



张旭 总主编

21世纪东部法学系列教材

21 SHIJI DONGBU FAXUE XILIE JIAOCAI

中国刑法学(总论)

Criminal Law of China

主 编 于世忠

副主编 房绪兴



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

D924. 01/49

2008

21世纪东部法学系列教材

张旭 总主编

中国刑法学(总论)

主 编 于世忠

副主编 房绪兴

撰稿人 (按章节先后顺序)

于世忠 房绪兴 杨艳霞 沈 琪

叶智兴 叶良芳 杨燮蛟 曹顺宏

刘延和 张 影 单 勇 谢 识

w of China

图书在版编目(CIP)数据

中国刑法学:总论/于世忠主编. —厦门:厦门大学出版社,2008. 1

(21世纪东部法学教材系列/张旭总主编)

ISBN 978-7-5615-2980-5

I. 中… II. 于… III. 刑法-法的理论-中国-高等学校-教材
IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 010748 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

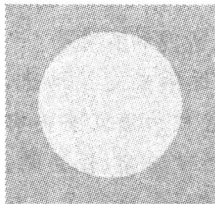
2008年1月第1版 2008年1月第1次印刷

开本:787×960 1/16 印张:24 插页:2

字数:417千字 印数:0001~3000册

定价:32.00元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



总序

一国社会的文明与进步不仅取决于该国社会政治、经济的发展,也取决于该国社会法制化的发展,而一国法制化的发展与高等法学教育之间的直接联系,使得世界各国在其法制化进程中,对于本国的法学高等教育都不能不给予高度的重视。法律作为一门专业性和时代性都很强的科学,就法学高等教育的角度而言,不仅需要一大批法律专家和学者对于有关专业问题的深入研究,更需要具有普适性高等法学教育的发展和推动,而在高等法学教育中,就所谓“传道、授业、解惑”的角度上看,法学教材的编辑不能不说是法学教育诸多环节中十分重要的一环。换言之,作为高等法学教育基本依托的法学教材建设,以及法学教材的质量与法学教育水准之间的密切联系,使得法学教材的建设成为了高等法学教育中,一项不容忽视且必须予以高度重视的问题。

我国东部地区人杰地灵,物产丰富,改革开放以来不仅是社会经济发展最快的地区之一,也是文化教育最为发达的地区之一,伴随我国法学教育改革前进的步伐,高等法学教育取得了令人鼓舞的成就。然而,就法学教材的建设而言,却存在一定程度的不足。其具体表现就是,至今没有出版一套较为全面的反映和体现东部法学教育特征的高等法学教材。而无论是就历史的发展还是现实需要的角度上看,东部不仅在中国近代意义的法学教育和法学研究上,曾经有过自己的辉煌。而且,就现实东部的经济、社会发展的需要而言,编辑一套针对东部法学教育的特点,能够体现东部法学教育特色,以及充分适应东部高等法学教育需要的法学教材,也具有十分显著的现实意义,申言之,针对东部法学教育的具体情况,编辑一套能够体现东部法学教育特色,以及充分适应东部高等法学教育需要的法学教材,不仅是东部地区社会经济、政治发展的需要,也是社会高等法学教育的现实需要。

21世纪是我国社会高度发展的一个新的历史时期,在这个新的历史发展时期中,就高等法学教育而言,不仅面临法学教育观念的变革、教育方式的改

革,也涉及教育内容的更新与发展,而这一系列问题最终都无一不体现在法学教材的编写与更新上。从这一个角度上讲,一套适应社会发展需要教材的构思、编写作为一项创造性的劳动,还需要我们认真的去思考、研究和探索。

浙江工业大学法学院,虽然算不上老牌的法学院,但是近年来发展迅速,学科建设得到了超常规发展,科研水平有了长足的提高,已经成为浙江省内有一定实力的法学科研、教学机构。学院设有理论法学、宪法行政法学、民法学、经济法学、刑法学、诉讼法学、国际法学等7个学科,以及法学研究所和司法与人权研究中心。与西南政法大学联合培养的法律硕士专业学位人员已达200多人。诉讼法学学科颇具实力,已获得硕士学位授予权。

