



江西省法学教材系列

主编 黄华生

刑法总论



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

C13070490

D924.01
67



江西省法学教材系列

刑法总论

主 编 黄华生

副主编 苏雄华 刘 君

► 撰稿人（按撰稿章节顺序）：

黄华生 郭小亮 苏雄华 卢 宇

刘士国 刘 君 王 振



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位



北航

C1678922

D924.01
67

图书在版编目(CIP)数据

刑法总论/黄华生主编. —厦门:厦门大学出版社, 2013. 5

江西省法学教材系列

ISBN 978-7-5615-4608-6

I. ①刑… II. ①黄… III. ①刑法-法学-中国-高等学校-教材 IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 075551 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

三明日报社印刷厂印刷

2013 年 5 月第 1 版 2013 年 5 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:19.75 插页:2

字数:450 千字 印数:1~3 000 册

定价:31.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换

江西省法学教材系列编委会

主 任：魏小琴

常务副主任：刘德意

副主任：涂书田 叶 青 利子平 邓 辉
 沈桥林 朱爱莹 邓国良 王世进
 王新华 宋文艳

执行总主编：涂书田

委 员：(按姓氏拼音排序)

曹贤信	邓国良	邓 辉	江 丽
康 诚	李朝生	利子平	刘德意
刘 俊	刘 俊	沈桥林	施高翔
舒小庆	宋文艳	涂书田	宛锦春
汪志刚	王世进	王新华	魏小琴
叶 青	朱爱莹	邹建辉	

总序

党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央,作出了“全面推进依法治国”的重大决策和战略部署。习近平同志在中央政治局就全面推进依法治国进行集体学习时强调,要坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。江西省第十三次党代会根据建设富裕和谐秀美江西的发展战略,提出了加快推进依法治省进程的明确要求。党中央、江西省委为新时期法学研究和法学教育事业发展提出了新的要求并指明了方向。

法律的进步和法治的完善,是一项综合性、系统性的社会工程。全民法律意识、法律素质的提高,是实现全面推进依法治国战略关键的、决定性的因素。在推进法律进步和法治完善进程中,法学教育无疑处于基础的地位。江西省的法学教育自上世纪70年代末恢复开展以来,取得了长足的进步。时至今日,开设法学本科教育的大专院校就有二十余所,培养了大批的优秀法律专业人才。随着国家的发展、社会的进步和法治建设的深入推进,高等法学教育日益面临新的任务。这就需要全省高校各法学院(系)加强合作与交流,共同推进我省高等法学教育事业发展,以适应全社会对法律专业人才的多样化需求。要搞好法学教育,自然离不开一套好的法学教材。为了适应新形势下我省高等法学教育和民主法治实践发展的需要,提升法学本科教学和研究水平,江西省法学会组织全省高校各法学院(系)联合编写了这套适应法学本科教育,具有江西特色,符合社会主义法治理念要求的法学系列教材。

本套教材以我省高校主要法学院(系)的师资力量为依托,由具有丰富教学经验和科研能力的资深教授领衔主编,约请全省二十余所高校法学专业骨干教师联袂参编,作者权威,阵容强大。在内容和体例上,教材特别强调以学生为本,从法学本科生的知识需要出发,既注重保留传统教材的精华,又力求有所突破和创新。首先,各册教材根据巩固基础、够用好学的要求,对相应领域的法律知识进行了高度整合,形成一个逻辑严密、便于理解掌握的知识体系,帮助学生打下扎实的法律专业基础。其次,突出理论与实践的结合,在各章之前增设了“引例”,通过案例激发学生的学习动力和兴趣,切入相关知识体系,从而进一步理解抽象的法律专业知识。同时,根据当前法科学生必须通过

司法考试方能取得司法从业资格的实际需要,注意了理论教育与职业教育之间的衔接,在各章之后增加了“司法考试真题链接”,帮助学生将理论知识与司法考试有机结合起来。在学术观点上,为了避免给学生学习上带来过多困惑,通篇采用了我国法学界公认的理论观点,对存有争议的部分不作深入探讨。

本套教材既是江西省各高校法学院(系)通力协作、共同努力的结果,集中体现了我省法学教学与科研的最新成果,凝聚了广大教师的心血和智慧,也是一套面向新时期、反映我省当今高等法学教育最新状况的法学教材。相信本套教材的出版,一定能够为新时期我省高等法学教育的繁荣发展发挥应有的作用。

