

职务犯罪概论

范雪峰 ©主编



西安交通大学出版社
XI'AN JIAOTONG UNIVERSITY PRESS

职务犯罪概论

主 编 范雪峰

副主编 雷 霆 常利娟



西安交通大学出版社

XI'AN JIAOTONG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

职务犯罪概论/范雪峰主编. —西安:西安交通大学出版社,
2015. 11
ISBN 978 - 7 - 5605 - 8085 - 2

I. ①职… II. ①范… III. ①职务犯罪—研究—中国
—高等学校—教材 IV. ①D924. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 265044 号

书 名 职务犯罪概论
主 编 范雪峰
责任编辑 何睿瑞 荣 西

出版发行 西安交通大学出版社
(西安市兴庆南路 10 号 邮政编码 710049)
网 址 <http://www.xjtupress.com>
电 话 (029)82668357 82667874(发行中心)
(029)82668315(总编办)
传 真 (029)82668280
印 刷 陕西隆昌印刷有限公司

开 本 787mm×1092mm 1/16 印张 17 字数 310 千字
版次/印次 2015 年 11 月第 1 版 2015 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5605 - 8085 - 2/D · 229
定 价 37.00 元

读者购书、书店添货、如发现印装质量问题,请与本社发行中心联系、调换。

版权所有 侵权必究

前 言

纪检监察专业方向旨在使学生学习马克思主义基本原理、法学、政治学、经济学、党建理论、纪检工作理论等多学科的基本知识;学习纪检监察相关工作所必需的侦查、审讯、审理案件技巧、财税财会以及社会实践的知识和方法;了解纪检监察学科的理论前沿、发展动态,初步形成与基层纪检监察工作相适应的基本素养和职业技能;使之能够成为在党政机关和企事业单位从事纪检监察工作的复合性、应用型人才。

要实现以上人才培养目标,除了《党章》《行政监察法》《纪检监察案件检查实务》等纪检业务课程之外,了解掌握职务犯罪的相关法律理论与知识十分必要。这是因为对国家机关工作人员及其他公职人员违纪违法行为的审理,势必会涉及职务犯罪问题。

职务犯罪不仅是一种法律现象,也是一种复杂的社会现象。对其的认定与防控需要纪检监察机关、检察院、法院、公安等部门的协调配合,也要涉及刑法学、犯罪学、刑事政策学等多个领域。基于不同的研究角度,对职务犯罪问题会产生不同的认识。同一学科内部,对职务犯罪现象亦有诸多不同的观点。从不同层面揭示职务犯罪问题,对于准确把握其内涵、特点及不同的表现形式,具有重要的意义。

首先,刑法学理应作为职务犯罪学习与研究的参照基础。对于职务犯罪乃至其他犯罪,如果没有成文刑法的规范,没有实证法理与范畴作为参照,仅从社会、政治、心理、伦理、生理等角度进行学理分析,就无法准确确定其研究对象,更无法针对性地展开惩戒与处罚。从掌握职务犯罪基础理论的课程教学目标出发,全面了解职务犯罪的犯罪构成与处罚,分析罪与非罪、此罪与彼罪、一罪与数罪、适用轻刑还是重刑等刑法理论,对学生的专业学习具有很强的操作性价值。另一方面,犯罪学、刑事政策学等学科对职务犯罪现状、原因的探究在很大程度上是建立在大量实证分析层面的基础上的,这也离不开相关的刑法资料。据此初衷,本教材的编写仍要以我国刑法学的相关基本内容为框架。

