

21世纪高等院校教材——法学系列



刑法学



孙国祥 主编



科学出版社

www.sciencep.com

62

23.0
S. 1.0

21 世纪高等院校教材——法学系列

刑法学

孙国祥 主编

科学出版社

2002

内 容 简 介

本书是在统一司法考试和法学教育改革的背景下编写的一本教材。本教材系统阐述了我国刑法学的基本原理和基本知识,它有以下特色:资料新,反映的是最新刑事立法进展和最新的刑法学研究成果;资料全,1997年刑法典生效后对刑法的补充、修正和数十件司法解释内容都在教材中得到了充实;内容上有创新,对近年来理论界讨论较为成熟的理论观点,如期待可能性、严格责任等内容,都吸收到了本教材之中。全书重点突出、观点鲜明、条理清晰,有利于读者掌握刑法的基本内容。

本书主要适用于法律院校(系)法学本科刑法学教材,也可作为法学研究生班和在职政法干部的业务培训教材,同时,对司法实务工作者、法学学习者也具有参考价值。

图书在版编目(CIP)数据

刑法学/孙国祥主编. —北京:科学出版社,2002

(21世纪高等院校教材:法学系列)

ISBN 7-03-010354-8

I. 刑… II. 孙… 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(2002)第 021474 号

科学出版社 出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

新蕾印刷厂 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2002年5月第一版 开本:B5(720×1000)

2002年5月第一次印刷 印张:47

印数:1—2 000 字数:775 000

定价:54.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈环伟〉)

前 言

2001年,南京大学为迎接百年校庆(2002年5月20日),结合国家“985”建设世界高水平项目的实施,决定资助出版一批教材,刑法学有幸被列入该教材项目。

事实上,1997年新刑法施行以后,在新刑法的基础上,学者编著的刑法学教材已不下数十种,对宣传新刑法和繁荣刑法学起到了促进作用。其中尤以高铭暄、马克昌教授主编的《刑法学》(北京大学出版社、高等教育出版社,2000年版)影响最大。笔者1998年也曾主编出版了《新刑法学教程》(南京大学出版社,1998年版),但由于时间仓促和学术水平的限制,无论在深度和广度上,该教材已难以适应新世纪刑法学教学的需要。在原《新刑法学教程》基础上,博采众长,吸收最新的刑法学研究成果和最新的刑事立法和司法解释的精神,是我们编写本教科书的初衷。

应该承认,我国几千年的专制统治和几十年计划经济体制的积淀,形成了我国独有的一些刑法观念。例如:在刑法价值取向上,视刑法为“刀把子”。“刀把子”刑法观念的实质是刑法功能的单一化,片面强调刑法的社会保护功能,仅仅将其作为打击犯罪、维护稳定的工具,而很少关注刑法应具有的人权保障价值蕴涵和内在要求;在刑法的调整范围上,追求“天网恢恢,疏而不漏”的境界。无论是司法实践还是刑法理论,一段时间内热衷于严织法网,扩大刑法的适用范围,出现了泛刑法化现象;在刑罚适用上,崇尚“乱世用重典”。中国几千年的刑罚史是一部重刑史,以致于许多人至今对重刑仍有一种天然的崇拜;在刑法适用上,片面理解罪刑法定原则,强调“情法不相容”,使刑法失去起码的人文关怀,事实认定和法律适用的过程完全机械化、教条化,刑法成为一种不近人情的、缺乏社会认同的控制手段;从刑法的任务侧重看,视公有制财产为刑法保护的重点。计划经济影响下的刑法,强调刑法要为社会主义的经济基础服务,形成了国有、集体、私人财产级差保护的格局。在市场经济条件下,私有财产的保护得到了重视,但长期的计划经济、公有制经济的熏陶,国人头脑中仍有浓厚的公有财产与私人财产不平等保护的观念。