本套教材的编写,由厦门大学出版社策划并提供大力支持,得到了中共江西省委政法委的指导。在此,谨致深切的谢意。由于水平和经验有限,错误和不当之处在所难免,敬请读者批评指正,以助日后不断修改完善。

江西省法学教材系列编委会

2013年3月



刑法学是高等学校法学教育的一门主干课程。“江西省法学教材系列”丛书中的刑法学教材分为《刑法总论》和《刑法分论》两册。本教材《刑法总论》努力贯彻高等教育法学本科教育主干课程教材的要求,全面系统地阐述犯罪、刑事责任和刑罚的基本理论以及我国刑法总则的基本规定和基本原理,并注意吸收立法解释和司法解释的相关规定。本教材在学术观点上注重基础性和传承性,主要阐述我国传统刑法学的基本理论和通说观点,同时也适当反映刑法学理论研究的新成果和新观点。本教材在编写体例上比较新颖,采取的是原理阐释与案例分析相结合的编写体例,每章均由引例、正文、思考题和司法考试真题链接四部分组成,在简明扼要地阐释刑法学基本理论的同时,着力培养学生的法律思维能力和实践应用能力,并有助于增强学生应对国家司法考试的能力。

本教材适合高等学校法学专业的本科生和研究生使用,适合备考国家司法考试和从事刑事司法实务的人员研习使用,也适合作为刑法学教学和研究人员的参考用书。

本教材由江西省七所高等院校法学院系的七位从事刑法学教学和研究的教师负责编写,具体分工如下(按撰写章节先后为序):

黄华生(江西财经大学法学院副院长、教授,博士):绪言、第1章、第8章;

郭小亮(江西警察学院法律系讲师,硕士):第2章;

苏雄华(江西理工大学文法学院讲师,博士):第3章、第7章;

卢宇(华东交通大学人文社科学院副教授,硕士):第4章、第5章;

刘士国(九江学院政法学院副教授,硕士):第6章;

刘君(江西师范大学政法学院讲师,博士):第9章、第11章;

王振(江西科技师范大学法学院副教授,硕士):第10章。

黄华生负责拟定本教材的编写大纲并统改定稿。

由于编写者水平有限,本教材难免存在纰漏和错误,敬请法学界的同仁和读者批评指正。

黄华生

2013 年 5 月



目 录

绪言/1

第一章 刑法概说/4

- 第一节 刑法的概念、渊源和性质 4
- 第二节 刑法的演变与体系 6
- 第三节 刑法的任务和机能 11
- 第四节 刑法的解释 13

第二章 刑法的基本原则和效力范围/19

- 第一节 刑法的基本原则 19
- 第二节 刑法的效力范围 25

第三章 犯罪概念和犯罪构成/36

- 第一节 犯罪概念 36
- 第二节 犯罪构成概述 41
- 第三节 犯罪客体 48
- 第四节 犯罪客观方面 55
- 第五节 犯罪主体 76
- 第六节 犯罪主观方面 101

