

刑法总论精释

General Interpretation of Criminal Law

主 编 / 陈兴良

副主编 / 周光权



中华女子学院



0353301

人民法院出版社

刑法总论精释

General Interpretation of Criminal Law

主 编 陈兴良

副主编 周光权

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

周光权 劳东燕 王政勋

陈兴良 付立庆 林 维

方 鹏 车 浩 柏浪涛

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总论精释/陈兴良主编. —北京: 人民法院出版社, 2010. 4
ISBN 978 - 7 - 5109 - 0077 - 8

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法 - 总则 - 法律解释 - 中国
IV. ①D924. 105

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 048345 号

刑法总论精释

主编 陈兴良

责任编辑 钱小红 胡玉莹
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550565 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550558 67550559 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市中国画美凯印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 1136 千字
印 张 59.75
版 次 2010 年 4 月第 1 版 2010 年 4 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0077 - 8
定 价 110.00 元

版权所有 侵权必究

序

近年来，随着我国刑事立法与刑事司法的发展，我国刑法理论也有了长足的进步，尤其是随着德、日刑法学知识的传入，我国面临着一个刑法知识的转型问题。在这种情况下，我们共同编写了《刑法总论精释》一书呈现给读者，意在提供一种别有新意的刑法总论的知识框架。本书具有以下三个特点：

第一，三阶层犯罪论体系的引入。犯罪论体系，也就是我们通常所说的犯罪构成体系，是关于犯罪成立条件的体系化知识的总和。在司法实践中，定罪根据是刑法及司法解释的规定，这是没有疑问的。但犯罪论体系为定罪活动提供某种理论指导，从而保证了定罪结果的正确性。由此可见，犯罪论体系对于定罪具有不可低估的作用。我认为，犯罪论体系对于定罪的作用主要体现在方法论意义上，即犯罪论体系是定罪思维方法的一种导引。犯罪论体系具有教义学思考、体系性思考与类型性思考的方法论价值。其中教义学的思考为定罪提供了教义规则，成为法律规定的重要补充，从而满足定罪活动对于规则的需求。而体系性思考节省法官对于案件的事实审查时间，可以在犯罪论体系中找到问题的解决方案，从而满足定罪活动对于逻辑的需求。类型性思考则引入类型学方法，将构成要件作为一种违法行为类型，在类型性的框架中根据犯罪的特征，通过涵摄使一定的案件事实归属于某一法律规定的定罪类型，从而满足定罪活动对于逻辑的需求。正因为犯罪论体系具有重大的方法论意义，其在刑法理论中的体系性地位才得以凸显。

我国目前通行的四要件的犯罪构成体系，这一理论体系是从苏俄引入的。它在过去 30 年的法治建设中曾经发生过重大作用，但随着我国刑事法治的发展，向刑法理论提出了更加精密、更加精细、更加精致的要求，而四要件的犯罪构成体系基于其本身的缺陷，显然不能满足这一需求。在这种情况下，三阶

层的犯罪论体系取而代之正是势所必然。四要件的犯罪构成体系将正当化事由排斥在体系以外，存在结构性缺陷；四要件的犯罪构成体系以社会危害性为中心，使实质判断凌驾于形式判断之上，存在价值性缺陷；四要件的犯罪构成体系在客观要件与主观要件之间没有建立起位阶关系，使客观要件的故意规制机能荡然无存，存在逻辑性缺陷。而三阶层的犯罪论体系则将入罪要件与出罪事由融为一体、实质判断与形式判断妥当安排，客观要件与主观要件合理架构，为定罪活动提供了方法论指导，因而更为可取。

当然，从四要件的犯罪构成体系到三阶层的犯罪论体系，存在一个知识转型，也是知识更新的过程。三阶层的犯罪论体系对于某些司法人员来说，也许是较为陌生的，但是接触以后，还是十分容易掌握的，将其适用于定罪活动也是十分妥当的。因此，我们不应低估司法人员对于三阶层的犯罪体系的接受能力。