2001年年底,我国正式加入世界贸易组织(WTO),加入WTO并不是单纯的市场开放和贸易的问题,它必将在政治、经济、法律和文化等方面产生极其深远的影响,刑事法律也不例外。在WTO背景下,新旧刑法观念的碰撞、冲突已经凸现。刑法理论界已经开始认识到,刑事法律中的一些原则和内容

是世界性的法律语言,联合国一系列刑事司法的国际标准,从总体上看是世界各国刑事诉讼活动实践经验的总结,是人类共同智慧的结晶。尽管各国因政治体制、经济条件、社会制度等的不同在具体适用时可能有所区别,但并不能因此否认这些标准的普适性。中西法律文化相对融合,许多法律制度从法律规范的表现形式、法律的操作程序、诸多法律原则以及整个法制结构体系上看,相当部分存在着继受或移植的关系,这就为变革传统的刑法观念提供了契机。近年来,围绕着新刑法的实施以及刑法理念的重构,刑法学的研究空前活跃。

在新世纪,人们应树立或者强化的刑法观念有:①强化人权保障的观念。刑法固然应以国家和社会基本秩序的维护为目的,但人权保障同样是刑法的重要的价值取向。刑法不是“刀把子”,而是“天平”。说到底,刑法是国家和公民间的一种特殊“契约”,在这“契约”中,社会保护和人权保障应有一个合理的界限,以各得其所。诚然,在庞大的国家机器面前,犯罪嫌疑人、被告人和罪犯处于相对弱者的地位,因此,法律应该适当向他们倾斜。罪刑法定、疑罪从无就是刑事法律向被告人人权倾斜的制度设计;②抑制刑法扩展的趋势,提倡刑法的谦抑主义。刑法不是对付犯罪和保卫社会的唯一手段,我们应当承认刑法不可能将所有应然犯罪毫无遗漏地加以规定,刑法调整范围是有限的。对社会保护的方法是多种多样的,道德规范、宗教教义、行政和民事法律乃至社会习惯均有社会保护的功能,处处依赖刑法的权威和强制,不可能达到法治社会的目标;③平等保护市场经济主体的利益。刑法对财产的平等保护,是市场经济运作基础。在一个产权不平等保护的社会里,人们的产权将得不到互相尊重,一方可以随意毁约占有别人的财产,结果不仅是信用缺失,而且也不可能融入国际社会的大环境中,也与“国民待遇”以及“最惠国待遇”原则背离;④破除重刑主义的神话,提倡刑事责任方法的多元化。指望重刑遏制犯罪在历史上从来没有成功的。刑法应该顺应刑罚发展的历史趋势,轻刑化、非刑罚化,使社会形成一种宽容的氛围;⑤倡导刑法的人文关怀精神。刑法不应是一种单纯的、冷冰冰的法律条文。相对社会丰富的实践而言,再具体的刑法内容都是抽象的,将抽象的刑法条文应用于具体案件,需要执法者的道德良知、人生体验、灵感才气,也就是说,在制定法基础上,应该有更高层次的“法”来指导刑法的运用,这就是人的理性。虽然有关是非、曲直、善恶等伦理道德的观念不同于操作性强的法律,但它们在确定案件性质以及处罚的力度上不是无所作为的。法官对刑法条文的掌握固然重要,但身处多元价值体系中寻找平衡同样是应该重视的。理性的光芒不仅使良法得到张扬,而且能有效地抑制“恶法”的作恶。

刑法学的教学内容与方法无疑也需要与时俱进。理想的刑法学教材,应

摆脱教材成为枯燥的记忆、背诵之学的模式,其内容应有一定程度的前瞻性,针对法治社会发展趋势和图景,构筑新的刑法学体系。然而,理想毕竟受到现实条件的制约,一方面编著者有限的学术水平决定了我们难于短期内撼动目前主流的刑法学体系(况且,主流的刑法学体系现阶段也有相当的合理性);其次,统一司法考试的制度也使我们难于脱离主流刑法学体系的羁轡,我们只能在主流刑法学体系的基础上有所侧重。尽管如此,我们认为,本教材仍有一定的特色:一是资料新。反映的是最新刑事立法进展和最新的刑法学研究成果;二是资料全。1997年刑法典生效后对刑法的补充、修正和数十件司法解释内容都在教材中得到了充实;三是内容上有创新,对近年来理论界讨论较为成熟的理论观点,如期待可能性、严格责任等内容,都吸收到了本教材中。