第四章 正当行为/127

- 第一节 正当行为概述 127
- 第二节 正当防卫 131
- 第三节 紧急避险 142

第五章 故意犯罪的停止形态/150

- 第一节 故意犯罪停止形态概述 150
- 第二节 犯罪既遂形态 152

第三节 犯罪预备·····	153
第四节 犯罪未遂·····	157
第五节 犯罪中止·····	161

第六章 共同犯罪/170

第一节 共同犯罪概述·····	170
第二节 共同犯罪的形式·····	176
第三节 共同犯罪人的刑事责任·····	180

第七章 罪数/191

第一节 罪数概述·····	191
第二节 实质的一罪·····	195
第三节 法定的一罪·····	202
第四节 处断的一罪·····	206

第八章 刑事责任和刑罚概说/214

第一节 刑事责任·····	214
第二节 刑罚的概念·····	216
第三节 刑罚的目的·····	219
第四节 刑罚的功能·····	224

第九章 刑罚的体系与种类/227

第一节 刑罚的体系概述·····	227
第二节 主刑·····	229
第三节 附加刑·····	236
第四节 非刑罚处罚措施·····	242

第十章 刑罚的裁量/245

第一节 刑罚裁量概述·····	245
第二节 刑罚裁量情节·····	249
第三节 刑罚裁量制度·····	257

第十一章 刑罚的执行和消灭/295

第一节 刑罚的执行·····	295
第二节 刑罚的消灭·····	301

绪言

一、刑法学的概念、对象和体系

刑法学是研究刑法及其规定的犯罪、刑事责任以及刑罚的科学。它是一门重要的部门法学,在立法和司法实践中都具有重要的地位。

刑法学的研究内容源远流长,无论在西方还是东方,都有关于刑法学内容的文字记载和思想阐述。例如,在盎格鲁—萨克逊英格兰时期,死刑已很常见,有时对不能恰当支付高额赔偿的犯罪者也适用死刑,到1124年的时候,绞死了四十四名盗贼,死刑适用达到了高潮。^①又如,在我国五帝时代,根据《尚书·皋陶谟》的记述,五帝时代共有“有邦”、“兢兢”、“业业”、“一日”、“二日”等五种死刑。^②这些关于盗贼、死刑种类与适用都属于刑法学所要研究的内容。但是,刑法学作为一门相对独立的学科,是在近代才出现的。一般认为,1764年意大利著名刑法学家贝卡里亚发表了《论犯罪与刑罚》一书,它标志着刑法学作为一门独立学科的诞生。《论犯罪与刑罚》比较系统地论述了刑法学总论的一些重要问题,例如罪刑法定原则、罪刑均衡、刑罚人道主义等重要的刑法学思想。^③此后,随着德国刑法学者费尔巴哈和意大利的龙勃罗梭、菲利等人对刑法学的探索和发展,逐渐形成了刑事古典学派和刑事实证学派这两大学派,两大学派之间的对立和论战又进一步推动了刑法学理论的发展。

任何一门成熟的学科都有自己的特定的研究对象,刑法学也不例外。刑法学发展到现在,已经是一门相当成熟的学科。刑法学具有自身特色的研究对象,但具体的研究对象包括哪些内容,刑法学界并没有形成统一的共识。有的学者认为,刑法研究的对象是刑法及其所规定的犯罪和刑罚。不过,目前刑法学界的通说认为,刑法的研究对象是刑法及其所规定的犯罪、刑事责任和刑罚。通说主要突出强调刑事责任在刑法体系中具有相对独立并且重要的位置,它既不属于犯罪论部分也不属于刑罚论部分,而是相对独立的范畴。本书赞成通说的观点,刑法的研究对象应该是刑法及其所规定的犯罪、刑事责任和刑罚。所以,从刑法学的研究对象出发,我们就可以把刑法学和其他法学学科尤其是犯罪学、刑事诉讼法学、刑事证据学等法学学科加以区分。虽然这些学科也会涉及犯罪、刑事责任和刑罚的内容,但他们都不是专门研究刑法规范的,也不是从刑事实体法的角度来研究犯罪、刑事责任和刑罚。例如,犯罪学一般以犯罪现象、犯罪原因以及犯罪预防为研究对象;

① [英]约翰·哈德森:《英国普通法的形成——从诺曼征服到大宪章时期英格兰的法律与社会》,刘四新译,商务印书馆2006年版,第89~90页。

② 蔡枢衡:《中国刑法史》,中国法制出版社2005年版,第50页。

③ [意]切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年版。

刑事訴訟法學以如何偵查、起訴、審判等刑事訴訟程序為研究對象；刑事證據學則以有關刑事證據的基本理論、立法規定以及司法實踐為研究對象。

刑法學的體系是指在將刑法學的研究對象具體化之後，對刑法學所包括的具體知識內容加以排列組合而形成的理論上的體系化的結構形式。刑法學的體系編排是按照自身內在的理論聯繫和邏輯結構進行的，它對於刑法學的初學者從整体上認識和把握刑法學具有積極的幫助作用。我國的刑法學體系是以我國刑法及其所規定的犯罪、刑事責任和刑罰為研究對象而建立起來的。因此，刑法學的體系不能脫離刑法典的體系，但是又與刑法典的體系有別。我國的刑法學體系就理所當然地要參照我國刑法典的體系，同時還要兼顧刑法學內在的理論聯繫和邏輯結構以及敘述的方便。從這樣的觀點出發，本書作為專門論述刑法總論知識的教材，其體系除了緒言之外分為十一章，依次是：刑法概說；刑法的基本原則和效力範圍；犯罪概念和犯罪構成；正當行為；故意犯罪的停止形態；共同犯罪；罪數；刑事責任和刑罰概說；刑罰的種類；刑罰的裁量；刑罰的執行和消滅。