同时,学院拥有一支教学经验丰富、科研成果丰硕的师资队伍,教授、副教授近20人,80%以上的教师具有博士、硕士学位。学院的教学、科研设施齐全,法学院大楼建筑面积达12000平方米,并配有装备现代化多媒体设施的模拟法庭3个。学院图书资料室藏书量达数万册,中外文学术期刊数百种。

在我们现有法学研究和教学力量的基础上,基于东部法学教育的现实需要。我们经过精心策划,以及充分的准备,以我校教师为主,浙江省内部分高校教师的参与下,我们编写了《21世纪东部法学系列教材》。这套教材首期出版的是按照教育部颁布的《全国高等学校法学核心课程基本要求》而编写,以及由教育部确定的法学专业核心课程的14门教材。

在这14本核心课程教材的编写中,我们不仅有意识的吸收了近十几年以来,在我国社会发展中出现的较为定型的法学研究成果,以及相应学科国际发展的动向,使本教材在内容上能够充分反映出21世纪中国法学发展的现状,以及相应学科的国际发展趋势。而且,特别注意到了东部法学教育,以及法学本科教学的特点,有的放矢的针对法学高等教育中本科学生的特点,将教学内容、教学提问,以及案例教学结合起来,使教材不仅具有新颖性、学术性,也具有较大的可读性。

法学教材的编写虽然不同于法学专著的撰写,但是资料的收集、学术思想的整理和教材的编写,以及逻辑体系上的斟酌、考量也决非一件十分容易的事情。为此,特向参与本套教材编写的各位作者,表示衷心的感谢!

本套教材的出版得到了厦门大学出版社的大力支持,在此一并表示衷心的感谢!

张旭

2007年4月于杭州



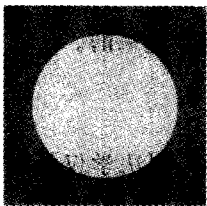
目 录

总序

绪言	(1)
第一章 刑法概述	(5)
第一节 刑法的概念、渊源和分类	(5)
第二节 刑法的根据、任务和机能	(9)
第三节 刑法的体系、规范与解释	(11)
第二章 刑法的基本原则	(19)
第一节 刑法的基本原则概述	(19)
第二节 罪刑法定原则	(21)
第三节 刑法面前人人平等原则	(31)
第四节 罪刑相适应原则	(35)
第三章 刑法的效力	(43)
第一节 刑法的空间效力	(43)
第二节 刑法的时间效力	(51)
第四章 犯罪概述	(55)
第一节 犯罪的概念	(55)
第二节 犯罪的认定	(58)
第三节 犯罪的分类	(59)
第五章 犯罪构成	(63)
第一节 犯罪构成概述	(63)
第二节 犯罪构成要件	(73)
第三节 犯罪构成要件要素	(77)
第六章 犯罪客体	(84)
第一节 犯罪客体概述	(84)
第二节 犯罪客体的分类	(87)
第三节 犯罪对象	(90)

第七章 犯罪客观方面	(94)
第一节 犯罪客观方面概述	(94)
第二节 危害行为	(98)
第三节 危害结果	(111)
第四节 刑法上的因果关系	(117)
第五节 犯罪的其他客观要件要素	(124)
第八章 犯罪主体	(127)
第一节 犯罪主体概述	(127)
第二节 自然人犯罪主体	(129)
第三节 单位犯罪主体	(147)
第九章 犯罪主观方面	(153)
第一节 犯罪主观方面概述	(153)
第二节 犯罪故意	(156)
第三节 犯罪过失	(165)
第四节 犯罪的目的与动机	(169)
第五节 意外事件	(171)
第十章 排除犯罪性行为	(174)
第一节 排除犯罪性行为概述	(174)
第二节 正当防卫	(175)
第三节 紧急避险	(183)
第四节 其他排除犯罪性行为	(187)
第十一章 故意犯罪的停止形态	(194)
第一节 故意犯罪的停止形态概述	(194)
第二节 犯罪既遂	(198)
第三节 犯罪预备	(203)
第四节 犯罪未遂	(207)
第五节 犯罪中止	(215)
第十二章 共同犯罪	(223)
第一节 共同犯罪概述	(223)
第二节 共同犯罪的成立条件	(226)
第三节 共同犯罪的形式	(231)
第四节 共同犯罪人的分类及其刑事责任	(237)
第五节 共同犯罪的特殊问题	(245)