在本教科书编写的过程中,我们尽可能地客观地介绍各种学术观点,但限于篇幅和掌握的资料,难免挂一漏万,有待于教师授课时予以补充和发挥;有些学术观点,为了尽可能采用通说,介绍后也就没有作更多的分析和阐述。

本教科书由南京大学法学院孙国祥、许江、王均、杨辉忠共同撰写完成。具体分工如下(以撰写章节的先后为序):

孙国祥:第一章至第十四章、第二十四章;

许江:第十五章至第二十章;

王均:第二十一章至第二十三章、第二十五章、第二十六章;

杨辉忠:第二十七章至第三十一章。

初稿完成后,由孙国祥统一全面修改并定稿。

本教科书在撰写和出版过程中,得到了南京大学和科学出版社的支持,在此一并表示深深的谢意。由于水平限制,错漏之处在所难免,敬请读者批评指正。

孙国祥

2002年初春于南京龙江小区

目 录

前言

第一章 刑法和刑法学导论	1
第一节 刑法的概念和法律性质	1
第二节 《中华人民共和国刑法》的创制和修订	3
第三节 刑法制定的根据	5
第四节 刑法的功能	7
第五节 刑法的体系和解释	10
第六节 刑法学概述	13
第二章 刑法的基本原则	16
第一节 刑法基本原则的概述	16
第二节 罪刑法定原则	16
第三节 人人平等原则	21
第四节 罪刑相当原则	22
第三章 刑法的适用范围	25
第一节 刑法空间适用范围	25
第二节 刑法时间适用范围	31
第四章 犯罪概念、分类和刑事责任	35
第一节 犯罪概念	35
第二节 犯罪的分类	42
第三节 刑事责任	43
第五章 犯罪构成概念及其分类	46
第一节 犯罪构成的概念和意义	46
第二节 犯罪构成要件分类	49
第六章 犯罪客体和犯罪对象	53
第一节 犯罪客体的概述	53
第二节 犯罪客体的种类	56
第三节 犯罪对象	58
第七章 犯罪客观方面	62
第一节 犯罪客观方面的概述	62
第二节 危害行为	63

第三节	危害结果	69
第四节	刑法上的因果关系	72
第五节	犯罪的时间、地点、方法和工具	78
第八章	犯罪主体	80
第一节	犯罪主体的概述	80
第二节	刑事责任能力	81
第三节	刑事责任能力的认定	83
第四节	犯罪的特殊主体	89
第九章	犯罪主观方面	91
第一节	犯罪主观方面的概述	91
第二节	犯罪故意	92
第三节	犯罪过失	98
第四节	意外事件、不可抗力、绝对责任和严格责任	102
第五节	犯罪的目的和动机	104
第六节	期待可能性	106
第七节	刑法上的认识错误	108
第十章	刑法上的正当行为	114
第一节	正当行为的概述	114
第二节	正当防卫	114
第三节	紧急避险	125
第四节	其他正当行为	129
第十一章	故意犯罪过程中的犯罪形态	134
第一节	故意犯罪过程中的犯罪形态概述	134
第二节	犯罪既遂	137
第三节	犯罪预备形态	139
第四节	犯罪未遂	141
第五节	犯罪中止	147
第十二章	共同犯罪	152
第一节	共同犯罪的概念和构成	152
第二节	共同犯罪的形式	159
第三节	共同犯罪人的种类和刑事责任	163
第十三章	单位犯罪	169
第一节	单位犯罪的概述	169
第二节	单位犯罪的构成要件	170
第三节	单位犯罪的认定和刑事责任	173

