

X 刑法学

INGFAXUE

主编 李海清 罗同昱



电子科技大学出版社

X 刑法学

INGFAXUE

主编 李海清 罗同昱



电子科技大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法学 / 李海清, 罗同昱主编. — 成都: 电子科技大学出版社, 2015.6

ISBN 978-7-5647-3072-7

I. ①刑… II. ①李… ②罗… III. ①刑法—法的理论—中国 IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 149230 号

刑法学

李海清 罗同昱 主编

出版: 电子科技大学出版社

地址: 成都市一环路东一段 159 号电子信息产业大厦 (邮编 610051)

策划编辑: 辜守义

责任编辑: 辜守义

主页: www.uestcp.com.cn

电子邮箱: uestcp@uestcp.com.cn

发行: 新华书店经销

印刷: 四川永先数码印刷有限公司

成品尺寸: 185mm×260mm 印张 14.25 字数 340 千字

版次: 2015 年 6 月第 1 版

印次: 2015 年 6 月第 1 次印刷

书号: ISBN 978-7-5647-3072-7

定价: 38.00 元

■ 版权所有 侵权必究 ■

- ◆ 本社发行部电话: 028-83202463; 本社邮购电话: 028-83201495。
- ◆ 本书如有缺页、破损、装订错误, 请寄回印刷厂调换。

前 言

刑法学以世界各国刑法为研究对象，是研究犯罪和刑罚、刑事责任及其罪刑关系的科学。它属于法学的范畴。作为知识体系，刑法学是刑法解释学，因而与刑法特别是刑法典有着密切的联系。刑法学体系与刑法典体系有许多契合之处，最为突出的表现是：刑法区分为刑法总则与分则，相应的，刑法学区分为总论与分论（或称罪刑各论）。作为理论体系，刑法学体系区别于刑法典体系，不是刑法典体系的简单摹本，而是按照自身的理论逻辑展开。

刑法学的内容十分丰富，随着我国刑事立法与司法实践的不断发展，其内容越来越丰富。因教材篇幅所限，我们希望在勾勒出刑法学理论框架的基础上，集知识性、理论性于一体，既为课堂讲授留下空间，又不遗漏法学本科生应当掌握的基本内容。具体方法是：在高度抽象的基础上，将刑法学的基本概念、基本原理、基本知识具体化，提纲挈领，简明扼要，力求基本概念明确化、基本原理科学化、基本知识系统化，在科学性的基础上突出可读性，在理论性的基础上突出可操作性，在准确性的基础上适当地通俗化，在系统性的基础上突出重点与难点，以适应和满足刑法学本科教学以及国家统一司法考试的基本需要。

由于时间所限，这本书中难免存在谬误，因此恳请广大读者及专家斧正。

编 者
2015 年 3 月

目 录

第一章 刑法绪论	(1)
第一节 刑法概述.....	(1)
第二节 刑法学的研究对象.....	(3)
第三节 刑法的规范、体系与解释	(3)
第四节 刑法的制定根据和任务.....	(5)
第二章 刑法的基本原则	(7)
第一节 刑法基本原则概述.....	(7)
第二节 罪刑法定原则.....	(7)
第三节 刑法的任务和刑法的功能	(11)
第四节 适用刑法人人平等原则	(12)
第五节 罪责刑相适应原则	(13)
第三章 刑法的效力	(18)
第一节 刑法的空间效力	(18)
第二节 刑法的时间效力	(22)
第四章 犯罪概念与犯罪成立的关系	(27)
第一节 犯罪概念与犯罪成立的关系概述	(27)
第二节 犯罪的本质	(28)
第三节 犯罪的一般特征	(30)
第四节 犯罪的分类	(36)
第五章 犯罪构成	(39)
第一节 犯罪构成概述	(39)
第二节 犯罪构成要件概说	(43)
第三节 犯罪客体	(41)
第六章 犯罪客体和犯罪客观要求	(51)
第一节 犯罪客体	(51)
第二节 犯罪客观方面	(54)
第七章 犯罪主体和犯罪主观要件	(71)
第一节 犯罪主体	(71)