在我主编的《刑法学》（复旦大学出版社2003年第1版、2009年第2版）一书中，就在我国刑法教科书中首次采用了三阶层的犯罪论体系。当然，《刑法学》一书包含了刑法总论与刑法各论，由于篇幅所限，对于三阶层犯罪论体系没有予以展开。本书是以刑法总论为主体的，篇幅较大，可以在相当的深度与广度上对三阶层的犯罪论体系展开叙述，因而也是将三阶层的犯罪论体系向司法实践推广的一种有益尝试。毛泽东同志有一句名言：“要知道梨子的滋味，就要亲口尝一尝”，对于四要件的犯罪构成体系与三阶层的犯罪论体系的理论争鸣当然不能说没有意义，但将两种体系在定罪活动中的功效进行比较，我认为是最为可取的，它可以减少无谓的争议。

第二，判例刑法学方法的采用。相对于刑法各论对具体罪名的阐述，刑法总论对犯罪与刑罚的一般原理的阐述是更为抽象的，也是更难掌握的。本书的定位是面向司法实践，因而不能过于晦涩。在这种情况下，本书在理论叙述的过程中，穿插了大量的判例，使理论见之于判例，理论与判例各显其彰。我在这里所讲的判例，也就是最高人民法院所公布的指导性案例，这些案例本身对于司法活动具有指导功能，实际上具有准判例的性质。这些判例主要来自于《最高人民法院公报》、《刑事审判参考》、《中国审判案例要览》等权威性刊物，并经适当剪裁，对于说明、论证某些理论命题具有不可替代的作用。我国

是一个成文法国家，还没有建立判例制度，主要通过司法解释对司法活动进行指导。司法解释相对于法律规定而言，是更为具体的，具有细则性特征。但相对于个案仍然是抽象的规则。而判例则以其个别性、可比照性，显示出法律和司法解释所不具有的对个案处理的参照价值。近年来，我一直致力于判例刑法学的研究，《判例刑法学》（上下卷，中国人民大学出版社2009年版）就是这一研究的最新成果。相对于理论刑法学所具有的文本刑法学性质，判例刑法学是司法刑法学，也是实践刑法学。在本书的编写过程中，我们采用了判例刑法学的研究方法，使本书内容更加贴近司法实践，也更具有可读性，对于传播有关指导性案例也是一种有效的途径。

第三，司法刑法学视角的贯彻。本书写作的目的是为司法人员提供合适的刑法总论读本。因而，我们确立了司法刑法学的理论视角，并将其贯彻全书始终。从刑法学方法论来说，存在立法论思考与司法论思考的区分。立法论是关于法的思考（think about law），而司法论是根据法的思考（think of law）。在立法论中，法是思考的客体，因而对法的反思与批判是应有之义。在这个意义上的刑法学，是立法刑法学。在司法论中，法是思考的依据，因而只能以法律规则作为根据进行逻辑推理，而不能随意地批评法律、指责法律。这个意义上的刑法学，是司法刑法学。司法刑法学的视角，就是法官的视角。法官的职能是将法律适用于个案，因而法律不是被嘲笑与指责的对象，法律是裁判的规则。基于这一司法刑法学的视角，在本书中我们以刑法规定与司法解释为依归，对刑法总论原理进行法理阐述。因此，刑法规定与司法解释就成为我们对理论观点取舍的一个重要标准，也是本书解释的对象。在这个意义上说，本书以实用性作为写作的价值取向，尽量地使本书的内容与相关的法律规定能够有机地结合起来。因此，本书虽然采用的是三阶层的犯罪论体系，但将这一理论用于解释我国的法律规定，这实际上是为我所用，也是使这些来自德日的刑法知识本土化的一种学术努力。

本书是人民法院出版社的约稿，经历了一个较长的写作过程。在写作当中，由我和周光权教授共同确定章节和思路，由来自北京大学法学院、清华大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学刑事司法学院、中国青年政治学院和西北政法大学刑事法学院的作者共同组成一个写作团队执笔完成，最后

由我和周光权教授统改定稿，终于完成了这一合作作品。应当指出，各个章节尽量尊重执笔者的观点，能不改动的尽量不改动。因此，某些观点并不必然代表主编的立场，特此说明。在写作过程中，车浩博士为我的主编工作提供了协助，对此深表谢意。