其次,从犯罪学的角度研究职务犯罪问题,对于拓宽职务犯罪的学习视野也具有重要意义。从犯罪学的角度讲,职务犯罪是社会普遍性原因和犯罪者个体性原因相互交叉作用的产物;惩罚职务犯罪主要分析行为人的个体行为特征,但防控职务犯罪则不能仅靠刑罚处罚。从犯罪学的宏观层面上看,将职务犯罪现象作为整体研究,对其“背职行为”的社会危害性展开分析,关注其产生的原因及变化规律,能对理解相关的刑事立法提供重要帮助。另一方面,犯罪学从社会学、心理学、生物学等各个角度关注职务犯罪现象,分析该类危害行为产生的社会因素、心理因素和生理因素,将会拓宽刑法学的思路,也为刑法的修改、完善、解释提供了依据。据此,本教材的编写涉及了与职务犯罪相关的部分犯罪学内容。考虑到本丛书与其他系列教材(例如《(职务)犯罪心理学》)内容可能存在重复,故此部分内容不详细展开。

再次,了解刑事政策对于职务犯罪的学习也具有重要的价值。刑事政策学是对刑事政策进行研究、分析的理论 and 知识体系。它主要关注关于犯罪治理的价值理念,是从观念权衡和价值判断层面对犯罪所作出的反应。狭义的刑事政策强调通过运用刑事法律、以刑罚等手段应对职务犯罪防控。广义的刑事政策是各类公共政策的重要组成部分,它涉及与犯罪相关的、多样社会预防政策,通过国家和社会,运用多元手段对犯罪进行综合治理。基于职务犯罪宏观防控的视野,本教材对相关刑事政策的编写不仅涉及了狭义的刑事政策内容,更从当前党风廉政建设、反腐倡廉的宏观政策背景下展开分析。

范雪峰

2015年7月

目 录

第一章 刑法概论	(1)
第一节 刑法绪论	(1)
第二节 犯罪与犯罪构成	(12)
第三节 故意犯罪停止形态	(27)
第四节 共同犯罪	(31)
第五节 罪数	(36)
第六节 刑罚概述	(41)
第七节 刑罚体系	(43)
第八节 刑罚裁量	(56)
第二章 职务犯罪导论	(71)
第一节 职务犯罪的概念界定与分类	(71)
第二节 职务犯罪的现状与特征	(78)
第三节 职务犯罪的原因	(84)
第三章 职务犯罪的立法概况	(93)
第一节 我国职务犯罪的立法概况	(93)
第二节 国外职务犯罪的立法概况	(97)

第四章 职务犯罪的治理与防控·····	(108)
第一节 国际社会治理职务犯罪的对策及基本走向·····	(108)
第二节 中央反腐倡廉、防控职务犯罪的战略决策·····	(113)
第三节 职务犯罪防控的具体对策·····	(125)
第五章 贪污贿赂犯罪·····	(133)
第一节 贪污贿赂犯罪概述·····	(133)
第二节 贪污犯罪·····	(134)
第三节 贿赂犯罪·····	(148)
第六章 渎职犯罪·····	(177)
第一节 渎职罪概述·····	(177)
第二节 一般国家机关工作人员的渎职罪·····	(180)
第三节 司法工作人员渎职罪·····	(190)
第四节 特定机关工作人员的渎职罪·····	(198)
附录·····	(225)
主要参考文献·····	(251)
后记·····	(257)



第一章 刑法概论

第一节 刑法绪论

一、刑法的概念和性质

(一) 刑法的概念

刑法是规定犯罪、刑事责任及其法律后果(主要是刑罚)的法律规范。

(二) 刑法的性质

刑法具有区别于其他法律的特有属性,主要表现在以下几个方面:

第一,规制内容的特定性。刑法是规定犯罪及其法律后果的规范,而其他法律规定的是一般违法行为及其法律后果。这种特定性,是刑法得以成为特殊法律的重要原因。

第二,制裁手段的严厉性。一般部门法对一般违法行为也适用强制方法,如赔偿损失、警告、行政拘留等。刑法规定的法律后果主要是刑罚,刑罚是国家最严厉的强制方法。

第三,法益或客体保护的广泛性。一般部门法都只是调整和保护某一方面的社会关系。如民法仅调整和保护平等主体之间的财产关系与人身关系;商法仅调整和保护商事关系(商事主体按照商事法律从事以营利为目的的营业活动所发生的财产关系);行政法调整行政关系以及在此基础上产生的监督行政关系;如此等等。刑法则保护人身的、经济的、财产的、婚姻家庭的、社会秩序等许多方面的法益。可以认为,一般部门法所保护的法益,刑法都要予以保护。