第十三章 罪数	(252)
第一节 罪数的区分.....	(252)
第二节 一罪的认定.....	(257)
第三节 数罪的认定.....	(273)
第十四章 刑事责任	(276)
第一节 刑事责任概述.....	(276)
第二节 刑事责任的根据.....	(280)
第三节 刑事责任的实现.....	(286)
第十五章 刑罚概说	(290)
第一节 刑罚的概念.....	(290)
第二节 刑罚的目的.....	(293)
第三节 刑罚的功能.....	(297)
第十六章 刑罚的体系	(302)
第一节 刑罚的体系概述.....	(302)
第二节 主刑.....	(307)
第三节 附加刑.....	(314)
第四节 非刑罚的处理方法.....	(321)
第十七章 刑罚的裁量	(324)
第一节 刑罚裁量概述.....	(324)
第二节 量刑情节.....	(331)
第三节 累犯.....	(336)
第四节 自首与立功.....	(339)
第五节 数罪并罚.....	(344)
第六节 缓刑.....	(349)
第十八章 刑罚的执行	(356)
第一节 刑罚执行概说.....	(356)
第二节 减刑与假释.....	(362)
第十九章 刑罚的消灭	(371)
第一节 刑罚消灭概述.....	(371)
第二节 时效.....	(372)
第三节 赦免.....	(376)
后记	(378)



绪 言

一、刑法与刑法学

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律。刑法学是研究刑法及其所规定的犯罪、刑事责任和刑罚的科学。二者的关系可以简单概括为：刑法是刑法学研究的对象，刑法学是关于刑法的理论科学。刑法学是最重要的部门法学之一。

刑法学是随着刑法的产生而产生的。不论东方或西方，早在奴隶社会，就有了关于刑法的文字记载和思想论述。但是，严格来讲，刑法学成为一门相对独立的法律科学，则是在 18 世纪欧洲资产阶级革命时期。意大利的刑法学家贝卡利亚(Cesare Bonesana Beccaria, 1738—1794)被认为是近代资产阶级刑法学的鼻祖。他于 1764 年发表的《论犯罪与刑罚》一书被认为是资产阶级刑法学的奠基之作。该书在总结前人研究成果的基础上，较为全面、系统地论述了刑法学的基本问题。该书对罪刑法定、罪刑均衡、刑罚人道等刑法基本原则的论述，至今仍具有重大影响和现实意义。

社会主义刑法学是在俄国 1917 年十月革命胜利之后诞生的。苏联的一批刑法学家，以马克思列宁主义为指导，在总结本国刑事立法和司法实践经验并批判地借鉴资产阶级刑法学研究成果的基础上，创立了与资产阶级刑法学具有根本区别的社会主义刑法学理论体系。

当代中国刑法学，萌芽于新民主主义革命根据地时期，创建于中华人民共和国成立之后。1949 年新中国成立，但直到 1979 年，新中国才有了自己的刑法。在此之前和之后的一段时间，我国的刑法学理论受同属社会主义类型的苏联刑法学的影响较大，很多理论是直接照抄苏联的理论。随着改革开放的逐步深入，我国的刑法学研究也开始借鉴、学习资产阶级刑法学理论中的优秀成果。目前，我们已经基本建立了有中国特色的社会主义刑法学理论体系。

我们的理论体系既没有照搬照抄苏联的刑法学理论,也没有照搬照抄资产阶级的刑法学理论。我们的理论体系是在借鉴世界各国刑法学理论优秀成果的基础上,根据我国的立法和司法实践,根据我国的具体国情建立起来的。