第二节 犯罪的主观要件	(75)
第八章 排除犯罪性行为	(88)
第一节 排除犯罪性行为概述	(88)
第二节 正当防卫	(89)
第三节 紧急避险	(93)
第四节 其他排除犯罪性的行为	(95)
第九章 犯罪未完成形态	(98)
第一节 犯罪未完成形态的概述	(98)
第二节 犯罪预备	(100)
第三节 犯罪未遂	(103)
第四节 犯罪中止	(104)
第十章 共同犯罪	(109)
第一节 共同犯罪概述	(109)
第二节 共同犯罪的成立要件及认定	(111)
第三节 共同犯罪的形式	(116)
第四节 共同犯罪的刑事责任	(118)
第十一章 罪 数	(121)
第一节 罪数概述	(121)
第二节 一罪的类型	(123)
第三节 不属于数罪的情况	(126)
第十二章 犯罪的法律后果	(128)
第一节 刑事责任	(128)
第二节 刑事责任的发展阶段	(131)
第三节 刑事责任的实现方式	(131)
第四节 刑罚概说	(132)
第十三章 刑罚的体系和种类	(135)
第一节 刑罚的体系概述	(135)
第二节 主刑	(137)
第三节 附加刑	(140)
第四节 非刑罚处罚方法	(142)
第十四章 量 刑	(144)
第一节 量刑的概念与一般原则	(144)
第二节 量刑情节	(144)

第三节	量刑情节的适用	(152)
第四节	数罪并罚	(155)
第十五章	刑罚的消灭	(158)
第一节	刑罚的消灭概述	(158)
第二节	时效	(158)
第三节	赦 免	(159)
第十六章	刑法分论概说	(162)
第一节	刑法分论与刑法总论的关系	(162)
第二节	罪状及其分类	(162)
第三节	罪 名	(166)
第四节	法定刑	(168)
第十七章	危害国家安全罪	(170)
第一节	危害国家安全罪概述	(170)
第二节	间谍、资敌的犯罪	(171)
第三节	间谍、资敌方面的犯罪	(172)
第十八章	危害公共安全罪	(175)
第一节	危害公共安全罪概述	(175)
第二节	破坏特定对象危害公共安全的犯罪	(176)
第三节	实施恐怖活动危害公共安全的犯罪	(178)
第四节	以违反特殊管理规定危害公共安全的犯罪	(179)
第五节	以重大事故危害公共安全的犯罪	(185)
第十九章	破坏社会主义市场经济秩序罪	(192)
第一节	破坏社会主义市场经济秩序罪概述	(192)
第二节	生产、销售伪劣产品罪	(193)
第三节	走私罪	(198)
第四节	妨害对公司、企业的管理秩序罪	(201)
第五节	破坏金融管理秩序罪	(206)
第六节	金融诈骗罪	(213)
第七节	危害税收征管罪罪名分述	(217)
第八节	侵犯知识产权罪罪名分述	(223)
第九节	扰乱市场秩序罪	(227)
参考文献		(232)

第一章 刑法绪论

第一节 刑法概述

一、刑法的概念、渊源和分类

（一）刑法的概念与特征

刑法是规定犯罪与刑罚的法律规范的总和。一般来说，刑法具有以下几个基本特征：

1. 独立性

在当代民主法治国家，刑法是立法者根据本国宪法制定的基本法律。我国《刑法》第1条规定，“根据宪法”制定刑法。所以，刑法是宪法之下的基本法，是一个相对独立的法律。一方面，刑法不能背离宪法，违反宪法的刑法规范是无效的；另一方面，刑法以自己特有的方式独立地保护、调整特定的社会关系。

2. 广泛性

刑法之外的其他部门法一般只是调整和保护某一方面的社会关系。例如，民法所调整和保护的社会关系是平等主体之间的财产关系以及与财产关系密切相关的人身关系，行政法调整拥有国家行政权的行政主体与行政相对人之间的行政关系，而刑法所保护的社会关系则具有广泛性，涉及各种各样的社会关系以及社会关系的许多方面。