第十四章 罪数	179
第一节 罪数概述	179
第二节 实质的一罪	181
第三节 法定的一罪	188
第四节 处断的一罪	191
第十五章 刑罚概述	198
第一节 刑罚的概念和特征	198
第二节 刑罚的目的	200
第三节 刑罚的功能	204
第十六章 刑罚的体系和种类	207
第一节 刑罚体系概述	207
第二节 主刑	208
第三节 附加刑	220
第四节 非刑罚处理方法	227
第十七章 量刑(刑罚裁量)	229
第一节 量刑的概念和意义	229
第二节 量刑原则	230
第三节 量刑情节的概念和分类	232
第四节 累犯	237
第五节 自首	240
第六节 立功	245
第十八章 数罪并罚	249
第一节 数罪并罚概述	249
第二节 适用数罪并罚的三种不同情况	253
第十九章 缓刑、减刑和假释	257
第一节 缓刑	257
第二节 减刑	261
第三节 假释	266
第二十章 时效 赦免	271
第一节 时效	271
第二节 赦免	275
第二十一章 刑法分论概述	277
第一节 刑法分则的体系	278
第二节 刑法分则的条文结构	280
第二十二章 危害国家安全罪	286

第一节	危害国家安全罪概述·····	286
第二节	危害国家安全罪罪名分述·····	288
第二十三章	危害公共安全罪 ·····	301
第一节	危害公共安全罪概述·····	301
第二节	危害公共安全罪罪名分述·····	303
第二十四章	破坏社会主义市场经济秩序罪 ·····	340
第一节	破坏社会主义市场经济秩序罪概述·····	340
第二节	生产、销售伪劣商品罪罪名分述·····	342
第三节	走私罪罪名分述·····	353
第四节	妨害对公司、企业的管理秩序罪罪名分述·····	364
第五节	破坏金融管理秩序罪罪名分述·····	378
第六节	金融诈骗罪罪名分述·····	402
第七节	危害税收征管罪罪名分述·····	416
第八节	侵犯知识产权罪罪名分述·····	428
第九节	扰乱市场秩序罪罪名分述·····	438
第二十五章	侵犯公民人身权利、民主权利罪 ·····	451
第一节	侵犯公民人身权利、民主权利罪概述·····	451
第二节	侵犯公民人身权利、民主权利罪罪名分述·····	453
第二十六章	侵犯财产罪 ·····	500
第一节	侵犯财产罪概述·····	500
第二节	侵犯财产罪罪名分述·····	503
第二十七章	妨害社会管理秩序罪 ·····	531
第一节	妨害社会管理秩序罪概述·····	531
第二节	扰乱公共秩序罪罪名分述·····	534
第三节	妨害司法罪罪名分述·····	563
第四节	妨害国(边)境管理罪罪名分述·····	578
第五节	妨害文物管理罪罪名分述·····	584
第六节	危害公共卫生罪罪名分述·····	592
第七节	破坏环境资源保护罪罪名分述·····	601
第八节	走私、贩卖、运输、制造毒品罪罪名分述·····	614
第九节	组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪罪名分述·····	624
第十节	制作、贩卖、传播淫秽物品牟利罪罪名分述·····	631
第二十八章	危害国防利益罪 ·····	637
第一节	危害国防利益罪概述·····	637
第二节	危害国防利益罪罪名分述·····	638

第二十九章 贪污贿赂罪	650
第一节 贪污贿赂罪概述.....	650
第二节 贪污贿赂罪罪名分述.....	651
第三十章 渎职罪	682
第一节 渎职罪概述.....	682
第二节 渎职罪罪名分述.....	684
第三十一章 军人违反职责罪	711
第一节 军人违反职责罪概述.....	711
第二节 军人违反职责罪罪名分述	713
主要参考法律、司法解释	734
主要参考书目	737