二、刑法學的研究方法

研究刑法學應該以辯證唯物主義和歷史唯物主義為根本方法，同時要注重對以下具體方法的綜合運用。

第一，運用歷史、發展的觀點研究刑法。研究我國刑法，一方面既要了解刑法制定的歷史背景，又要結合當代社會發生的變化；另一方面，必須對我國的基本國情和基本政治制度有所把握。“刑法的樣態是該社會意識的忠實反映；關於對違法者實施以剝奪其生命、自由、財產為內容的正式制裁的正當化，某個時代的、某個組織起來的共同体認為什麼樣的行为應當受到這種正式制裁的充分的非難可能性的問題，是顯示該社會的道德態度的晴雨表。因此，刑法特別敏感地反映着社會構造上或社會意識上的變化。”^①因此，解釋刑法和適用刑法時，應該適當關注刑法制定的歷史背景和當今社會的社會意識。

第二，運用理論聯繫實際的方法研究刑法。理論聯繫實際是科學研究的普遍方法，也是刑法學研究的基本方法。“實踐是刑法理論的源泉、發展動力和檢驗標準”^②，刑法學是一門理論性與實踐性都很強的法律學科，豐富的刑事立法和司法實踐是刑法理論的源泉。刑法理論也只有具體運用的實踐中才能得到檢驗、豐富和發展。因此，在刑法學研究過程中，一方面要認真把握和理解刑事立法精神，並且要予以充分的闡釋；另一方面要善于發現問題，並提出進一步完善刑事立法的建議。同時，刑法理論應該充分重視司法實踐經驗，尤其是執行刑法的經驗。刑法學者對於司法機關作出的司法解釋和頒布的典型案例，應予以調查研究並加以消化吸收。理論聯繫實際的重要途徑就是運用典型案例來研究刑法。“在運用典型案例研究刑法時，既可以更加牢固地掌握刑法理論，也可以檢驗刑法理論的正確性，還可以通過疑難、複雜案例去發展刑法理論，因為疑難案件往往促使刑法學者對刑法規定做出新的解釋。”^③

① 轉引自張明楷：《刑法學》，法律出版社2011年版，第14頁。

② 張明楷：《刑法學》，法律出版社2011年版，第14頁。

③ 張明楷：《刑法學》，法律出版社2011年版，第15頁。

第三,运用注释的方法研究刑法。注释的方法,也称为法条分析的研究方法,是指对刑法条文进行文理阐述和解释,以明确刑法的意义的方法。在刑法适用中会遇到各种各样的实际问题和特殊情况,这就需要根据立法意图,对刑法条文的含义进行认真的剖析,做到刑法条文与真实案例的统一。在运用注释分析的方法过程中,还应把定性分析与定量分析相结合。例如,在对案件准确性的前提下,还需要对犯罪情节以及刑罚轻重进行认定和裁量,做到公正合理地裁判案件。

第四,运用比较分析的方法研究刑法。比较分析的方法主要是指对不同国家的刑法和对不同时期的本国刑法,在充分收集材料和调查研究的基础上,进行对比,剖析利弊,最终继承与发展本国的刑法理论的方法。不同国家的刑法虽然存在许多方面的不同,但也有不少相同或相似的规定,通过比较分析,可以寻找可供借鉴的刑法理论。对不同时期的本国刑法,要比较分析进行修改的原因,总结其中的规律性知识,以此发展本国的刑法理论。运用比较的分析方法研究刑法具有重要的意义和作用:有助于拓宽刑法学理论研究的视野,增进对各种不同刑法理论、刑事立法以及司法实践的了解和掌握,吸取经验教训,推动刑法学理论的发展。

第五,运用历史分析的方法研究刑法。历史分析的方法是指从纵向的角度对刑法的演变进行分析,弄清刑法的历史背景和发展过程,以此明确刑法发展趋向的方法。在运用历史分析的方法研究刑法时,一方面要对我国各个历史时期的刑法思想、刑事立法以及刑法制度的产生、发展和演变情况进行系统的考察研究;另一方面也要对刑法理论的某项专题,例如犯罪构成理论、共犯理论和罪数理论等重要的基础理论进行历史的考察,以便总结前人的经验,从学术的角度评判各种理论的合理性程度,最终发展自身的刑法理论。

参考文献

参考文献一

1. 张明楷.《刑法学》.北京:清华大学出版社,2003.