3. 严厉性

刑法主要以最具痛苦性的制裁手段——刑罚去惩罚犯罪、保护社会。法律制裁包括刑事制裁、民事制裁、行政制裁三大类。在这三大类法律制裁体系中，刑事制裁体系是最为严厉的，刑罚不仅可以剥夺犯罪人的特定财产、权利，还可以剥夺犯罪人的人身自由，包括我国在内的不少国家还能够剥夺犯罪人的生命。刑罚是最为严厉的惩罚方法。所以，严厉性是刑法的一个重要特征。

4. 最后性

刑法广泛地保护各种社会关系，但是刑法并非保护全部的社会关系，也并非保护社会关系的方方面面，而是保护重要的社会关系中具有公共性和重要性的利益，这些利益直接或者间接地规定于一国的宪法之中。不具有公共性和重要性的利益，刑法不予以保护。因此，刑法具有法律适用的最后性。刑法的最后性主要体现为两点：①刑法作为整个法律规范体系有效性的最后保障而存在，其他法律部门作为一个法律规范体系最终依靠刑法维持其规范效力，刑法是法律体系中的保护法、保障法；②只有当民事法律、行政法律等法律部门不足以制止某种危害社会的行为从而保护某种重要利益时，立法者才考虑创设刑法，

司法者才考虑适用刑法。

（二）刑法的渊源

1. 刑法典

刑法典是指立法机关以刑法（典）名称颁布的系统规定犯罪、刑事责任、刑事处罚和刑法适用的一般原则、规则以及各种具体犯罪与刑罚的法律。《中华人民共和国刑法》是我国的刑法典。该刑法典于1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过，并于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对其进行了全面修订，并于1997年10月1日起施行。目前，已有多个刑法修正案对刑法的部分条文进行了修改、补充。

2. 单行刑法

单行刑法是指立法机关以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的，规定某一类或者某一种犯罪及其刑罚或者刑法特殊事项的法律。1979年刑法施行期间，全国人民代表大会常务委员会（以下简称全国人大常委会）先后颁布实施了23个单行刑法。依据刑法附则的规定，其中的15个因已纳入1997年刑法或者不适用而被废止；8个单行刑法有关刑事责任的规定已纳入1997年刑法而不再有效，但有关行政处罚和行政措施的规定继续有效。由于《中华人民共和国刑法》并没有直接标明“刑法典”，因此1997年刑法颁布施行之后，全国人大常委会于1998年12月29日颁布《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，1999年10月30日颁布《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》，这是我国现行有效的单行刑法。

我国属于单一制的国家，地方性法规不能直接规定刑法规范，为公民设立刑事禁令，从而成为刑法的渊源。但是，我国《刑法》第90条规定：“民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行”。这种地方性法规与一般地方性法规的相同之处是均没有普遍效力，不同之处在于，这些变通或者补充的规定需报请全国人民代表大会常务委员会批准才能生效实施，因此在某种意义上讲，这种地方性法规已经转化成适用于特定地域——民族自治地方的刑法规范，属于我国刑法的渊源。民族自治地方的刑事变通或者补充的规定，以决定、规定、补充规定等名称颁布实施，一般应归入单行刑法的范围。

3. 附属刑法

附属刑法是指规定于民法、经济法、行政法等非刑事法律当中的刑法规范的总称。这类刑法规范附属于非刑事法律，故称之为附属刑法。1979年刑法实施期间，我国先后有130多个附属刑法条文。例如，《专利法》第63条规定，假冒他人专利，情节严重的，对直接责任人员比照1979年《刑法》第127条（假冒商标罪）的规定追究刑事责任。这一条文规定的内容属于刑法规范，但它不是规定在刑法典或者单行刑法之中，而是规定在专利法之中，所以是附属刑法。1997年刑法实施之后，经济法、行政法当中的一些法律条文重申了刑法的某些规定，属于附属刑法的范围，但是这些附属刑法条文并没有对刑法进行实质的修改、补充，属于提示性规定，不具有附属刑法的实质内容，其中大多数条文只是笼统地规定“构成犯罪的，依法追究刑事责任”，基本上没有什么规则意义。