二、刑法学与刑事法学

刑事法学是研究有关犯罪与刑事责任的一切问题的学科,刑法学仅是刑事法学的一部分。刑事法学包括犯罪学、监狱学、刑事诉讼法学、刑事侦查学、比较刑法学、刑法史学等。19世纪以前,由于立法和法学理论都不发达,这些学科并没有独立(有些还尚未产生),都属于刑法学这个大学科。进入19世纪,随着立法的日益细化、日益精密,刑事法理论的日益发达,产生了很多新的刑事法律和理论。这些学科也逐渐从刑法学中独立出来,成为与刑法学并列的独立的学科。因此刑法学与这些学科既有联系,也有区别。

从联系来说,这些刑事法学理论和刑法学一样,都是研究有关犯罪与刑事责任的问题的学科。它们的区别主要在于研究对象不同。犯罪学以犯罪原因与对策为研究对象。有关犯罪原因的结论必然影响刑法理论,但刑法学一般不直接研究犯罪原因。犯罪学更多地关注人为什么犯罪,刑法学则更多地关注对已经构成犯罪的行为如何定罪与处罚。监狱学是以监狱法为研究对象的学科,主要研究如何执行刑罚;刑法学则主要研究适用刑罚的前提与方法。例如,刑法学研究对什么样的犯罪行为应当判处有期徒刑,监狱学则研究怎样执行这些有期徒刑。因此,罪犯的分开羁押问题、心理矫正问题就是监狱学而不是刑法学关注的问题。但这些问题都是和犯罪及刑事责任有关的问题。刑事诉讼法学以刑事诉讼法为研究对象,这是关于如何进行刑事诉讼的法律。例如公安机关有无权力决定逮捕一个公民?死刑由哪一级法院进行核准?是否允许超期羁押等。它属于刑事程序法的范畴,刑法则属于刑事实体法的范畴。刑事侦查学是以犯罪侦查的策略和技术为研究对象的学科,研究如何侦破已经发生的犯罪,刑法学则研究对于已经侦破的犯罪如何定罪和处罚。

虽然研究对象不同,但这些学科之间还是有联系的,因为它们的目标是相同的:减少犯罪,直至消灭犯罪。例如犯罪学研究证明,完全封闭的刑罚执行方式使出狱的罪犯再社会化发生困难,从而再犯率增加。那么刑法学就要研究是否应该增加一些新的刑罚执行方式,例如周末监禁、社区服务等,使刑罚能兼顾报应与预防功能,确实降低犯罪率。社会是一个复杂的系统,每个子系统都和其他系统相联系,牵一发而动全身。因此,要降低犯罪率,单靠刑法和刑法学是无法奏效的。只有依靠各法律、各刑事法理论的共同作用,才可能实

现这个目标。

三、刑法学的研究对象与理论体系

刑法学的研究对象就是一国的现行刑法。最广义的刑法学是上文提及的刑事法学,广义的刑法学,是指解释现行刑法(刑法学)、阐述刑法规范的哲学基础(刑法哲学或理论刑法学)、研究刑法历史(刑法史学)、比较不同刑法(比较刑法学)的学科。狭义的刑法学,仅指刑法解释学。^① 本书的主体是刑法解释学,这是由本科教育的特点决定的。但本书也适当兼顾刑法理论的哲学基础。因为有些基础理论是必须掌握的,不懂这些理论就无法真正掌握刑法。

刑法学是以刑法为研究对象的知识体系和理论体系,刑法是在刑法学的理论指导下创立的。因此,二者的体系有颇多契合之处。刑法分为总则和分则,刑法学也分为总论和分论。刑法的总则分为三大部分:刑法的任务、基本原则和适用范围,犯罪,刑罚。刑法学的总论也分为三大部分:刑法概述、犯罪论、刑罚论。刑法学的分论是罪刑各论,研究对象是各个具体的犯罪,其体系也应当和刑法分则的体系一致。因此,本教材(含刑法分则)的体系如下:将刑法学区分为总论和分论,总论包括三部分内容:刑法概述、犯罪论、刑罚论;分论包括两部分内容,第一部分是分则概述,第二部分是具体犯罪的构成要件,其体系排列和刑法分则的体系排列一致。