本书的写作分工如下（以撰写章节的先后为序）：

- 周光权（清华大学法学院教授、法学博士） 第一章、第九章
劳东燕（清华大学法学院副教授、法学博士） 第二章、第十章
王政勋（西北政法大学刑事法学院教授、法学博士） 第三章、第六章
陈兴良（北京大学法学院教授、法学博士） 第四章、第五章
付立庆（中国人民大学法学院讲师、法学博士） 第七章
林 维（中国青年政治学院法律系教授、法学博士） 第八章
方 鹏（中国政法大学刑事司法学院讲师、法学博士） 第十一章、第十五章
车 浩（清华大学法学院博士后研究人员、法学博士） 第十二章、第十四章
柏浪涛（中国地质大学（北京）人文经管学院讲师、清华大学法学院博士研究生） 第十三章

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2010年2月1日

目 录

第一章 刑法概说	(1)
第一节 犯罪	(1)
第二节 刑罚	(9)
第三节 刑法	(13)
第四节 刑法学	(19)
第二章 刑法基本原则	(23)
第一节 罪刑法定原则	(23)
第二节 罪刑平等原则	(51)
第三节 罪刑均衡原则	(60)
第三章 刑法的效力	(68)
第一节 刑法的空间效力	(68)
第二节 刑法的时间效力	(78)
第四章 犯罪论体系	(90)
第一节 犯罪论体系的比较研究	(90)
第二节 犯罪论体系的法理考察	(101)
第三节 犯罪论体系的法律分析	(108)
第四节 犯罪论体系的适用原则	(111)
第五章 该当性	(136)
第一节 构成要件该当性概述	(136)

第二节	主体	(141)
第三节	行为	(157)
第四节	客体	(183)
第五节	结果	(195)
第六节	因果关系	(201)
第七节	客观的附随情状	(230)
第六章	违法性	(233)
第一节	违法性的概念	(233)
第二节	违法性的本质	(236)
第三节	违法性的程度	(245)
第四节	违法性的阻却	(248)
第五节	违法阻却事由之一：正当防卫	(250)
第六节	违法阻却事由之二：紧急避险	(284)
第七节	违法阻却事由之三：超法规的违法阻却事由	(294)
第七章	有责性	(320)
第一节	有责性概述	(320)
第二节	责任形式之一：故意责任	(323)
第三节	责任形式之二：过失责任	(346)
第四节	责任形式的其他问题：犯罪的目的和动机	(364)
第五节	责任形式的欠缺：无罪过事件	(380)
第六节	责任阻却事由之一：责任无能力	(385)
第七节	责任阻却事由之二：欠缺违法性认识的可能性	(415)
第八节	责任阻却事由之三：期待不可能	(420)
第八章	未完成罪	(426)
第一节	未完成罪概述	(426)
第二节	预备犯	(432)
第三节	未遂犯	(441)
第四节	中止犯	(456)

第九章 共同犯罪	(476)
第一节 共犯概述	(477)
第二节 正犯	(494)
第三节 共犯(教唆犯、帮助犯)	(508)
第四节 不成立共同犯罪的情形	(529)
第五节 共犯人的处罚	(535)
第六节 共犯论的其他问题	(541)
第十章 单位犯罪	(556)
第一节 单位犯罪概述	(557)
第二节 单位犯罪的定罪	(566)
第三节 单位犯罪的处罚	(587)
第十一章 竞合论	(604)
第一节 竞合论概述	(604)
第二节 法条竞合	(621)
第三节 想象竞合	(678)
第四节 实质竞合	(693)
第十二章 刑罚体系	(730)
第一节 刑罚概述	(730)
第二节 主刑	(737)
第三节 附加刑	(768)
第四节 非刑处置	(777)
第五节 社区矫正	(783)
第十三章 刑罚的裁量	(788)
第一节 量刑概述	(788)
第二节 量刑原则	(791)
第三节 量刑情节	(798)
第四节 累犯	(817)

第五节	自首	(827)
第六节	立功	(857)
第七节	数罪并罚	(877)
第十四章	刑罚执行	(898)
第一节	刑罚执行概述	(898)
第二节	缓刑	(905)
第三节	减刑制度	(913)
第四节	假释	(920)
第十五章	刑罚消灭	(930)
第一节	刑罚消灭的概念	(930)
第二节	时效	(932)
第三节	赦免	(942)