4. 国际刑法

国际条约在一国法律渊源中的地位,或者是直接适用,或者是转化为国内法适用。规定保障被告人合法权益的国际刑法规范,属于我国刑法的直接渊源,我国司法机关应当尊重并努力达到国际条约中保障人权的倡导性规则的要求,遵守国际条约中保障人权的硬性规则以确保达到国际社会的基本标准。规定国际犯罪因而具有刑事责任意义的国际条约,由于并不直接包含刑罚制裁的规定,不能直接成为一国国内法渊源,需要通过刑事立法转化为国内刑法。

第二节 刑法学的研究对象

刑法学是法学的一个重要部门,它是关于犯罪、刑事责任、刑罚以及刑法规范的适用规律的知识体系。

刑法学之所以作为一个独立的学科得以确立,是由其研究对象的特殊性所决定的。毛泽东同志说过:“对于某一现象的领域所特有的某一种矛盾的研究,就构成某一部门科学的对象。”刑法学研究的对象具有如下特点:

刑法学所研究的刑法的法律性质属于实体法,它在构成犯罪条件的范围内研究犯罪问题。因此,犯罪及其构成,就成为刑法学研究的重点和中心。由此可见,刑法对犯罪的研究,不同于犯罪学、监狱法学、犯罪心理学、犯罪侦查学等相关学科对犯罪的研究。

刑法学所研究的刑事法律规范,是以刑罚作为强制手段的禁止性规范。刑罚是同犯罪做斗争的重要手段。因此,刑罚在刑法学的研究对象中占有重要地位。

刑法学所研究的刑罚,无论是刑罚的确立还是刑罚的适用,都须以刑法所设定的刑事责任为前提。刑事责任是连接刑罚与犯罪的中介。没有犯罪则没有刑事责任,没有刑事责任则没有刑罚。犯罪、刑事责任与刑罚,各有其本身的特点,但又存在内在联系,它们作为一个整体而成为刑法学的研究对象,从而决定了刑法学体系的统一性和系统性。

刑法不仅以犯罪、刑罚及刑事责任为其主要内容,还规定了一系列刑法规范自身的适用原则。因此,刑法学还要把刑法规范及其适用作为研究对象,研究适用刑法这个法律武器同犯罪作斗争的规律。对这些对象的研究在刑法学上成为刑事法律论、定罪论和量刑论。对定罪论和量刑论的研究,属于刑法规范的动态研究。这一研究对刑法分则的适用具有重大的理论价值和实践意义。

深化我国刑法学的知识体系,服务于现实斗争的需要,是我们将定罪论单列一章所作的理论思考。

第三节 刑法的规范、体系与解释

理解刑法规范、刑法体系与刑法解释是学习、研究刑法的基础。

一、刑法规范

(一) 刑法规范的概念

以禁止、处罚犯罪行为为内容的法律规范,就是刑法规范,也称罪刑规范。

法律规范一般分为义务性规范和授权性规范。刑法规范主要是义务性规范，其中又以禁止性义务规范为主，命令性义务规范为辅，并以刑罚作为制裁手段。禁止性规范以消极义务为内容，即禁止人们作出一定的行为，人们只要消极地不实施刑法禁止的行为即可，一般直接由刑法加以规定，无需其他法律予以特别规定。命令性规范以积极义务为内容，即命令人们一定的行为，是禁止性规范的必要补充，除刑法加以规定外，其他部门法往往会具体规定如何履行此义务。刑法规范也有授权性规范，例如正当防卫、紧急避险等刑法规范，是刑法义务性规范的补充。

（二）刑法规范与刑法条文的关系

刑法条文表达刑法规范，是刑法规范的载体，因此刑法规范是刑法条文的内容与实质。但二者并非等同，刑法总则中的许多一般性规定与原则性规定，就不是刑法规范。有时一个条文可能表达几个规范，例如《刑法》第114条规定了放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪和以危险方法危害公共安全罪5个罪刑规范；有时几个条文可能表达一个规范，例如《刑法》第382条、第383条共同表达了贪污罪一个规范。刑法条文是直观的，刑法规范则不是直观的。

二、刑法体系

刑法体系是指刑法的组成与结构。狭义的刑法体系是指刑法典的体系。《刑法》共452条，分为两编和附则。第一编总则共5章，第二编分则共10章。基本层次是：编——章——节——条——款——项。