四、刑法学的研究方法

研究刑法学,应当以辩证唯物主义和历史唯物主义为根本方法。

首先,要运用阶级分析的方法研究刑法。刑法也和国家一样,是阶级矛盾不可调和的产物。刑法从它产生的那一天起,就是统治阶级意志的表现。虽然阶级矛盾已经不是我国现阶段的主要矛盾,但阶级分析法并未过时。刑法中的一系列重大理论问题,如刑法的立法宗旨、政治方向和根本目的,都与刑法所代表的阶级利益紧密相关。我们要学会使用阶级分析的方法研究刑法,这样才能从根本上掌握刑法中的重大理论问题。

其次,要运用历史的、发展的观点研究刑法。辩证唯物主义与历史唯物主义认为事物是发展变化的,而不是静止的、固定不变的。刑法是社会意识的忠实反映。有什么样的社会意识,就会有什么样的刑法。在皇权至上的时代,“偷窥皇宫”就是犯罪,要处臏刑(《法经》)。在现代文明社会,皇宫则免费向普

^① 张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2003 年版,第 1 页。

通人开放,供人们参观,偷窥皇宫也不再是犯罪。我们在研究刑法时,必须持历史的、发展的观点,将现行刑法的规定与历史状况和未来前景结合起来进行研究。只有这样,才能正确把握刑法的立法精神,才能深刻理解现行刑法的规定。只有运用发展的观点研究刑法,我们才能够根据实践中的新问题制定新的立法或创造新的理论,使刑法和刑法学都不断得到完善。

再次,要运用理论联系实际的方法研究刑法。理论联系实际的方法是辩证唯物主义和历史唯物主义的基本研究方法。这一方法在刑法学研究中具有特别重要的意义。刑法学是一门实践性很强的学科。它以刑法为研究对象,而刑法是以生活中形形色色、包罗万象的犯罪及其刑事责任为规制对象的。刑法不可能脱离实践,脱离了实践,它就成了无水之鱼,无本之木了。刑法学也不可能脱离实践。人们学习刑法学不是为了提高自己的思辨能力,而是为了用这个理论解决实践中与犯罪及刑事责任有关的问题。所以,它不能是一种纯粹思辨的理论,它必须是一种能解决实际问题,能指导实践的理论。如果刑法学理论不和实践相结合,刑法学理论就只是漂亮的、空洞的理论。学习刑法学时,要运用理论联系实际的方法,还因为司法实践在不断变化,不断对理论提出新的要求。刑法理论要随时关注这个变化,不断根据实践的要求修改、完善自己的理论。因此,只有和我国的立法实践、司法实践相结合,刑法学才能获得足够的养料,使自己的理论日趋完善,并为社会提供更好的理论指导。

研究刑法学,有两个具体的研究方法很重要,这就是注释研究法和案例分析法。

注释研究法是对刑法条文逐字逐句进行解释、分析的方法。刑法典的用语具有概括性,法条的内容并不总是清楚、明白、一目了然,这就需要解释。本科生学习刑法学,主要就是学习刑法的具体规定,掌握法条的内涵。因此在学习中必须对刑法条文进行逐字逐句的解释、分析。案例分析法,是指运用典型刑事案例研究刑法理论的方法。刑法学具有很强的实践性,刑法理论只有在具体运用中才能得到检验、丰富和发展。疑难案件常会迫使我们思考,迫使我们发展刑法理论,修改刑事立法。运用典型案例研究刑法学,既可以提高我们分析问题的能力,更加牢固地掌握刑法学知识,也可以检验刑法理论,还可以发展刑法理论。

第一章



刑法概述

第 1 节 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、刑事责任及其如何处罚的法律规范的总和。具体来说，刑法是指统治阶级为维护统治，将自己的意志上升为国家意志并通过国家制定的关于什么行为是犯罪、如何承担刑事责任和刑罚的法律规范的总和。它是一个独立的部门法，以自己独有的方式独立地保护、调整特定的社会关系。刑法具有以下几个基本特征：