第四,处罚范围的不完整性。虽然刑法保护的法益范围相当广泛,但其处罚范围具有不完整性。首先,由于刑法是保护法益的最后手段,所以,刑法并未将所有侵害法益的行为规定为犯罪,而只是将其中部分严重侵害法益的行为规定为犯罪。其次,即使是严重侵害法益的行为,但由于刑事政策等方面的原因,立法者也可能不将其规定为犯罪。最后,成文刑法总是具有局限性,一些严重侵害法益的行为也



可能被遗漏。刑法的不完整性,要求司法机关恪守罪刑法定原则。

第五,部门法律的补充性。刑法补充性的基本含义是,只有当一般部门法不能充分保护某种法益时,才由刑法保护;只有当一般部门法还不足以抑止某种危害行为时,才由刑法禁止。

二、我国刑法的创制与修改

(一)刑法的制定

早在1954年,宪法颁布的同时,就推动了刑法起草工作。从此,全国人大常委会办公厅法律室负责刑法起草工作。从1954年10月至1956年11月,法律室草拟了13稿;此后,刑法起草工作加紧进行,截至1957年6月已草拟了22稿。第22稿经全国人大常委会讨论审议,并准备作为草案公布试行,但由于“反右”斗争的开展、法律虚无主义思潮抬头,刑法草案没有公布,刑法起草工作也停顿下来。根据毛泽东同志的指示,全国人大常委会法律室从1962年5月开始对刑法草案第22稿进行了多次修改,到1963年10月已拟定了第33稿,因“四清”运动与“文化大革命”的开始,刑法没能公布。“文化大革命”结束后,国家于1978年10月重新组建刑法草案修订班子,对第33稿进行修订。

十一届三中全会的召开更加推动了刑法起草工作。随后,刑法草案在全国人大常委会法制工作委员会全体会议和第五届全国人大常委会第八次会议上讨论审议,修改后提交五届人大二次会议审议,最后于1979年7月1日一致通过,同年7月6日正式公布,1980年1月1日起施行。至此,诞生了新中国的第一部刑法典——《中华人民共和国刑法》。

(二)刑法的修改

总的来看,1979年制定的刑法所规定的基本内容是正确的,许多具体规定是可行的,对于惩罚犯罪、保护法益发挥了重要作用。同时也反映出一些问题,如对有些犯罪的规定不够明确,难以操作;有些犯罪的罪行程度发生了变化,使得法定刑与犯罪难以适应;出现了许多新类型的犯罪,需要加以规定。总之,为了适应惩罚犯罪与保护法益的实际需要,有必要对旧刑法典进行修订、补充和完善。修订刑法的工作事实上进行了十多年。

1997年修订刑法的指导思想主要有以下几点:(1)要制定一部有中国特色的、统一的、比较完备的刑法典。基于这一考虑,所有单行刑法均纳入新刑法;附属刑法的部分规定成为刑法分则的具体条款;对一些新类型的犯罪也作了规定。(2)注



意保持刑法的连续性与稳定性。对刑法的原有规定,如果没有原则性问题,尽量不作修改。(3)对原来比较笼统的规定,尽量作出具体规定。刑法虽然必须具有稳定性,但这并不意味着不能修改。

新刑法颁布后,出现了大量危害严重的骗购外汇、逃汇与非法买卖外汇的行为,于是全国人大常委会颁布了有关单行刑法,对现行刑法作了补充规定。此后,立法机关多次以修正案的方式对现行刑法进行了修改,分别是1999年12月25日中华人民共和国刑法修正案,2001年8月31日中华人民共和国刑法修正案(二),2001年12月29日中华人民共和国刑法修正案(三),2002年12月28日中华人民共和国刑法修正案(四),2005年2月28日中华人民共和国刑法修正案(五),2006年6月29日中华人民共和国刑法修正案(六),2009年2月28日中华人民共和国刑法修正案(七)修正,根据2009年8月27日《全国人民代表大会常务委员会关于修改部分法律的决定》修正,根据2011年2月25日中华人民共和国刑法修正案(八)。2014年11月3日,第十二届全国人大常委会第十一次会议初次审议了《中华人民共和国刑法修正案(九)(草案)》;刑法的第九次修改拉开了序幕。这其中既有新类型犯罪的增加,也有犯罪构成和法定刑的调整,还有刑罚制度的变化。