若同一条款表达两个意思，分别称为前段与后段，例如《刑法》第29条。若同一条款表达三个意思，分别称为前段、中段与后段，例如《刑法》第50条。

但书多是对前段内容的例外、限制、相反或补充规定。主要包括如下情况：

第一，与前段构成例外关系，例如《刑法》第8条关于保护管辖规定中的“但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外”。

第二，与前段构成限制关系，例如《刑法》第73条第1款关于缓刑考验期限规定中的“但是不能少于二个月”。

第三，与前段构成补充关系，例如《刑法》第37条关于非刑罚处罚措施规定中的“但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。”

三、刑法解释

（一）刑法解释的概念

刑法解释是对刑法规定含义的阐明。刑法解释的对象是刑法规定。

（二）刑法解释的效力

1. 正式的刑法解释

（1）立法解释：国家最高立法机关即全国人民代表大会及其常委会对刑法的含义所做的解释。包括三种情况：一是用刑法条文对有关刑法术语所做的解释；二是由国家立法机关在法律的起草说明或修订说明中对某种特定的刑法术语所做的解释；三是刑法在施行中

发生歧义，由全国人大常委会进行解释。

(2) 司法解释：由国家最高司法机关对刑法规定的含义所做的说明。凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释。“两高”的解释如果有原则性的分歧，报请全国人大常委会解释或决定。

2. 非正式的刑法解释

非正式的刑法解释主要指学理解释。学理解释是指由国家宣传机构、社会组织、科研单位或专家学者从学理上对刑法含义所做的解释。

正式解释具有法律效力，非正式解释不具有法律效力。

(三) 刑法解释的方法

(1) 文理解释：从刑法条款语义出发阐释刑法规定含义的解释方法，如对“公共财产”“司法工作人员”的解释。

(2) 论理解释：按照立法精神，联系刑法产生的缘由、沿革及其他相关事项，对刑法规定做逻辑分析，从而阐明其真实含义的解释方法。又可分为当然解释、扩大解释与缩小解释。

当然解释是指刑法规定虽未明示某一事项，但依规范目的、事物属性和形式逻辑，将该事项当然包含在该规范适用范围之内的解释。例如，《刑法》第347条规定：“走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，都应当追究刑事责任，予以刑事处罚”，那么“走私毒品1克，则应当追究刑事责任，予以刑事处罚”，就是当然解释。

扩大解释是根据立法原意，对刑法条文作超过字面意思的解释。例如司法解释把抢劫正在使用中的银行或者其他金融机构的运钞车的，视为“抢劫银行或者其他金融机构”。对随身携带枪支等国家禁止个人携带的器械以外的其他器械进行抢夺的，解释为以抢劫罪定罪，也属于扩张解释。

缩小解释是根据立法原意，对刑法条文作窄于字面意思的解释。例如，将为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密和情报罪中的“情报”解释为“关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项”，属于缩小解释。

第四节 刑法的制定根据和任务

我国刑法第1条规定：“为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法。”这一规定明确了我国刑法的制定根据，包括法律根据和实践根据。

(一) 法律根据

宪法作为国家的根本大法，是我国刑法制定的法律根据。我国宪法规定的是我国社会制度和国家制度的根本原则，国家机关组织和活动的基本原则，以及公民的基本权利和义务等根本性的问题。而各个部门法律则都是从不同的领域，用不同的手段，为保障和实施宪法所规定的基本内容和各项基本原则服务的。因此，宪法是我国其他一切法律制定的根据，当然也是刑法的制定根据。刑法以宪法为其制定根据，就必须在自己的领域内具体贯

彻宪法的规定，刑法的规定及其解释都不能与宪法相抵触，否则便没有法律效力。刑法的有关具体规定，都是以宪法为依据，并且通过惩治有关犯罪行为，保障宪法有关内容的实施。

（二）实践根据

同犯罪做斗争的司法实践经验和实际情况，是刑法制定的实践根据。按照这一原则，制定刑法，既不能凭主观想象，也不能照抄照搬前人或外国现成的东西，而应当系统地进行调查研究，认真总结我国长期同犯罪作斗争的经验，立足于我国的实际情况。事实说明，现实生活决定法律的废、改、立，法律只有立足于客观实际，才有生命力，刑法也不例外。