2. 陈兴良.《刑法学》.北京:中国人民大学出版社,2003.

3. 高铭暄,马克昌.《刑法学》.北京:高等教育出版社,2003.

4. 周光远.《刑法学》.北京:中国政法大学出版社,2003.

5. 王作富.《刑法学》.北京:中国政法大学出版社,2003.

6. 李希.《刑法学》.北京:中国政法大学出版社,2003.

7. 王作富.《刑法学》.北京:中国政法大学出版社,2003.

8. 王作富.《刑法学》.北京:中国政法大学出版社,2003.

9. 王作富.《刑法学》.北京:中国政法大学出版社,2003.

10. 王作富.《刑法学》.北京:中国政法大学出版社,2003.

① 王作富.《刑法学》.北京:中国政法大学出版社,2003.

② 王作富.《刑法学》.北京:中国政法大学出版社,2003.

第一章 刑法概说

【引例】

2005年9月15日,B市的家庭主妇张某在家中利用计算机ADSL拨号上网,以E话通的方式,使用视频与多人共同进行“裸聊”被公安机关查获。

从2006年11月到2007年5月,Z省L县的无业女子方某在网上从事有偿“裸聊”,“裸聊”对象遍及全国22个省、自治区、直辖市,在电脑上查获的聊天记录就有300多人,网上银行汇款记录1000余次,获利2.4万元。

对于上述网上“裸聊”案中的张某和方某的行为如何定罪,存在争议。主要存在以下三种意见:第一种意见认为应定传播淫秽物品罪(张某)或者传播淫秽物品牟利罪(方某);第二种意见认为应定聚众淫乱罪;第三种意见认为“裸聊”不构成犯罪。

其实,上述两个案例的争议焦点在于“裸聊”行为能否解释为刑法规定的传播淫秽物品罪的行为或聚众淫乱罪的行为。从罪刑法定的原则以及刑法解释理论出发,“裸聊”的行为不宜解释为传播淫秽物品的行为或聚众淫乱的行为。如果把“裸聊”行为解释为传播淫秽物品的行为或聚众淫乱的行为,则混淆了扩大解释与类推解释的界限,其实是在运用类推解释来适用刑法,而类推适用在1997年修订刑法时已经被删除。因此,虽然“裸聊”的行为存在一定的社会危害性,但是根据罪刑法定原则和禁止类推解释的原理,第三种意见是正确的。

第一节 刑法的概念、渊源和性质

一、刑法的概念

在我国,“刑法”一词的正式使用始于1928年制定的《中华民国刑法》,以前称刑法为“刑统”、“刑律”。但何谓刑法,学者们观点各异。有的学者认为,刑法是规定犯罪和刑罚的法律;^①也有的学者认为,刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范。^②我国刑法理论通说认为,刑法是指规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律规范。本书赞成通说的观点,认为刑法是指规定犯罪、刑事责任以及刑罚的法律规范的总称。

为了全面、深入理解刑法的概念,我国刑法理论界从不同的角度对刑法进行了分类,主要存在以下几种分类:

① 曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2009年版,第1页。

② 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第19页。

1. 广义刑法和狭义刑法。这是以刑事法律规范的表现形式为标准的分类。广义的刑法是指规定犯罪、刑事责任和刑罚的一切法律规范,包括刑法典、单行刑法和附属刑法等。狭义刑法是指国家立法机关以刑法典的形式公布的法律规范,例如1997年《中华人民共和国刑法》。

2. 普通刑法和特别刑法。这是以刑法的适用范围为标准的分类。普通刑法是指具有普遍适用效力的刑法,其实就是指刑法典。特别刑法是指适用于特定的人、特定的时间、特定地域或者特定事项的刑法。例如,在我国已经失效的《惩治军人违反职责罪暂行条例》,这一单行刑法适用于特定的人,属于特别刑法。又如,我国全国人大常委会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》,这一决定主要是针对外汇犯罪的特定事项而规定的,也属于特别刑法。再如,香港、澳门以及我国台湾地区的刑法仅适用于特定的区域,也可以称为特别刑法。一般而言,刑法典属于普通刑法;单行刑法和附属刑法属于特别刑法。