从当今各国刑事立法的发展来看,刑法已不可能像过去那样稳定。一个国家每年修改几次刑法典的现象,并不罕见。由于我国立法机关试图以一部刑法典囊括所有的犯罪,故今后对刑法典的修改也可能相当频繁。

三、我国刑法的渊源

一般认为,刑法的渊源有以下几种。

第一是刑法典。刑法典是国家以刑法名称颁布的、系统规定犯罪及其法律后果的法律。我国1979年颁布的《中华人民共和国刑法》(也称为旧刑法、旧刑法典、79刑法),以及1997年经过修订颁布的《中华人民共和国刑法》(也称为新刑法、新刑法典、97刑法)可谓刑法典。当人们说“刑法某条”或“根据《刑法》有关规定”时,其中的“刑法”是指刑法典。

第二是单行刑法。单行刑法是国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的,规定某一类犯罪及其法律后果或者刑法的某一事项的法律。从1981年6月至1995年10月,全国人大常委会颁布了23个单行刑法,如《惩治军人违反职责罪暂行条例》《关于惩治走私罪的补充规定》《关于禁毒的决定》等。这些单行刑法要么是针对旧刑法的漏洞作了增加规定,要么是针对旧刑法典的不完善作了补充规定,



要么是针对旧刑法典的缺陷作了修改规定。根据现行刑法第452条的规定,《惩治军人违反职责罪暂行条例》等15个单行刑法被废止;《关于禁毒的决定》等8个单行刑法有关犯罪与刑罚的规定失去效力,有关行政处罚与行政措施的规定则继续有效。这是因为上述23个单行刑法的内容基本上都已纳入现行刑法典。现行刑法颁布后,全国人大常委会于1998年12月29日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》是现行有效的单行刑法。

第三是附属刑法,即附带规定于民法、经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范。旧刑法典公布后,出现了130余个附属刑法条文,对完善刑法起到了一定作用。随着现行刑法典的颁布与施行,这些附属刑法规范都失去了效力。现行刑法颁布后,行政法、经济法法律中的一些条款,只是形式上概括性地重申了刑法的相关内容,经常表述为“构成犯罪的,依照刑法追究刑事责任”,而没有对刑法作出解释、补充、修改等实质性规定。这些规定并非真正意义上的附属刑法。所以,只要我国的非刑事法律中没有真正的罪刑规范,就不存在“附属刑法”这一渊源。

此外,民族自治地方的省级人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和刑法典的基本原则制定的变通或补充规定,也可谓刑法的渊源。

四、我国刑法的基本原则

(一)刑法的基本原则的概念与特点

刑法的基本原则,是指刑法本身所具有的,贯穿于刑法始终,必须得到普遍遵循的具有全局性、根本性的准则。刑法的基本原则是法治的基本原则在刑法中的具体表现,是各个部门法都必须遵循的共同准则在刑法中的特殊体现。但刑法的基本原则与法治的基本原则、共同准则又有明显区别。

首先,刑法基本原则应是刑法所特有的原则,而不是各个部门法所共有的原则。在国家的法律体系中,既有各个法律自己特有的原则,又有所有法律的共同原则。各个法律的特有原则与所有法律的共同原则,是个性与共性、特殊与一般的关系。既然是“刑法”的基本原则,理当是有别于其他法律原则的原则,也是有别于所有法律共同准则的原则。