二、刑法的任务

我国刑法第2条规定：“中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。”

可见，刑法的任务包括四个方面：一是保卫国家安全、人民民主专政政权和社会主义制度；二是保护社会主义经济基础；三是保护公民的人身权利、民主权利和其他权利；四是维护良好的社会秩序。上述刑法的任务可概括为保护合法权益，保护的主要方法是禁止和惩罚侵犯合法权益的犯罪行为。惩罚与保护密切联系，不使用惩罚手段抑制犯罪行为，就不可能保护合法权益；为了保护合法权益，必须有效地惩罚各种犯罪。惩罚是手段，保护是目的。我国刑法的任务是明确的、全面的。明确性表现在，它清楚地告诉人们，刑法的任务是保护各种合法权益；全面性表现在，它全面保护各种重要的合法权益，刑法的全面性是由刑法调整和保护范围的广泛性决定的。

第二章 刑法的基本原则

刑法的基本原则具有引导刑事立法和指导刑事司法的重要作用。1997年《刑法》明确规定了刑法的基本原则。

第一节 刑法基本原则概述

刑法基本原则是一个带有全局性、根本性的问题，因此对其应做准确的认识和理解。

一、刑法基本原则的概念

刑法的基本原则是指刑法本身所具有的，贯穿于全部刑法规范，必须得到普遍遵循的具有全局性、根本性的准则。刑法基本原则具有指导刑事立法、刑事司法的作用和意义，并体现刑事法制基本精神。其特征为：

（1）一般说来，应是刑法所特有的原则，而不是各个部门法所共有的原则，但也不排除与其他部门法共同使用同一原则。

（2）应贯穿于刑法始终，具有全局性、根本性的原则。

（3）应是刑法的制定、解释与适用都必须遵循的原则。

二、刑法基本原则的确定与意义

（一）刑法基本原则的确定

《刑法》明确规定了三项基本原则，即罪刑法定原则、适用刑法平等原则和罪责刑相适应原则。那么，除了这三原则之外，还有没有其他基本原则？这是学界纷争的问题。

（二）刑法基本原则的意义

1. 指导刑事立法

刑事立法过程中，必须遵循刑法基本原则。

2. 指导刑事司法

刑事司法过程中，必须大力贯彻基本原则，强化法治意识和司法公正观念，反对特权思想和徇私舞弊。

第二节 罪刑法定原则

一、罪刑法定原则的基本含义和思想渊源

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。具体而

言,就是指什么样的行为构成犯罪,构成什么样的犯罪,以及应承担什么样的刑事责任和处以什么样的刑罚,都必须依据法律的明文规定来判断。刑法第3条明确规定了罪刑法定原则,即“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”。罪刑法定原则产生的思想渊源是三权分立学说与心理强制说。

(一) 三权分立学说

三权分立是资本主义国家宪法的一项重要原则。分权思想最早源于古希腊政治思想家亚里士多德,他把政府权力分为讨论权、执行权和司法权。而现在所讲的分权思想主要是由17、18世纪英国的洛克倡导,由法国的孟德斯鸠加以发展和形成的。洛克在《政府论》一书中把国家权力划分为立法、执法和对外三权,并主张立法权优于其他权。三权分立论的代表人物孟德斯鸠在《论法的精神》一书中系统阐述了分权思想,他把国家权力划分为立法、行政和司法三权,并分别由三个不同的国家机关行使,使三权互相牵制和约束,保持三个权力的平衡,以保障人民的权利,限制政府的权力。三权分立理论至此形成。以后许多资本主义国家都不同程度地按照三权分立原则建立了自己的国家机构。1789年法国《人权宣言》第十六条规定:“凡权利无保障和分权未确立的社会,就没有宪法。”1791年法国宪法把《人权宣言》作为其组成部分,忠实地运用分权理论建立其国家制度。在西方国家中,受三权分立理论影响最大的国家是美国。美国建国初期一些州宪法中就对三权划分有了规定。后来美国政治家和联邦宪法起草人进一步发展了孟德斯鸠的三权分立理论,提出了“三权分立”和“相互制衡与平衡”的观点,并在1787年制定的联邦宪法中得到了充分体现。