第一章 刑法概说

规范界定行为性质，塑造个人，约束个人举止。对于违反规范的行为，必须给予相应惩罚，社会秩序才能形成。法律规范与社会形影相随。刑法是一定社会中允许或者禁止公民实施特定行为的规则（行为规范），也是司法机关用于惩罚犯罪的专门规则（裁判规范）。所以，刑法一词，简而言之，就是事关犯罪和刑罚的法律规范。刑法学就是围绕刑法进行规范解释，确定犯罪认定和处理的一般标准的理论。如欲研究刑法学，必须对犯罪、刑罚、刑法等相关范畴进行分析。

第一节 犯罪

一、犯罪的概念

任何现代国家都无不以一种务实的态度承认：犯罪是社会的毒瘤，犯罪的发生，牵动社会的神经，但要彻底消除犯罪是不可能的。犯罪每天都在发生，国家能够做的只能是尽量消除滋生犯罪的土壤，尽可能减少犯罪。对于犯罪的概念，可以从犯罪学、刑事政策学、社会学、伦理学的角度加以揭示，所以对何为犯罪的界定结论，不胜枚举。在刑法学领域，对犯罪概念加以分析，就是对各种具体犯罪内在、外在特征的高度概括。

（一）犯罪的形式概念

从世界各国刑法典的规定看，对犯罪的定义有实质定义和形式定义之分。犯罪的形式概念把犯罪视为违反刑事法律的行为，仅从犯罪的法律特征上给犯罪下定义。例如，法国刑法典曾经规定，犯罪是指“法律所规定的重罪、轻罪、违警罪”。多数大陆法系国家将犯罪视为该当构成要件、违法且有责的行为，这都是对犯罪概念作形式的、限定的解释。

犯罪的形式概念的优点是通过对刑事法的解释来防止恣意的人权侵害现象，较好地维护了形式意义上的罪刑法定原则，而不会仅仅因为行为现实地存在较高的社会危害性、处罚必要性，就从实质的角度出发，对行为给予刑罚处

罚。所以，犯罪具有刑事违法性的观念被一些西方国家刑法所特别强调。

（二）犯罪的实质概念

犯罪的实质概念是从犯罪的本质特征上给犯罪下定义。对此有多种观点：一种观点认为，犯罪的实质是对权利的侵害；另一种观点认为，犯罪的实质是对法益的侵害；还有一种观点认为，犯罪的本质不是侵害法益，而是对义务的违反；最后一种折中的立场主张，犯罪的本质首先是法益侵害，但仅仅认识到这一点还不够，犯罪从根本上看还有规范违反的特征。换言之，把犯罪认定为具有社会规范损害性的行为。犯罪首先违反了社会基本生活规范，偏离社会正常轨道，从而应当受到司法机关的否定性评价。

今天的通说，把犯罪的实质认定为对法益具有侵害性或者威胁性的行为。这里的法益，是指重要的生活利益，包括个人的生命、身体、财产以及其他有助于个体人格发展的个人利益，以及支持这些利益的国家的、社会的利益。按照实质的犯罪概念的观点，犯罪首先违反了社会基本生活规范，偏离社会正常轨道，具有实质的法益侵害或者使法益陷入危险的性质，所以才在形式上违反规范，从而受到司法机关的否定性评价。

一般来说，犯罪的实质概念更为合理。犯罪的实质概念的意义在于：它为刑法划出了一条法制国家的根本性界限——行为不是因为单纯地违反了刑法规范，而是由于它侵害了刑法所要保护的实质内容，才受到刑罚处罚。这里的刑法所保护的实质内容，就是刑法理论上所说的法益，即法律所保护的共同生活利益。

法益概念本身存在含混之处，其意蕴并非不言自明。所以，实质的犯罪概念也隐含着一些危险：可能为了刑事政策上的需要，超越成文法的限制，曲解社会危害性、法益侵害等概念，将形式上并不违法但实质上有侵害性的行为，评价为犯罪行为，而对个人实施打击。在司法上可能导致忽视人权的现象出现，只注重了法律价值的一个侧面，而忽略另一个侧面。由于中国历来重视从现象看本质，犯罪的实质概念不少，而形式概念未得到强调，所以，在强大的社会面前，尤其需要强调保护个人的利益。在这个意义上，肯定犯罪的形式概念有其独特价值。