其次,刑法的基本原则必须是贯穿于刑法始终,具有全局性、根本性的准则。刑法中存在许多原则,但并非其中的任何原则都是刑法的基本原则。既然是刑法的“基本原则”,就必须贯穿于全部刑法规范之中,并且是具有全局性、根本性的准则。如刑法规定的对未成年人与老年人犯罪从宽处罚的原则、累犯从重处罚的原



则、数罪并罚的原则等,只是刑法的局部原则,而不是贯穿于全部刑法规范之中的全局性、根本性准则,因而不是刑法的基本原则。

最后,刑法的基本原则必须是刑法的制定、解释与适用都必须遵循的准则。既然是“刑法的基本原则”,就必须是得到普遍遵循的准则,即不管是刑法的制定、还是刑法的解释与适用都必须遵循的准则。解释与适用刑法必须遵循刑法的基本原则,这是不言而喻的;但不要因为刑法的基本原则是刑法本身规定的,就认为它不制约刑法的制定。事实上,立法者在制定刑法时也遵循着刑法的基本原则。

(二)罪刑法定原则

1. 罪刑法定原则的含义与思想渊源

罪刑法定原则的基本含义是,“法无明文规定不为罪”“法无明文规定不处罚”。罪刑法定原则沿革意义上的思想渊源,是三权分立思想与心理强制说。三权分立思想要求由立法机关制定刑法,由司法机关适用刑法;心理强制说要求事先明文规定犯罪及其法律后果,从而促使人们作出趋利避害的选择,以免实施犯罪行为。此外,罪刑法定原则的思想基础还有民主主义与尊重人权主义,或者说是民主与自由。^①

2. 罪刑法定原则形式层面的内容

(1) 法律主义

罪刑法定原则所要求的法律主义,是指规定犯罪及其后果的法律必须是成文的法律;法官只能根据成文法律定罪量刑。以下方面的问题需要进一步地关注。

行政规章能否制定刑罚?不少国家的宪法规定,当法律委任行政规章制定罚则(指刑罚)时,行政规章可以在其范围内制定罚则。根据我国宪法及有关法律的规定,行政机关所制定的行政法规,不能设立刑罚;与此同时,我国立法机关也没有委任行政机关制定刑法规范;那些类似行政刑法规范的规定,也只能被理解为:行政执法机关遇到行政犯罪时,必须交由司法机关处理。在这点上,我国严格遵循了罪刑法定原则的要求。

习惯法能否成为刑法的渊源?本来,在一定范围内,习惯法最能体现民意。但是,在当今社会,不管是根据民主主义还是根据预测可能性的原理,都必须排斥习惯法。习惯法形成于社会生活简单、价值单一的时代,在社会复杂化、价值多元化的当下,习惯法作为刑法的法源已不可能;习惯通常缺乏明确表达,人们难以据此

^①张明楷:《刑法学(第四版)》[M]. 法律出版社,2011.7:51页。



预测自己的行为性质与后果;习惯法通常适用于狭窄限定的各类人和关系范畴而不是极其普遍的各阶级,因此不具一般性习惯法也不可能被归纳为一套规则,使之法典化则意味着令其面目全非。

判例法能否、应否成为刑法的渊源?罪刑法定原则,要求司法机关只能根据已经公布的刑法定罪量刑。在中国推行刑事判例法,意味着同时将成文刑法与刑事判例作为刑法法源。但难以看出这样会使成文刑法与刑事判例形成优势互补、弊害互克的格局。相反,在两种法源同时存在的情况下,成文刑法仍然可能被随意解释,判例法的非民主性、溯及既往等缺陷各自独立地存在,因而同时表现出来。因为,判例法充其量只能填补刑法的空白或漏洞,而不能弥补成文刑法的其他缺陷。

(2) 禁止溯及既往

适用事后法,使刑法溯及既往,意味着国民必须遵守“行为时根本不存在的法律”,这令人不可思议。由于适用刑法的效果通常导致严厉的刑罚,故与其他部门法相比,刑法对事后法的禁止极为严格。