(二) 心理强制说

心理强制说由德国的刑事古典学派代表人物费尔巴哈所倡导。他认为,所有违法行为的根源都在于趋向犯罪行为的精神动向,它驱使人们违背法律。因此,国家制止犯罪的第一道防线便应该是道德教育。然而,教育远非万能,总会有不服教育而产生违法的精神动向,这就决定了国家还必须建立起以消除违法精神动向为目的的第二道防线,即求助于心理强制。这种观点认为,人之违法精神动向的形成并非无中生有,而是受了潜在于违法行为中的快乐,以及不能得到该快乐所带来的不快所诱惑与驱使。这样,费尔巴哈就转向功利主义的“趋利避害”原则中寻找理论根据了。他指出,使违法行为中蕴含着某种痛苦,已具有违法精神动向的人就不得不在违法行为可能带来的乐与苦之间进行细致的权衡,当违法行为所蕴含的苦大于其中的乐时,主体便会基于舍小求大的本能,回避大于不违法之苦的苦,而追求大于违法之乐之乐,自我抑制违法的精神动向,使之不发展为犯罪行为,这就是费尔巴哈心理强制说的全部内涵。那么,怎样才能实现心理强制呢?费尔巴哈认为,刑罚与违法的精神动向相联系必须借助于一定的中介,这就是市民对痛苦与犯罪不可分的确信,即确信一定的违法行为必将招致一定的刑罚制裁。没有这种确信,市民就不可能认识到违法行为包含有痛苦,更不可能出于回避这一痛苦的动机而放弃违法的精神动向。而建立痛苦与犯罪不可分的确信的唯一途径就是用法律进行威吓。法律明确规定各种犯罪应受的刑罚,同时也就宣布了任何犯罪都必将受到惩罚。在这样的基础上,费尔巴哈主张罪刑法定,认为刑法应该具备确定性与绝对性这双重属性。确定性就是法律要明确,而不能含糊其辞、捉摸不定。绝对性就是刑法要做到有罪必罚,且具有权威性。只有罪刑

法定才能做到这两点，因此费尔巴哈极力倡导罪刑法定。

二、罪刑法定原则的基本要求

罪刑法定原则从产生之日起发展演变到今天，经历了几百年的历史。在此历史长河中，世界各国的政治、经济、文化、社会状况都发生了巨大的变化。这些变化必然反映到立法上，使法律不断地修改和完善，以适应社会生活的需要。与此相适应，罪刑法定原则也完成了从绝对的罪刑法定到相对的罪刑法定的转变，两种类型的罪刑法定原则在要求上存在着差别。

（一）绝对罪刑法定原则的基本要求

绝对的罪刑法定原则是一种严格的、不容变通的原则，它要求犯罪和刑罚的法律规定必须是绝对确定的，法官没有任何自由裁量的权力。其基本要求是：①绝对禁止适用类推和扩大解释，把刑法的明文规定作为定罪的唯一根据。对于法律没有明文规定的行为，不能通过类推或者类推解释以犯罪论处。②绝对禁止适用习惯法，把成文法作为刑法的唯一渊源。对于刑法上没有明文规定的行为，不允许通过适用习惯法定罪。③绝对禁止刑法溯及既往，把从旧原则作为解决刑法溯及力问题的唯一原则。对于行为的定罪量刑，只能以行为当时有效的法律为依据，行为后颁行的新法没有溯及既往的效力。④绝对禁止法外刑和不定期刑，刑罚的名称、种类和幅度，都必须由法律加以确定，并且刑期必须是绝对确定的，既不允许存在绝对的不定期刑，也不允许规定相对的不定期刑。

（二）相对罪刑法定原则的基本要求

相对罪刑法定原则是对传统的绝对罪刑法定原则的修正，其基本要求是：①在定罪的根据上，允许有条件地适用类推和严格限制的扩大解释。②在刑法的渊源上，允许习惯法成为刑法的间接渊源，但必须以确有必要或不得已而用之为前提。只有当构成犯罪的要件确定后，必须借助习惯法加以说明时，习惯法才能成为对个案定性处理的依据。③在刑法的溯及力上，允许采用从旧兼从轻的原则，作为禁止刑法溯及既往的例外。新法对其颁布施行前的行为，原则上没有追溯的效力。但是，当新法不认为是犯罪或处罚较轻时，则可以适用新法。④在刑罚的种类上，允许采用相对的不定期刑，即刑法在对刑罚种类做出明文规定的前提下，可以规定出具有最高刑和最低刑的量刑幅度，法官有权根据案件的具体情况，在法定的量刑幅度内选择确定适当的刑种和刑度。