第一章 刑法和刑法学导论

第一节 刑法的概念和法律性质

一、刑法的概念

所谓刑法(criminal law),简单地讲,就是一个国家规定什么行为是犯罪、犯罪者的刑事责任以及刑事责任承担方法的法律^①。因此,刑法包括三个方面的基本内容:①规定一个国家中有哪些行为构成犯罪;②规定犯罪以后行为人应承担的刑事责任;③规定刑事责任的承担方法(主要是刑罚方法)。不过,一个刑事案件发生以后,要经过侦查、起诉、审判和执行判决等一系列程序。一国规定犯罪与刑罚的法律,只是处理刑事案件的实体法,除了刑法外,还有规定追究刑事责任程序的刑事诉讼法和规定刑罚执行程序的监狱法等,统称为刑事法^②。在这个意义上,刑法只是刑事法的一个部分。

从法律规范表现形式(即刑法的渊源)看,现代意义上的刑法,可分为广义刑法和狭义刑法。“广义刑法”,是指一个国家制定的所有涉及犯罪、刑事责任以及刑罚的法律规范的总和。广义刑法分散在各种形式的法律中,通常包括五种形式:①刑法典(criminal code)。即综合统一的法典形式的刑法,如《中华人民共和国刑法》;②单行刑法。也称为刑事特别法(special criminal law),是指针对某种或者某一类犯罪而制定的刑事法律,如1998年12月29日全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇的决定》等;③刑法修正案。是指立法机关对刑法典条文所作的修正和补充。如1999年12月25日全国人大常委会通过的《中华人民共和国刑法修正案》;④附属刑法(accessory criminal law)。是指散见于其他非刑事法律中有关犯罪与刑罚的规定,如《中华人民共和国海关法》中关于走私罪的规定,也属于广义刑法的组成部分;

① 在刑法学的教材中,对刑法的概念表述不一。一般将刑法定义为“掌握政权的统治阶级,为了维护本阶级政治上的统治和经济上的利益根据自己的意志,规定哪些行为是犯罪和应负刑事责任,并给犯罪人以何种刑罚处罚的法律”(参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社,2000年版,第9页)。实际上,定义的前半部分只是所有法律所共有的特征,我们认为可以省略。

② 事实上,在英美法系,所称的刑法涵盖了实体刑法和与刑事诉讼法。

⑤在中国具有效力的国际刑事公约和司法准则。伴随着犯罪的国际化,我国参加和缔结的国际刑事公约和司法准则将越来越重要,这些规约也属于我国刑法的组成部分^①。“狭义刑法”,是指国家立法机关以法典形式公布的刑法。1979年7月1日,第五届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国刑法》是新中国的第一部刑法典,而1997年3月14日通过的《中华人民共和国刑法(修正案)》是我国现行的刑法典。

狭义刑法是广义刑法的主体和基础,单行刑法和刑法修正案以及散见于其他法律中的附属刑法规范是刑法典的补充。

刑法理论上,将刑法内部具有相同性质的规范内容集合成类,又可以分为多个分支,如经济刑法(是指规定破坏社会主义市场经济秩序的犯罪及确定犯罪者刑事责任的法律规范的总和)、行政刑法(是指以违反一定的性质法规为内容的法律规范)、环境刑法(是指规定违反环境保护法规为内容的刑法规范)等。

二、刑法的法律性质

刑法的法律性质,是指刑法在国家法律体系中的地位及其与其他法律的关系。

在任何国家、任何类型的法律体系中,刑法都是国家法律体系中的一个重要组成部分。在国家法律体系的纵向序列中,刑法是仅次于宪法的国家基本的部门法;在国家法律体系的横向序列中,刑法和民法、婚姻法等都是国家的基本法。

从阶级本质看,刑法与其他法律并没有什么不同。但在法律性质上,刑法与其他法律相比,有三个显著的特点:

第一,刑法所调整和保护社会关系的广泛性。法律体系中的部门法,一般只调整某一领域内的社会关系。如民法是调整平等主体间的财产关系和人身关系,婚姻法是调整婚姻家庭关系等。而刑法则以特殊的手段调整社会各个领域内的重要的社会关系,包括政治、经济、人身、财产、婚姻家庭等各方面的

^① 在中国刑事司法活动中,国际公约所规定的刑事司法准则能否司法化?即能否直接援引国际公约所规定的刑事司法准则作为判决的依据?理论上有不同的观点。有观点认为,对于已经在我国生效的国际刑事公约但还未得到国内刑法典及特别刑法确认的犯罪行为,可以直接依据国际公约对该种行为进行定罪(参见刘守芬主编:《刑事法律问题专题研究》,群众出版社,1998年版,第90页)。本教科书则持否定态度。在我国刑事司法活动中,没有直接引用国际法作为法院判决依据的习惯和实际判例,在国内法没有作出明确规定的情况下,法院不宜直接引用国际法作为判决的依据。不过,刑事司法准则应该成为国内刑事立法重要根据,即刑事立法有过去单纯以宪法为根据转为以宪法和我国参加和缔约的国际条约为根据。

社会关系。事实上,一国凡是需要追究刑事责任的行为,都需要通过刑法加以调整。刑法与其他法律之间,有着密切的联系,当一般部门法不能充分保护某种合法权益或不足以抑止某种危害行为时,立法就转而求助于刑事制裁。因此,在一定意义上,刑法是“后盾法”,即刑法在国家整个法律体系中起到一种保障和后盾的作用,刑法“在根本上与其说是一种特别的法律,还不如说是对其他一切法律的制裁”^①。

第二,刑法调整手段的特殊性。任何法律都有一定的强制性和调整手段,但不同的法律采用的调整手段和手段的强制性有区别,其中,刑法是强制性最严厉的法律。刑法对触犯刑律构成犯罪的行为需要追究刑事责任,而刑事责任的承担方法一般是对犯罪人适用刑罚(少数可采用非刑罚处理方法)。刑罚作为一种严厉的制裁手段,它不仅可以剥夺犯罪人财产权利、政治权利、人身自由权利,甚至可以剥夺犯罪人的生命权。其他法律规定的违法责任的制裁手段不可能达到如此严厉的程度。

第三,刑法立法主体的一元性。刑法内容涉及犯罪与刑罚,包含着对公民人身自由、政治权利的限制和剥夺。为防止刑法不适当的扩张或滥用,根据《立法法》第8条规定,刑事立法权由国家的最高权力机关即全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使,其他任何机关都不能制定刑法。与此不同,国家他法律的立法主体可能是多元的。

第二节 《中华人民共和国刑法》的创制和修订

中华人民共和国成立伊始,国家便开始了刑法典的起草工作,到1963年10月,全国人大常委会法律室共草拟了33稿刑法草案^②。但由于新中国的刑法是在彻底摧毁国民党政府的旧刑法基础上孕育的,同犯罪作斗争的实际经验匮乏以及新中国成立后历次政治运动特别是“文化大革命”对法制建设的破坏和受法律虚无主义的影响,刑法典的制定在相当长的时间内处于停滞不前的状态。“文化大革命”结束以后,邓小平同志强调指出:“为了保障人民民主,必须加强法制。……应当集中力量制定刑法、民法、诉讼法等其他各种必要的法律。”^③邓小平同志的讲话和当时中共中央有关加强法制建设的决议,极大地推动了新时期刑事立法工作的进程。1979年7月1日,第五届全国人民代

^① [法]卢梭:《社会契约论》(中译本),商务印书馆,1980年版,第73页。

^② 参见高铭暄著:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社,1981年版,第2~3页。

^③ 《邓小平文选》(第二卷),人民出版社,1994年10月第2版,第146页。

表大会第二次全体会议通过了《中华人民共和国刑法》，这是新中国的第一部刑法典，这部刑法典在1980年1月1日生效后，结束了我国在相当长时间内刑事审判基本上无法可依的不正常局面。