所以，要在刑法学上对犯罪概念进行界定，就必须考虑：（1）犯罪的形式概念与实质概念的统一。只有这样，才能克服两种界定方法各自所具有的弊端，扬长避短。（2）对于犯罪的形式概念与实质概念应当分阶段考虑。在立法阶段，主要考虑犯罪的法益侵害性。刑法典中对罪名的设计、罪与非罪或者此罪与彼罪的区分，主要取决于立法者对行为的法益侵害可能性的估量，所以，对犯罪及其惩罚的规定与行为可能具有的法益侵害性有关，也与立法者的选择有关。在司法阶段则应考虑犯罪行为的刑事违法性，尤其是定罪量刑时，

强调公民在法律面前人人平等，所以，有罪必罚、无罪不罚、同样行为应当依照刑法的规定给予同样处理，司法官员只能依照刑法的规定行事，而不能在刑法规范之外另立标准。

（三）我国刑法中的犯罪概念

我国刑法在形式与实质的统一上，对犯罪概念作出了界定。刑法第13条规定：一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家，颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪。这一犯罪概念是对各种犯罪现象的理论概括，它不仅揭示了犯罪的法律特征（刑事违法性），而且阐明了犯罪的实质内容（法益侵害性），从而为区分罪与非罪的界限提供了原则标准，是一个比较完整的犯罪概念。

从犯罪的法定概念可以合乎逻辑地引申出犯罪的特征，犯罪特征对于理解犯罪具有重要意义。根据刑法的规定，犯罪具有以下三个基本特征：

1. 刑事违法性。刑事违法性是指触犯刑律，即某一个人的行为符合刑法分则所规定的犯罪构成要件。刑事违法性是犯罪的法律特征，是对犯罪行为的否定的法律评价。在罪刑法定原则下，没有刑事违法性，也就没有犯罪。因此，刑事违法性是犯罪的基本特征。

刑事违法性之违法具有不同于其他违法行为的特殊性。在法理上，违法行为可以分为民事违法行为、行政违法行为和刑事违法行为，此外，还存在诉讼违法行为。违法行为的共同特征是违反法律规定，因此，法律规定是违法行为产生的法律原因。而法律规定是各种各样的，由此形成一个国家的法律体系。在这一法律体系中，刑法具有其他部门法的制裁力量，其规范主要由假定与处理两部分构成。例如，“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”这一刑法规定中，“故意杀人的”是罪状，“处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”是法定刑。罪状就是刑法规范的假定部分，法定刑是刑法规范的处理部分。当行为符合刑法所规定的故意杀人这一假定性条件时，就应当处以死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑这一法定刑。在刑法理论上，刑法规范的假定部分规定的是犯罪构成要件。只有当行为人的行为符合这一犯罪构成要件时，其行为才构成犯罪并被处以刑罚。因此，刑事违法性之违法并非是指对刑法规范中的假定性条件的违反，而恰恰是符合。显然，刑事违法性之违法是指违反作为刑法规范前提的禁止性规定。例如，刑法关于故意杀人罪的规定，表明刑法禁止杀人。当行为符合故意杀人罪的构成要件时，就是违反了刑法禁止杀人的规定。由此可见，刑法的禁止性规定是内在于刑法规范的，一个人的行为是否具有刑事违法性，应以其行为是否符合刑法所规定的犯罪构成

要件为根据。

刑事违法性尽管在其性质上不同于其他违法性，但这并不意味着刑事违法性与其他违法性毫无关系。恰恰相反，在某些情况下，刑事违法性是以其他违法性为前提的，因而存在所谓双重违法的问题。在刑法分则中，某些犯罪是以违反国家规定（刑法第137条规定的工程重大安全事故罪）或违反法律、行政法规规定（刑法第186条第2款规定的违法发放贷款罪）、违反部门规定（刑法第188条规定的非法出具金融票证罪）为前提条件的。尤其是刑法第96条对于违反国家规定含义作出了解释：“本法所称违反国家规定，是指违反全国人民代表大会及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。”因此，在认定这些犯罪的时候，其行为是否具有上述行政违法性就成为确认其行为的刑事违法性的标准。这种情形，在刑法理论上称为双重违法性。

