



21世纪法学系列教材

刑事法系列

刑法学(上)

(第二版)

刘艳红 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

“十二五”江苏省高等学校重点教材 编号：2013-2-054



21世纪法学系列教材

刑法法系列

刑法学(上)

(第二版)

主 编 刘艳红

副主编 周少华 孟 红

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

刘艳红 杨彩霞 周少华

李 川 欧阳本祺 黄明儒

陈家林 李立众 孟 红

杨志琼



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法学. 上 / 刘艳红主编. —2 版. —北京: 北京大学出版社, 2016. 2

(21 世纪法学系列教材)

ISBN 978 - 7 - 301 - 26819 - 3

I. ①刑… II. ①刘… III. ①刑法—法的理论—中国—高等学校—教材

IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 023570 号

书 名 刑法学(上)(第二版)

XINGFAXUE

著作责任者 刘艳红 主编

责任编辑 邓丽华

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 26819 - 3

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印刷者 北京富生印刷厂

经 销 者 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 29 印张 552 千字

2014 年 6 月第 1 版

2016 年 2 月第 2 版 2016 年 2 月第 1 次印刷

定 价 48.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010 - 62756370

第二版说明

本书自2014年6月出版以来,以其编写体系的新颖性、内容的深浅适当性、理论与实务的兼容性,产生了良好的学术影响,受到了广泛欢迎和好评。鉴于2015年8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(九)》对刑法典修订幅度较大,加之过去一年多的时间内,新颁布的立法解释与司法解释也比较多,刑法学理论研究亦有诸多新的进展,而且本书第一版也已售罄,于是,在出版社的大力支持下,有了本书的第二版。

当今中国刑法学界,老一辈刑法学者高铭暄、马克昌教授主编的红封皮《刑法学》教材地位坚实而稳固,中年刑法学者张明楷教授独著的黄封皮《刑法学》地位超然而强劲;在“红色”与“黄色”教科书主导、其他各位刑法学者独著或主编的刑法教科书林立的情况下,本套“蓝色”刑法学教科书(本套教材初版于2004年)历经十余年而不断完善,有了一定的学术地位与市场。相信在努力吸收前辈刑法学者经验的基础上,在参加本书编写的各位学界同仁的努力下,“蓝色”教科书未来会有更美好的前景。随着中国刑法学派之争的形成,如同中国刑法学理论的百花齐放、百家争鸣一样,中国的刑法学教科书的发展无疑将是在多元化基础上的个性化。本套教材的编写内容和体例均体现了此种努力。

由于时间仓促,此次修改并非由相应章节的原作者进行,而是由主编、副主编负责完成。本书第二版在充分体现了《中华人民共和国刑法修正案(九)》的内容之外,还注意反映最新立法解释和司法解释的发展变化,所收录的立法与司法解释截至2015年12月31日;同时本书第二版也尽量吸收目前刑法学理论新的研究成果,并纠正了技术规范方面的疏漏或错误。对于其中仍然存在的种种不足,欢迎学界同仁赐教、读者诸君指正。对于北京大学出版社的鼎力支持,责任编辑的敦促及辛勤劳动,在此一并致以衷心感谢。

刘艳红

2015年12月31日

编写说明

《刑法学》(上)为21世纪法学系列教材之一种,为“十二五”江苏省高等学校重点立项建设教材。本教材由教育部直属的几所国家重点大学的部分刑法学教授合作编著,由北京大学出版社出版。本书体系完整、内容丰富、知识新颖。刑法是我国重要的部门法之一,刑法学则是以刑法为主要研究对象的法律科学。本教材沿着刑法学的逻辑体系,以我国传统犯罪论体系为基础,并吸收大陆法系犯罪论体系的合理成分,以刑法典以及国家立法机关颁发的单行刑法、刑法修正案(已涵盖至《刑法修正案(八)》),以及我国最高司法机关颁发的刑法司法解释等为依据,系统地介绍了刑法的基本概念、基本原则、犯罪构成理论、刑事责任等基本理论与制度。全书内容丰富,观点新颖,使用资料新颖,逻辑清晰,论述充分,既可作为高等院校法律以及非法律专业的本科生、研究生使用,也可供刑法理论研究者及爱好者使用,也是各级司法机关实务工作者的理想读本。

本教材共分十八章,第一章至第三章为刑法论,第四章至第十二章为犯罪论,第十三章至第十八章为责任论。本书中的观点兼及通说与其他新说,注意吸收刑法理论研究的新动向和新成果,注意衔接国家司法考试的新要求与新进展,同时也力图克服在技术规范等方面的种种问题,力求提高教材的学术性与应用性。