禁止溯及既往是保障国民自由的要求。因为国民总是根据现行有效的法律计划和实施自己的行为;在这种情况下,国民之所以是自由的,是因为现行有效的法律可以预见,人们完全可以在法律允许的范围内自由行事。国民绝不可能预见到立法机关在其行为后会制定何种法律,故不可能根据行为后的法律安排现在的行为。如果现在的合法行为,会被将来的法律宣告为非法,进而给予制裁,国民就没有丝毫自由可言。

(3) 禁止类推解释

多数学者认为,禁止类推解释是罪刑法定原则的一个内容。类推解释是指,需要判断的具体事实与法律规定的构成要件基本相似时,将后者的法律效果适用于前者。形式侧面的禁止类推解释,是禁止一切类推解释。因为类推解释导致刑法的规定适用于相似的情况,然而,只要两种现象之间存在相同之处,人们就可以说它们具有相似性。于是,任何行为都可能与刑法规定的行为相似,都有被定罪量刑的危险。立法机关通过文字表述其立法意图,因此,在解释刑法时,只能在法条文字可能具有的含义内进行解释;同时,由于刑法本身有自己的体系,故在确定文字含义时,应当在维持刑法整体含义的前提下进行解释。如果可以类推解释,则意味着成文刑法丧失了意义。

(4) 禁止绝对不定(期)刑

法定刑必须有特定的刑种与刑度。如果刑法分则条文宣布禁止某种行为,但



没有对该行为规定刑罚后果,那么,根据“没有法定的刑罚就没有犯罪”的原则,该行为便不是犯罪。所以,不同时代的刑法通常都对犯罪规定了特定的刑种与刑度。所不同的是,在一段时间内,西方一些国家的刑法规定了绝对确定的法定刑,使法官没有裁量的余地。从表面上看,刑法规定绝对确定的法定刑,有利于保障人权。但事实上,任何一种具体的犯罪都可能具有不同的情节、不同的罪行程度以及不同的特殊预防必要性,而绝对确定的法定刑只能以该种犯罪的平均罪行程度为根据予以确定,故反而侵害那些情节轻微、特殊预防必要性小的部分犯罪人的自由。所以,现代各国的刑法都规定了相对确定的法定刑。法官不仅应当以相对确定刑为依据裁量刑罚,而且必须作出具体的裁量,即必须宣告具体的刑罚,而不能宣告不定期刑。相对确定的法定刑,一方面限制了法官自由裁量的权力,另一方面也有利于实现罪刑相适应原则,因而符合法治的要求。

3. 罪刑法定原则实质层面的内容

罪刑法定原则实质层面包括两个方面的内容:一是刑罚法规的明确性原则;二是刑罚法规内容的适当性原则。后者又包含两个方面的要求:禁止处罚不当罚的行为;禁止不均衡的、残虐的刑罚。实质层面主要在于限制立法权,反对恶法亦法,是实质法治的表现。要求刑法的明确性,是因为含糊的刑法必然导致司法机关扩大处罚范围;禁止处罚不当罚的行为,是为了防止立法者过度地侵害国民的自由;禁止残虐的刑罚,是为了防止立法者过度地侵害犯罪人的自由;禁止不均衡的刑法是为了实现公正、平等。总之,实质层面的内容旨在使刑法尊重个人自由、实现社会公平,不仅限制司法权而且限制立法权,从而实现实质的法治。

(1) 明确性

明确性表示这样一种基本要求:规定犯罪的法律条文必须清楚明确,使人能确切了解违法行为的内容,准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围,以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象。将明确性视为罪刑法定原则的实质层面,是因为明确性是限制国家权力、保障国民自由的基本要求。首先,明确性要求的首要根据在于只有当人民代表的法意志明确地表现在条文中,从而排除法官作出主观擅断的判决时,法律保留才能发挥充分的效果。其次,不明确的刑法不具有预测可能性的功能,国民在行为前仍然不明白其行为的法律性质,于是造成国民行动萎缩的效果,因而限制了国民的自由。而且,随着社会的复杂化,不明确的刑罚法规对国民预测可能性的侵害便越来越严重。最后,不明确的刑法还为国家机关任意侵犯国民的自由找到了形式上的法律根据,所以,不明确的刑法比没有