2. 法益侵害性。法益侵害性是指对于刑法所保护的利益的侵害。这里所谓刑法所保护的利益，就是法益。刑法法益是关涉社会生活的重要利益，对此，我国刑法在关于犯罪概念的规定中作了明文列举，这就是国家主权、领土完整和安全、民主专政的政权和社会主义制度、社会秩序和经济秩序、国有财产或者劳动群众集体所有的财产，以及公民私人所有的财产，以及公民的人身权利、民主权利和其他权利。上述法益，可以分为国家法益、社会法益和个人法益，这些法益为犯罪所侵害而为刑法所保护。因此，法益侵害性揭示了犯罪的实质社会内容。

法益侵害行为是刑法明文规定的，因此，行为是否具有法益侵害性，应以刑法规定为根据。在这个意义上说，刑事违法性是法益侵害性的前提。一个行为如果不具有刑事违法性，就不可能具有法益侵害性。因此，超越刑事违法性的法益侵害性是不被承认的，这也是罪刑法定原则的必然要求。由此可见，法益侵害性虽然是对犯罪的实质社会内容的阐述，但它仍然受到犯罪的刑事违法性的限制。在这个意义上说，法益侵害性是刑事违法范围内的法益侵害性。

法益侵害具有两种情形：一是实害，二是危险。实害是指行为对法益造成的现实侵害，例如，故意杀人，已经将人杀死，造成对他人生命法益的侵害。危险是指行为对法益具有侵害的可能，在这种情况下，实际损害并未发生，但法益处于遭受侵害的危险状态，因而同样被认为具有法益侵害性，并具有刑事违法性。在我国刑法中，大多数行为是因为具有法益侵害的实害性而被规定为犯罪，例如，以发生一定的法益侵害结果为法定犯罪构成要件的结果犯就是如此。也有少数行为是因为具有法益侵害的危险性而被规定为犯罪，这种危险包括抽象危险与具体危险。其中抽象危险是指立法推定的危险，在司法活动中无须认定，只要具有法律规定的行为就可构成犯罪。具体危险是指司法认定的危

险，如果不具有这种危险，即使存在法律规定的行为也不构成犯罪。此外，犯罪的预备行为、未遂行为和中止行为，都没有造成法益侵害的实害结果，也是因其具有法益侵害的危险而被处罚。

3. 应受惩罚性。应受惩罚性是犯罪的重要特征，是国家对于具有刑事违法性和法益侵害性的行为赋予的刑罚后果。犯罪是适用刑罚的前提，刑罚是犯罪的法律后果。如果一个行为不应受刑罚惩罚，也就意味着它不是犯罪。应受惩罚性并不是刑事违法性和法益侵害性的消极的法律后果，它对于犯罪的立法规定与司法认定具有重要意义。在立法上，应受惩罚性对于立法机关将何种行为规定为犯罪具有制约作用。对于某种行为，只有当立法机关认为需要动用刑罚加以制裁的时候，才会在刑法上将其规定为犯罪，给予这种行为以否定的法律评价。在司法上，应受惩罚性对司法机关划分罪与非罪的界限也具有指导意义。根据刑法第13条关于犯罪概念的但书规定，某种行为情节显著轻微的不认为是犯罪。这些不认为是犯罪的行为，也是没有必要予以刑罚惩罚的行为。因此，是否具有应受惩罚性也是犯罪的重要特征。

这里应当指出，应受刑罚惩罚与实际受到刑罚惩罚，是两个不同的概念。某行为如果缺乏应受刑罚惩罚性，就不构成犯罪。但犯罪不一定都实际受到刑罚惩罚。刑法第37条规定：“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚。”这种免于刑事处罚是以行为构成犯罪为前提的。这种情节轻微的犯罪行为虽然具有应受惩罚性，但因其不需要被判处刑罚而免于刑事处罚。