3. 固有刑法和行政刑法。这是以刑法规定的犯罪是否违反道德规范为标准的分类。固有刑法,又称为刑事刑法或者犯罪刑法,是指规定违反道德规范为前提的犯罪的刑法。例如,杀人、放火、强奸、抢劫等行为在所有的国家一般都被规定为犯罪,规定这些犯罪的法条均属于固有刑法。行政刑法是指以行为违反行政法律规范为前提,该行为又构成犯罪的刑法。例如,我国《税收征收管理法》第66条规定:“以假报出口或者其他欺骗手段,骗取国家出口退税款,由税务机关追缴其骗取的退税款,并处骗取税款一倍以上五倍以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”这种在行政法律规范中规定的刑法条款就属于行政刑法。

二、刑法的渊源

刑法的渊源是指刑法存在的形式。在我国,刑法的渊源主要有以下三种:

一是刑法典。刑法典是指以国家名义颁布的,系统规定犯罪、刑事责任以及刑罚的法律。刑法典是刑法的主要存在形式。我国现行刑法典是1979年制定、1997年大幅度修订的《中华人民共和国刑法》。1999年之后陆续出台的八个刑法修正案也属于刑法典的有机组成部分。

二是单行刑法。单行刑法是指国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的,规定某些犯罪的罪状、刑事责任以及刑罚,或者规定刑法某一事项的法律。1981年6月至1995年10月,全国人大常委会先后颁布了24个单行刑法。1997年刑法典修订之后,这些单行刑法被废止。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》是目前有效的单行刑法。

三是附属刑法。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。由于这类刑法规范附属在非刑事法律之中,所以称为附属刑法。1979年刑法典实施期间,我国先后存在130多个附属刑法条文,这些条文对完善刑事立法起到了一定的作用。由于附属刑法不规定独立的犯罪和法定刑,所以附属刑法的适用最终还得回归到相关刑法法规的适用。

另外,我国刑法的渊源还包括以下两种:一是民族自治地方制定的变通或补充规定。

有的学者把这一刑法渊源归纳到单行刑法范畴内。^① 本书认为把其归纳到单行刑法的范畴值得商榷,因为单行刑法的制定权只能是全国人大常委会,而这种变通规定或补充的制定权只能是自治区或省的人民代表大会,全国人大常委会只行使批准权。二是我国缔结或者参加的国际条约中的刑法规范。不过这种国际条约中的刑法规范一般是转化为我国的国内法而适用的。

三、刑法的性质

传统的刑法学理论认为,刑法的性质包括阶级性质和法律性质。^② 但是,当前刑法理论界越来越注重刑法的法律性质,即刑法区别于其他法律的特别属性。一般认为,刑法的特别属性主要有以下几点:

第一,规定内容的特定性。刑法是规定犯罪、刑事责任以及刑罚处罚的法律规范。刑法内容的特定性是刑法的首要特别属性,这是刑法与其他部门法律的显著区别。例如,宪法规定的是国家的根本政治制度 and 经济制度、公民的权利与义务以及国家机构的设置等重大事项的根本大法;民法规定的是平等主体之间的人身关系和财产关系的私法。

第二,调整范围的广泛性。刑法的调整范围是所有受侵害的社会关系,既有经济的,也有政治的;既包括人身的,也包括财产的。调整范围涵盖了社会的方方面面。而其他部门法的调整范围仅涉及社会关系的某些方面。例如,民法只调整平等主体之间的人身关系和财产关系;经济法只调整一定的经济关系;行政法只调整行政关系。所以,有的学者认为,一般部门法所要保护的法益(社会关系),刑法都要予以保护。^③

第三,处罚手段的严厉性。刑法的处罚手段是刑罚,刑罚可能剥夺财产、人身自由、政治权利;在特殊情况下,还有可能剥夺生命。无论是违反民法,还是行政法,抑或是经济法,都不可能剥夺违法者的生命。因此,刑法的处罚手段最为严厉。

第四,保护权益的后盾性。也称作刑法的最后手段性或者补充性。只有当其他部门法不能充分保护某种权益时,才由刑法来加以保护;只有当其他部门法不足以抑制某种危害行为时,刑法才加以禁止。从刑法保护权益的后盾性这一特性来看,刑罚应当限定在必要及合理的限度内,刑法应当尽量保持谦抑性。