刑法更容易侵犯国民自由,因而违反法治原则。

不过,明确性只是一种相对的要求,要求刑法明确到无须解释的程度只是一种幻想。事实上,法律使用明确的概念的情形,而且真正明确的,不需要解释、也根本不能解释的只有某些数字概念。因此,解释刑法就是为了使刑法明确,所以,实现刑法的明确性是刑事立法与刑法理论的共同任务。

(2) 禁止处罚不当罚的行为

犯罪构成要件的明确性,不意味着处罚范围的合理性。犯罪与刑罚确实由立法机关规定,但是,这并不意味着立法机关可以随心所欲地确定犯罪的范围。禁止处罚不当罚的行为,就是指刑罚法规只能将具有处罚根据或者说值得科处刑罚的行为规定为犯罪,从而限制立法权。

法治并不意味着一切琐细之事均由法律处理,更并不意味着琐细之事由刑法处理。法律排斥过剩的、矛盾的和不适当的规定。现代社会越来越复杂,人际交往越来越频繁,如果人们的一举一动都由法律来制约,必然造成法律条文过剩、自相矛盾和不适当。就法律体系而言,国家有许许多多的部门法,如果每一个部门法都能在其领域内充分地保护法益,刑法则没有存在的余地;反之,只有在部门法不能充分保护法益时,才需要刑法。这既导致了刑法保护的法益范围的广泛性,也导致了刑法的补充性,使刑法成为其他法律的保障。因此,刑法不可能理会琐细之事。就刑法特征而言,刑法所规定的法律后果,在具有积极作用的同时,也存在明显的消极作用,如果适用范围过宽,则不仅削弱积极效果,反而有害于国家与国民。所以,能够不使用刑罚,而以其他手段也能达到保护法益的目的时,则务必放弃刑罚手段。况且,适用刑法的代价十分昂贵,对违法行为尽量适用其他法律,对国家与个人都会利多弊少。刑法虽然保护和扩大了自由,但它必须通过限制自由的手段来保护和扩大自由。但是,不能走向另一极端,以为刑法的处罚范围越窄越好。盲目实行“非犯罪化”,并不具有合理性。国外刑法规定的处罚范围相当广,特别是行政刑法的处罚范围几乎漫无边际,故有实行“非犯罪化”的必要。根据中国的现实情况,现行刑法与后来的刑法修正案增加了许多新的犯罪。这种有限的犯罪化具有实质的合理性。

(3) 禁止不均衡的、残虐的刑罚

禁止不均衡的刑罚,是罪刑法定原则的重要内容。罪刑均衡的朴素表现是以眼还眼、以牙还牙,但这种表现不能被普遍化。在目前,“所要求的并不是某一犯罪和对这种犯罪的惩罚之间的那种完美适应的关系。而是对不同犯罪的惩罚应当在



罚与罪的标度或标准上“相当于相应的犯罪的恶或严重性”。^②而且,禁止不均衡的刑罚,旨在禁止轻罪重判。由于刑罚的轻重既取决于罪行的轻重,也取决于预防的必要性大小,故重罪也可能被轻判。要禁止不均衡的刑罚,就必然反对残虐的刑罚。残虐的刑罚,是指以不必要的精神、肉体的痛苦为内容,在人道上被认为是残酷的刑罚。既然是不必要的和残酷的,那么,它相对于任何犯罪而言都必然是不均衡的。刑罚处罚程度由重到轻,是历史发展的进步表现与必然结果;轻刑化是历史发展的必然趋势。

然而,这并不意味着应该或者可以超越时代实行轻刑化。使犯罪人受剥夺性痛苦是刑罚的惩罚性质与内在属性。恶有恶报、善有善报的朴素正义观念决定了没有痛苦内容的措施在任何时代都不可能成为刑罚。对于刑罚的痛苦程度,应以本国国情、国民的物质、精神生活水平以及社会的平均价值观念为标准进行衡量。

