制定了23个单行刑法。其中有15个单行刑法纳入到新刑法中或者已经不适用而废止，另外有8个单行刑法中有关行政处罚和行政措施的规定继续有效，有关刑事责任的规定纳入到新刑法中不再适用。1997年刑法修订后，1998年12月29

^① 严格来说，我国只出台了一部刑法典，即1979年刑法典。但是，习惯上往往将1979年颁布的刑法典称为1979年刑法或者旧刑法，而将1997年修订的刑法称为新刑法或者刑法。如无特殊说明，本书所指的刑法典就是1997年修订通过的刑法。

^② 参见齐文远主编：《刑法学》，北京大学出版社2007年版，第10页。

日全国人大常委会通过了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，这是目前仍然生效的单行刑法。另外，理论上有人认为1999年10月30日全国人大常委会通过的《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》也属于单行刑法，^①对此本书认为，《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》虽然存在“对构成犯罪的组织者、策划者、指挥者和骨干分子，坚决依法追究刑事责任；对于自首或者有立功表现的，可以依法从轻、减轻或者免除处罚”等规定，但是，这只是对邪教犯罪处理的宏观政策宣示，是基于刑事政策的指导意见，它没有增加或者改变刑法典的任何规定，因此不能算是单行刑法。^②单行刑法是特别刑法，具有优先适用的效力，即同时存在刑法典和单行刑法的规定时，适用单行刑法的规定。

（三）附属刑法

附属刑法是规定于民法、经济法、行政法等非刑事法律中的刑法规范，由于这些刑法条文附属于其他法律，因此称为附属刑法。例如，1987年1月22日第六届全国人大常委会第19次会议通过的《中华人民共和国海关法》第47条第4款规定：“企业事业单位、国家机关、社会团体犯走私罪的，由司法机关对其主管人员和直接责任人员依法追究刑事责任；对该单位判处罚金，判处没收走私货物、物品、走私运输工具和违法所得。”这是我国法律首次确认单位可以成为犯罪主体，因此该款规定属于附属刑法。据统计，从1979年刑法颁布到1997年刑法修改前，我国共在107个非刑法法律中设置了130多个附属刑法条文，它们对于完善刑法发挥了一定作用。刑法修改时，将大量成熟的附属刑法规范纳入了刑法典中。1997年刑法生效之后，经济法和行政法等法律中仍然存在着诸如“……构成犯罪的，依法追究刑事责任”的条款，例如《著作权法》第47条规定：“有下列侵权行为的，……构成犯罪的，依法追究刑事责任”。理论上虽然普遍认为这些规定“并非真正意义上的附属刑法”，^③但是一般仍然将这些条款视为“附属刑法”的一部分。本书认为，其他部门法律中凡是单纯规定“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的条款，只具有提示性、宣示性、照应性的作用，没有解释、

① 参见曲新久主编：《刑法学》，中国政法大学出版社2008年版，第5页。

② 也有教材提出，如果认为该“决定”并非专门的刑法规范而是行政法，也不妨认为该“决定”的上述内容是附属刑法。参见阮齐林著：《刑法学》，中国政法大学出版社2008年版，第4页。

③ 张明楷著：《刑法学》（第3版），法律出版社2007年版，第21页。