1. 规制内容的特定性

刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范的总和。它规定的是犯罪行为及刑事责任，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，使刑法成为一个特殊的、独立的部门法。

2. 法益保护的广泛性

刑法之外的一般部门法都只是调整和保护某一方面的社会关系，例如民法仅调整和保护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；婚姻法仅调整和保护婚姻家庭关系；行政法仅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。刑法所保护的社会关系则具有广泛性，涉及社会生活的各个方面。可以认为，一般部门法所要调整和保护的社会关系，刑法都可以进行调整和保护。这是因为犯罪的发生并无行业、部门、主体

等限制,只要违法行为严重到严重危害社会主义社会秩序的程度,就认为构成犯罪,刑法就要调整。例如,一般的走私行为由海关法来调整,但严重危害我国经济秩序的走私行为,则构成走私罪,要由刑法来调整。一般的对婚姻不忠的行为,由婚姻法来调整,严重的不忠行为,如重婚,则由刑法来调整。

3. 制裁手段的严厉性

刑罚是刑法规定的主要制裁方法,它是所有部门法中最严厉的制裁方法。一般部门法对一般违法行为也适用一定的强制方法,如罚款、责令停业整顿、警告、行政拘留等。但这些制裁措施的严厉性远不如刑罚。刑罚可以剥夺人的自由和财产。最严厉的刑罚可以剥夺人的生命。

4. 其他法律的保障性

刑法是其他部门法的保障法,其他部门法的彻底贯彻实施都要依赖于刑法。这是因为刑法可以剥夺人的生命、自由、财产。以此作后盾,才能保障其他部门法的顺利贯彻执行。例如如果不规定“拒不执行判决、裁定罪”,那些恶意赖账、有履行能力而拒不履行判决、裁定的人将肆无忌惮地藐视法律。规定了此罪,就可以以刑罚为威慑迫使这些人认真履行判决、裁定,从而保证民法和民事诉讼法的执行。所以,其他部门法是“第一道防线”,刑法是“第二道防线”。^①

5. 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。^②由于刑法以刑罚作为主要制裁方法,而刑罚是一把双刃剑,既有利,也有弊。用之不当,则国家与个人均受其害。所以,我们要慎用刑法,刑法应当相对谦抑、保守。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。如果其他部门法已经能够很好地起到对法益的保护作用,此时就不应当适用刑法。

二、刑法的渊源

刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范的总和。刑法并不仅仅包括刑法典,单行刑法、附属刑法都是我国刑法的渊源。某些国际条约也是我国刑法

^① 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第9页。

^② 张明楷著:《刑法学》,法律出版社2003年版,第30页。

的渊源。

(一) 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、刑事责任与刑罚的法律。中华人民共和国成立后的 1979 年,我国制定了《中华人民共和国刑法》,此即我国的刑法典。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,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。

修订的刑法施行后,根据实践的需要,我国又对刑法进行了一些修改,先后颁布了一个单行刑法,六个刑法修正案。

需要说明的是:虽然我们习惯于将 1997 年的刑法典称为新刑法,将 1979 年的刑法典称为旧刑法,但迄今为止,我国只有一部刑法典。1997 年刑法并非是废除 1979 年刑法而新制定的法律。它是在 1979 年刑法的基础上修订而成的,二者具有连续性。审判实践中,如果适用的是 1997 年刑法的法条,应称为“刑法第某某条”,不能称为“1997 年刑法第某某条”。如果要适用或引用 1979 年刑法的法条,则将其称为“1979 年刑法第某某条”。在特意将二者进行比较的场合,如审理旧案或进行学术研究时,则将二者分别称为“1979 年刑法”、“1997 年刑法”。