此外，刑法第13条在但书部分明确规定：“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”，这是从反面强调何种行为不是犯罪。这里的“不认为是犯罪”是指情节显著轻微危害不大的，立法上不认为其构成犯罪，司法上自然就不能将其作为犯罪处理，因此，对于但书规定，不能理解为情节显著轻微危害不大的是犯罪，只是不作为犯罪处理。

对于但书和犯罪成立条件的关系，以及但书的司法功能问题，需要仔细辨析。多数学者肯定甚至夸大了但书的功能，其中有的学者认为，但书规定具有重要的出罪功能，行为符合犯罪成立要件，仍然可以根据但书规定，在情节显著轻微，社会危害性不大，没有处罚必要性的场合，认定其不是犯罪（“但书排斥犯罪成立条件说”）。还有的学者认为，刑法分则所规定的构成要件是形式化的，但书所规定的行为，从表面上看符合刑法分则某一条文的规定，但因其情节显著轻微，危害不大，实际上不构成该条文所规定的犯罪（“构成要件形式化说”）。但书排斥犯罪成立条件说认为行为符合犯罪成立条件，又可以按照但书规定宣告无罪的观点是值得商榷的。因为刑法第13条所规定的犯罪概念，只是犯罪成立与否的指导形象，而不是认定犯罪的具体标准；但书的规定，也只是出罪的指导原则，而非排除犯罪的具体标准。行为是否成立犯罪，

以行为是否符合刑法分则的罪状规定，具备犯罪成立条件为准。行为不能作为犯罪处罚，是因为行为不符合分则的罪状规定，不具备犯罪成立条件。在行为与刑法分则的规定相一致，符合犯罪成立条件的情况下，又根据但书的规定排除其犯罪性，是自相矛盾的说法，没有坚持构成要件观念，弱化了犯罪成立条件的功能，可能冲击罪刑法定原则。构成要件形式化说没有看到刑法分则关于罪状的规定是将具有处罚必要性的法益侵害行为类型化的实质，刑法分则的规定充分揭示了行为的客观危害性，凡是符合分则各罪规定的行为，都是立法者从形形色色的危害行为中挑选出来的，达到国家不能容忍程度的法益侵害性，必须动用刑罚处罚的行为，而不可能是“情节显著轻微，危害不大的行为”。根据刑法谦抑性的要求，对于情节显著轻微，危害不大的行为，没有必要由立法者作出刑法反应，所以不可能成为分则所明示的构成要件行为。将构成要件形式化，认为行为符合分则的罪状规定，但仍然可以根据但书规定出罪的主张，和法益侵害说以及实质的构成要件观念都不符合。

由此看来，但书规定的功能是有限的，在司法活动中，应当以行为不符合犯罪成立条件为由宣告无罪，而不是直接引用刑法第13条的但书规定为宣告无罪。但书所规定的行为，从实质上看根本不符合刑法分则某一条文的规定，是不构成犯罪的行为。说到底，但书只不过是隶属于评价犯罪的构成要件标准说的提示性、注意性规定，不是法律拟制，不是在认定行为是否构成犯罪的犯罪成立条件理论之外另外提出了出罪标准。换言之，对但书规定必须理解为：行为因为不符合分则罪状的规定，不具备犯罪成立条件，所以，可以被认为“情节显著轻微，危害不大”，从而“不认为是犯罪”。而不能将但书规定理解为行为虽然符合犯罪成立条件，但是由于情节显著轻微，所以不认为是犯罪。从这个意义上讲，只要坚持罪刑法定原则，形成正确的构成要件观念，即使取消刑法第13条关于但书的规定，对于排除某些行为的犯罪性，在司法实务中也不会造成任何困惑，更不会扩大打击面。片面夸大但书功能的观点，实际上是一些想当然的主张；同时没有考虑到但书规定和犯罪成立条件的协调，因而是不妥当的。

二、犯罪的本质

关于犯罪的本质，存在以下三种学说：

（一）权利侵害说

权利侵害说认为，在每一刑法条文背后都体现了权利，犯罪就是侵犯权利的行为。这种学说由 Anselm Von Feuerbach (1775 ~ 1833) 在 19 世纪初提出，在 17 ~ 18 世纪较为流行，强调人生而平等，具有许多自然权利，需要刑法加以保护。但权利侵害说不能解释所有的犯罪。例如，反对宗教的亵渎神灵的行