第二节 刑法的演变与体系

一、刑法的演变

在人类社会早期,正式的刑法规范并不存在,面对严重危害生命、身体以及财产等犯罪行为,只能采用私力救济的同态复仇的形式。“以眼还眼,以牙还牙”的古语就是很好的

① 曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2009年版,第7页。

② 高铭喧、马克昌:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第7~8页。马克昌:《刑法学》,高等教育出版社2003年版,第3~4页。

③ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第24页。

例证。在漫长的封建社会时期,法律方面表现为诸法合体、刑民不分,大量运用刑事手段来处理民事纠纷。但是随着经济贸易的迅速发展,个人权利越来越得到重视,民商事法律规范的地位逐渐提高,刑民分界逐渐清晰,刑法的地位也逐渐显现出来。大陆法系国家的第一部专门规定刑法内容的法典是1810年《法国刑法典》,这种刑法典立法模式后得到众多国家的认同和效仿。

1911年1月25日清廷颁布的《大清新刑律》是中国历史上第一部近代意义的专门刑法典。1912年4月30日,北洋政府在对《大清新刑律》稍加删改后颁行了《暂行新刑律》。1928年3月10日,国民政府正式公布了《中华民国刑法》,1935年1月1日又颁布了新的《中华民国刑法》,该刑法典此后经过十几次修改。

1949年2月28日,中共中央发布了《关于废除六法全书与确定解放区司法原则的指示》,宣布废除国民党六法全书及其一切反动法律。中华人民共和国成立后,在长达30年的时间内没有制定一部通行的刑法典,只是在1951年至1952年先后制定了3个应急性的单行刑事法规:《中华人民共和国惩治反革命条例》、《中华人民共和国妨害国家货币治罪暂行条例》和《中华人民共和国惩治贪污条例》。新中国的第一部刑法典于1979年7月1日正式通过,自1980年1月1日起施行。1979年刑法典的颁布施行,标志着新中国开启了刑事法治的进程。但是,随着我国改革开放事业的进行,社会生活各个领域发生了翻天覆地的变化,犯罪形势也发生了一些重大变化,表现在犯罪数量急剧增多,严重破坏社会秩序的犯罪频繁发生,经济犯罪和新型犯罪不断出现。为了应对新情况、解决新问题和惩治、预防犯罪的实际需要,最高立法机关自从1981年至1995年先后通过了24个单行刑法。另外,1979年刑法实施期间,我国先后在100多部行政法规中规定有附属刑法条文。这些单行刑法和附属刑法,对1979年刑法典进行了大幅度的修改和补充。这些修改和补充顺应了社会形势的需要,对我国刑事司法实践的指导和规范起到了显著的作用。但是,单行刑法和附属刑法过多,导致刑法规范整体零乱、不便掌握,甚至难免有互相矛盾之处,一方面使得司法适用难度加大,另一方面也使法制的统一性受到影响。面对这种现状,立法机关本着制定一部统一和完备的刑法典、保持刑法的连续性和稳定性以及确保新刑法的明确和具体的基本思路,对1979年刑法典进行了一次大幅度的修改。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》,该部刑法典于1997年10月1日起施行。

修订后的1997年刑法典包括总则、分则、附则三部分,共15章,条文数量从1979年刑法典的192个条文增加到452个条文,修改幅度大,涉及范围广,主要体现在下列几个方面:第一,实现刑法的统一性和完备性。将1979年刑法典实施17年来制定的单行刑法修改后编入修订的刑法典,将众多零散的附属刑法改写为修订后的刑法典的具体条款。此外,增设危害国防利益罪一章,保证了刑法体系的完整性和权威性,从而实现了刑法的统一性。第二,贯彻刑事法治原则和加强刑法保障功能。在修订后的刑法典总则第一章规定了罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则和罪责刑相适应原则,并废止了1979年刑法典中的类推制度。此外,进一步规定对未成年人犯罪从宽处罚的原则;强化对公民正当防卫权利的保护;设置较为齐全的有关侵犯公民基本权利犯罪的刑法规范。第三,立足本国国情与适当借鉴国外先进经验相结合。修订的刑法典在立足我国处在初级阶段的基本