从当今世界各国的刑事立法和司法状况看，早期的绝对罪刑法定原则已受到严重的挑战，取而代之的相对罪刑法定已成为各国刑法改革的方向。

三、罪刑法定原则的立法体现

我国刑法除明文规定罪刑法定原则外，在立法内容上也始终贯穿着罪刑法定原则的思想。这一原则在刑法中的具体表现如下。

（一）刑法总则中的体现

刑法总则实现了犯罪的法定化和刑罚的法定化。犯罪的法定化具体表现是：①刑法明确规定了犯罪的概念，认为犯罪是危害社会的、触犯刑法的、应当受到刑罚处罚的行为；②刑法明确规定了犯罪构成的共同要件，例如犯罪故意、犯罪过失、刑事责任能力等。刑

罚的法定化具体表现在：①刑法明确规定了刑罚的种类，即把刑罚分为主刑和附加刑两大类。主刑包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑；附加刑包括罚金、剥夺政治权利和没收财产。②刑法明确规定了量刑的原则，即对犯罪人裁量决定刑罚，必须以犯罪事实为根据，以刑事法律为准绳。

（二）刑法分则中的体现

在分则罪名方面，刑法典和其后的刑法修正案已相当完备。分则条文由1979年的103条增加到350条，罪名数由1979年的130个增加到400多个。在具体犯罪的构成要件或罪状以及各种犯罪的法定刑的设置方面，刑法典和其后的刑法修正案也增强了法条的可操作性。对于大量犯罪，尽量使用叙明罪状；在犯罪的处罚规定上，注重量刑情节的具体化。

四、罪刑法定原则的司法适用

司法机关在贯彻这一原则时，必须注意以下三方面问题：

（一）树立人权保障观念

保障人权，限制国家刑罚权，是罪刑法定原则题中应有之义。在司法实践中，衡量一种行为是否构成犯罪，首先应当考虑这种行为在刑法上是否被规定为犯罪。在某一行为虽然具有严重社会危害性，但法律并未明文规定为犯罪的情况下，不能以保护社会需要为借口而对行为人滥定罪、滥处刑。

（二）正确寻找条文

在罪刑法定原则的司法适用中，首先面临的是寻找条文活动，也即正确地理解法的明文规定。必须注意的是，法的明文规定不但是指法律的字面规定，而且指法律的逻辑包容。换言之，法的明文规定包括两种情况：一是显形规定，二是隐形规定。显形规定是指字面上的直观规定，而隐形规定是指内容上的包容规定。显形规定通过字面就可以确定，而隐形规定则一般通过字面难以确定，还必须通过对内容的逻辑分析才能确定。因此，显形规定固然是法的明文规定，隐形规定也同样是法的明文规定。

（三）合理解释条文

在罪刑法定原则要求下，司法机关对刑法条文的解释必须受到一定的限制。例如，只允许严格限制的扩大解释，也就是说，进行扩大解释必须以不超越解释权限为前提，以符合立法精神为原则，不允许越权解释或违背立法本意做任意解释，不允许不利于被告人的扩大解释。

【案例分析】

〔案情〕 张某，女，36周岁，家庭主妇。某年9月15日，张某在家中利用计算机通过ADSL拨号上网，以E话通的方式，用视频与多人共同进行裸聊时，被某市治安支队民警与分局科技信通处民警抓获。问题：张某的行为是否构成犯罪？

〔分析〕 张某的行为不构成犯罪。刑法第3条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”根据刑法分则规定，张某的行为不构成聚众淫乱罪，因为张某等人的行为不具有地理概念上的空间同一性；张某的行为也不构成传播淫秽物品罪，因为不具有淫秽物品载体。据此，张某的行为属于一般违法行为，由公安机关按照《治安管理处罚条例》处理。