(二) 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先后颁布实施了 23 个单行刑法。根据 1997 年刑法附则的规定,这些单行刑法中的 15 个已完全废止,8 个单行刑法中有关刑事责任的规定不再有效,但有关行政处罚和行政措施的规定继续有效。换言之,1997 年以前的单行刑法中的刑事责任部分全部被废止,其主要内容都纳入了 1997 年修订的刑法。1997 年后,全国人大常委会相继通过了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》(1998 年 12 月 29 日)、《全国人民代表大会常务委员会关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》(1999 年 10 月 30 日)、《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》(2000 年 12 月 28 日)等决定。这三个《决定》都是针对专门犯罪的,都有适用刑法追究相关犯罪的规定,但它们并不都是单行刑法。其原因在于:单行刑法必须对刑法典进行了修改或补充,即增加、删除、修改了罪名或法定刑。如果《决定》只是指出对哪些犯罪行为应适用刑法的哪些条款进行惩

处,就不能算是单行刑法。根据这一标准,只有《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》增设了新罪名,改变了《刑法》中逃汇罪的犯罪主体,并提高了其法定刑;其他两个决定仅是指出对邪教犯罪活动应如何处理、对利用互联网进行的哪些犯罪应追究刑事责任,并未修改刑法,因此1997年3月刑法修订后,全国人民代表大会常务委员会颁布了一个单行刑法。

需要说明的是:制定《刑法修正案》是比制定单行刑法更好的修改刑法的方式,它有利于刑法典的统一。从1999年12月25日全国人大常委会颁布《刑法修正案》(即第一个刑法修正案)开始,我国就没有再颁布过单行刑法了。

(三) 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。这类刑法规范附属于非刑事法律,故称之为附属刑法。1997年刑法实施以后,我国的一些经济法、行政法当中还有这方面规定。但基本上都规定为:“构成犯罪的,依法追究刑事责任。”这种规定只是重申刑法的规定,不具有附属刑法的实质内容。

(四) 国际刑法

每个国家都应遵守自己签署的国际条约,但有些国际条约可以直接适用,有些必须转化为国内法才能适用。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,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(即仅规定某些行为是国际犯罪,并无具体刑事责任的规定),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。^①

三、刑法的分类

(一) 广义刑法与狭义刑法

广义刑法是指关于犯罪及其刑事责任的法律规范的总和,即包括刑法典、单行刑法与附属刑法、国际刑法。狭义刑法是指刑法典。

(二) 普通刑法与特别刑法

普通刑法是指在一国范围内具有普遍适用的性质与效力的刑法。刑法典即为普通刑法。特别刑法是指适用于特别的人、特别的时间、特定的地域或者

^① 曲新久等著:《刑法学》,中国政法大学出版社2004年版,第5页。

特定的事项的刑法。单行刑法、附属刑法属于特别刑法。国际刑法视其内容而定,或者属于特别刑法或者属于普通刑法。我国 1979 年刑法实施期间,曾有一部特别刑法——《中华人民共和国惩治军人违反职责罪条例》,这部刑法的适用对象就是军人。1997 年修改刑法时,这部分内容被纳入刑法分则第十章“军人违反职责罪”,该单行刑法即被废止。香港、澳门、台湾的刑法仅适用于我国香港、澳门、台湾地区,也可算是特别刑法。

(三)形式刑法与实质刑法

形式刑法是指从名称(形式)上就可以知道属于刑法范围的法律,例如刑法典、单行刑法。实质刑法是指从名称上看不出是刑法,但其内容规定有犯罪及刑事责任的法律,例如附属刑法。

第 2 节 刑法的根据、任务和机能

一、刑法的根据

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。”这说明制定刑法的法律根据是我国宪法。宪法是我国的根本法,在我国的法律体系中具有最高的法律效力,任何法律都不能和宪法相抵触。刑法也必须遵守宪法的精神和具体规定,不得与宪法相抵触。

根据《刑法》第 1 条,制定刑法的实践根据是我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况。这要求立法机关在制定刑法时必须考虑我国的具体国情,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制定刑法。例如,外国的罪刑法定原则一般仅规定:“法无明文规定不为罪”,我国则规定:“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。”即:我国的罪刑法定原则除了强调“法无明文规定不为罪”,还同时强调了“法有明文规定的,依照法律定罪处刑”。这是囿于我国现在还不够完善的法治环境,有法不依,该定罪处刑不定罪处刑的情况而存在的。