1979年的刑法典前后施行了近17年(1980年1月1日~1997年9月30日)。17年的实践，证明了该刑法典一些基本原则和规定都是可行的，对于打击犯罪、保护公民、维护社会的稳定、保障改革开放的顺利进行，发挥了重要的、积极的作用^①。但从另一方面看，1979年的刑法典毕竟是新中国第一部刑法典。17年的实践也暴露出它的一些不足，既有立法时就存在的先天不足的一面，也有在社会变革面前难于适应的问题。主要表现在：①1979年的刑法典太简单。1979年刑法典一共只有192条，一些应由刑法调整的社会关系在刑法中缺乏相应规定。有些内容虽然作了规定，但规定的方式也太笼统，如分则中一些罪名都采取简单罪状的方式描述，造成了司法实践中随意性太大；②随着社会生活的变化，一些犯罪的社会危害性也相应地发生了变化，有些犯罪的社会危害性变得更加严重了。对这些日趋严重的犯罪(例如市场经济条件下日趋严重的经济犯罪)，1979年刑法规定的刑事责任已不足以惩治这些犯罪，需要调整相应的惩治力度；③随着国家政治、经济的发展，司法实践中出现了一批新的需要用刑罚加以惩治的危害社会的行为。它们有的是伴随着市场经济体制的建设而产生的，如证券犯罪；有些是伴随着科学技术的发展而出现的，如计算机犯罪；有些是对外开放后出现的跨国性的犯罪，如洗钱罪、恐怖活动犯罪等；④一些解放后一度绝迹而在新的历史条件下死灰复燃的犯罪，如与卖淫嫖娼有关的犯罪，国家需要在刑法中重新作出明确的规定。

针对刑法典的不足，全国人大常委会曾在1979年刑法典施行以后，对刑法典作了局部的补充和修改，前后共制定了22个修改刑法的决定和补充规定。另外，在一些民事、经济、行政法规中规定了“依照”、“比照”刑法有关规定追究刑事责任的内容也有130多条。但这些刑法规范较分散，不易掌握和运用，并且刑法典的一些先天不足难于通过零敲碎打、修修补补方式解决。因此，制定一部统一的、比较完备的刑法典，将多年来全国人大常委会作出的有关刑事法律的决定和补充规定中行之有效的部分修改后编入刑法典；将一些民事、经济、行政法规中的“依照”、“比照”刑法有关条文追究刑事责任的规定，改为刑法的具体条文；增加新出现的需要追究刑事责任的犯罪行为，就成为一段时期国家刑事立法的重要任务。

全国人大常委会法制工作委员会在总结了1979年刑法典实践经验的基

^① 王汉斌：1997年3月6日在第八届全国人民代表大会第五次会议上《关于〈中华人民共和国刑法〉(修订草案)的说明》。

基础上,研究了国外有关刑事法律的规定和现代刑事立法的发展趋势,吸收了多年来刑法学研究的成果,于1996年12月正式向第八届全国人大常委会第22次会议提交了《中华人民共和国刑法(修订草案)》。全国人大常委会决定将草案提交给第八届全国人民代表大会第五次会议审议。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《中华人民共和国刑法(修订案)》,并决定于1997年10月1日正式施行。新刑法的公布与实施,标志着我国正朝着建立统一的、完备的刑法典的方向迈出了一大步。对于进一步实施依法治国,建立社会主义法治国家具有重要意义。

应当注意的是,1997年刑法典施行以后,针对犯罪形势的变化,立法机关又通过了一些刑事法律,对刑法典作了补充和修正。如1998年12月29日全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇的决定》、1999年12月25日全国人大常委会通过的《中华人民共和国刑法修正案》、2001年8月31日全国人大常委会通过的《中华人民共和国刑法修正案(二)》、2001年12月29日全国人大常委会通过的《中华人民共和国刑法修正案(三)》,这说明刑事立法不可能是一劳永逸的。可以预见的是,随着社会的发展,刑事立法还会有新的发展。