(三)刑法适用平等原则

1. 刑法适用平等原则的概念

法律面前人人平等是我国宪法确立的一般原则。鉴于我国司法实践中适用刑法不平等的现象在现阶段还较为严重,为贯彻宪法规定,刑法第4条明确规定:“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。”这就是刑法适用平等原则也称为罪刑平等原则。罪刑平等原则的基本含义是:就犯罪人而言,任何人犯罪,都应当受到法律的追究;任何人不得享有超越法律规定的特权;不论犯罪人的社会地位、家庭出身、职业状况、财产状况、政治面貌、才能业绩如何,都一律平等地适用刑法,在定罪量刑时一视同仁,依法惩处。就被害人而言,任何人受到犯罪侵害,都应当依法追究犯罪、保护被害人的权益;被害人同样的权益,应当受到刑法同样的保护;不得因为被害人身份、地位、财产状况等情况的不同而对犯罪人定罪量刑上有所区别。

2. 罪刑平等原则的立法体现

(1)定罪上的平等

定罪上的平等,是指任何人犯罪,无论其地位多高,功劳多大,都应当受到刑事追究而不得例外。在我国社会,虽然消灭了法律特权,但由于封建特权思想还根深蒂固地存在;封建等级制度的社会基础还在一定程度上残存着,因而还有人藉其特殊的地位与身份逍遥法外,逃避法律制裁。因此,定罪上的平等具有重要意义。刑

^②[英]哈特、惩罚与责任,王勇等译[M].华夏出版社,1989:155.



法在具体规定中都体现了定罪上的平等原则,例如刑法第6条至第8条,明确规定了我国刑法适用的空间范围。这些规定表明,只要实施了我国刑法规定的犯罪行为,无论是在我国领域内还是领域外,也不论是中国人还是外国人,除法律另有规定以外,在适用我国刑法上一律平等,不存在任何超越法律的特权。

(2) 量刑上的平等

量刑上的平等是指犯相同的罪,除具有法定的从重、从轻或者减轻处罚的情节以外,应当处以相同之刑。因此,量刑上的平等并非不考虑犯罪情节的绝对的同罪同罚。刑法第61条规定:“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处。”这一量刑原则体现了以事实为根据,以法律为准绳的精神,同时也包含着对一切犯罪人都应当公正、平等地依法处刑的内容。

(3) 行刑上的平等

行刑上的平等是指在刑罚执行上,应当受到相同的处遇,不因身份、地位而有所特殊。以往论及罪刑平等原则,往往注重定罪与量刑上的平等,忽视行刑上的平等,这是不应该的。尤其是在现实生活中,行刑上的不平等现象是客观存在的,尤其是有些人通过各种手段获得非法减刑和假释,极大地损害了判决的严肃性。为此,刑法严格地规定了减刑和假释的程序。刑法第79条规定:“对于犯罪分子的减刑,由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理,对确有悔改或者立功事实的,裁定予以减刑。非经法定程序不得减刑。”这一规定,体现了行刑上的平等。

(四) 罪刑相适应原则

1. 罪刑相适应原则的概念

我国刑法第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。”由此可见,我国刑法中的罪刑相适应原则,实际上包含了刑罚的轻重与所犯罪行相适应、刑罚的轻重与所承担的刑事责任相适应这两个方面的内容。刑罚的轻重与所犯罪行相适应,体现的是报应观念,要求刑罚的轻重与犯罪行为的社会危害性相适应,也就是重罪重判、轻罪轻判。而刑罚的轻重与所承担的刑事责任相适应,体现的是预防观念,要求刑罚的轻重与犯罪人的人身危险性相适应。因此,我国刑法关于罪刑相适应原则的规定,反映了报应与预防相统一的刑法观念。

2. 罪刑相适应原则的立法体现

我国刑法除明文规定罪刑相适应原则外,在立法内容上也始终贯穿着罪刑均