第三节 刑法制定的根据

刑法规范的内容是由立法者制定的,但立法者制定刑法并不是任意的。传统的观点认为,公正、报应以及必要是刑法制定的主要依据。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。”这一规定,科学地概括了我国刑法的制定根据。具体地说,我国刑法的制定根据主要表现为三个方面:

一、宪法是制定刑法的法律根据

宪法是国家的根本大法。宪法以法律形式规定了一个国家的政治制度 and 经济制度以及公民的基本权利和义务,具有最高的法律效力,依法治国首先是依宪治国。刑法作为国家的基本法,它的内容必须体现宪法规定的精神,刑法的规定及其解释不得同宪法相抵触,否则就失去法律效力。我国宪法明确禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度(《宪法》第1条)、国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序(《宪法》第15条)、社会主义公共财产以及公民的合法财产不受侵犯(《宪法》第12条、第13条)、国家保护公民的人身权利、民主权利和其他权利等内容,并明确国家维护社会秩序,镇压和制裁各种

危害国家安全、危害社会治安以及其他破坏社会主义经济秩序和其他的各种犯罪活动。刑法正是根据宪法提出的任务,将上述内容具体化,以保证宪法的有关内容得到贯彻和落实。另一方面,制定刑法也要受宪法制约,即刑法的内容必须符合宪法人权保护的精神。^①

二、同犯罪作斗争的具体经验是制定刑法的实践根据

在同犯罪作斗争的长期实践中,我国既积累了丰富的经验,也有着深刻的教训。刑法的制定正是这些经验教训的科学总结。1979年新中国第一部刑法典制定时,立法机关会同司法机关和其他机关及学者、专家进行了系统的调查研究,对解放后有关部门关于刑事审判工作的许多规定、批复以及50年代中期最高人民法院收集的大量案例、对审判刑事案件所采用的罪名、刑种和量刑幅度都作了系统的总结,从而为刑法典的制定提供了丰富的实践经验。1979年刑法典施行以后,随着我国政治、经济和社会生活的发展变化,立法机关又通过刑事特别法对刑法作了补充和修改。最高人民法院和最高人民检察院在解决具体定罪量刑问题时,也颁行过一系列的司法解释,其中,绝大部分被证明是可行的,大量内容被吸收到了新修订的刑法典中。

三、我国的实际情况是刑法制定的国情依据

我国刑法也是根据我国的国情制定的。我国的刑事立法不但汲取了古今中外成功立法例的精华,注意到现代刑法的发展趋势,而且充分考虑到我国的国情。我国是一个发展中国家,各种规定都要考虑到同犯罪作斗争的实际需要,例如,曾有不少学者呼吁修订刑法时应建立一个相对开放与缓和的刑罚体系,从发展趋势上看,这种愿望不无道理。但考虑到我国目前严峻的社会治安形势和严重经济犯罪突出的情况,现行的刑罚体系相对于其他国家,仍然是比较严厉的。这就是由我国目前的国情决定的。需要指出的是,国情固然值得重视,但片面强调国情,刑法难以实现现代化。

^① 传统的观点认为,由于宪法内容的高度概括性和缺乏具体的惩罚性,刑事裁判不能直接援引宪法作为判决依据。1955年最高人民法院在给新疆维吾尔自治区(当时为新疆省)高级人民法院《关于〈在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据〉的复函》中指出:“中华人民共和国宪法是我们国家的根本法,也是一切法律的‘母法’。……对刑事方面,它并不规定如何论罪科刑的问题,……在刑事判决中,宪法不宜引为论罪科刑的依据。”但近年来有学者认为,如果将宪法排除在司法领域之外,必然会弱化宪法的法律效力,况且,宪法司法化是目前世界各国司法实践的普遍做法,在我国,宪法的司法化是依法治国的要求。