本书由主编、副主编统改定稿。北京大学出版社邓丽华编辑为本书及时而高质量地出版给予了全力帮助和支持,在此表示衷心感谢。

主编

2014年6月1日

主 编 简 介

刘艳红,1970年10月生,湖北武汉人,法学博士、博士后,东南大学特聘教授、二级教授、博士生导师,东南大学法学院院长。兼任中国法学会刑法研究会理事、江苏省刑法学会副会长、江苏省刑事诉讼法学会副会长、江苏省人大常委会立法咨询专家委员、江苏省人民检察院专家咨询委员会委员、江苏省高校哲学社会科学重点研究基地“反腐败法治研究中心”主任等。入选“教育部长江学者特聘教授”(2015)、第七届“全国十大杰出青年法学家”(2014)、教育部“新世纪优秀人才”支持计划入选者(2009)、江苏省“333 高层次人才工程”第二层次人才(2013)。

研究成果获教育部“第六届高等学校科学研究优秀成果奖(人文社会科学)”一等奖、第十二届“江苏省哲学社会科学优秀成果奖”一等奖、江苏省第二届“法学优秀成果奖”一等奖、首届“钱端升法学成果奖”优秀成果奖等各类省部级荣誉十余项。在国内外法学期刊发表学术论文百余篇,被《新华文摘》《中国社会科学文摘》等转载/摘五十余篇/次。主持承担国家社科基金项目、江苏省社科基金重大招标项目、教育部人文社会科学研究规划基金项目、教育部霍英东教育基金项目、最高人民法院审判理论重大课题、中国法学会重点专项课题、司法部国家法治与法学理论研究项目等各类省部级项目三十余项。出版专著《实质犯罪论》《实质刑法观》《走向实质的刑法解释》《开放的犯罪构成要件理论研究》《罪名研究》等六部,主编教材《刑法学总论》《刑法学各论》(获“2007年江苏省高等学校评优精品教材”)。

目 录

导言	(1)
----------	-----

第一编 刑 法 论

第一章 刑法概说	(5)
第一节 刑法的概念与分类	(5)
第二节 刑法的创制与完善	(7)
第三节 刑法的根据、性质与机能	(15)
第四节 刑法的目的与任务	(18)
第五节 刑法理论的学派与发展	(25)
第二章 刑法基本原则	(37)
第一节 罪刑法定原则	(37)
第二节 平等适用刑法原则	(44)
第三节 罪刑相适应原则	(49)
第三章 刑法的适用范围	(55)
第一节 刑法的空间适用范围	(55)
第二节 刑法的时间适用范围	(65)

第二编 犯 罪 论

第四章 犯罪概述	(73)
第一节 犯罪概念	(73)
第二节 犯罪的基本特征	(74)
第五章 犯罪构成	(84)
第一节 犯罪构成概述	(84)
第二节 犯罪构成要件体系	(88)
第三节 犯罪构成的分类	(93)
第六章 危害行为	(100)
第一节 危害行为概述	(100)

第二节	危害行为的表现形式	(106)
第三节	危害行为的对象	(113)
第四节	危害行为的结果	(115)
第五节	危害行为的时间、地点、方法	(120)
第六节	危害行为与危害结果之间的因果关系	(120)
第七章	行为主体	(130)
第一节	行为主体概述	(130)
第二节	自然人主体	(131)
第三节	单位主体	(144)
第八章	主观罪过	(155)
第一节	主观罪过概述	(155)
第二节	犯罪故意	(156)
第三节	犯罪过失	(165)
第四节	犯罪目的与犯罪动机	(175)
第五节	认识错误	(178)
第九章	正当化事由	(187)
第一节	正当化事由概说	(187)
第二节	正当防卫	(188)
第三节	紧急避险	(206)
第四节	其他正当化事由	(222)
第十章	故意犯罪的未完成形态	(232)
第一节	故意犯罪的未完成形态概述	(232)
第二节	犯罪预备	(234)
第三节	犯罪未遂	(236)
第四节	犯罪中止	(246)
第十一章	共同犯罪	(256)
第一节	共同犯罪概述	(256)
第二节	共同犯罪的成立条件	(262)
第三节	共同犯罪的形式	(269)
第四节	共犯人的刑事责任	(276)
第十二章	罪数	(289)
第一节	罪数形态概述	(289)
第二节	一罪的类型	(293)
第三节	数罪的类型	(316)

第三编 责 任 论

第十三章 刑事责任	(321)
第一节 刑事责任的概念	(321)
第二节 刑事责任论的机能与地位	(325)
第三节 刑事责任的根据	(327)
第四节 刑事责任的实现	(330)
第十四章 刑罚概论	(334)
第一节 刑罚	(334)
第二节 刑罚权	(341)
第三节 刑罚的目的与功能	(347)
第十五章 刑罚的体系和种类	(360)
第一节 刑罚体系	(360)
第二节 主刑	(362)
第三节 附加刑	(371)
第四节 非刑罚的处理方法	(378)
第十六章 刑罚裁量	(383)
第一节 刑法裁量概述	(383)
第二节 量刑情节	(387)
第三节 量刑方法	(394)
第四节 量刑制度	(398)
第十七章 刑罚的执行	(425)
第一节 刑罚执行概述	(425)
第二节 减刑	(427)
第三节 假释	(433)
第十八章 刑罚消灭	(442)
第一节 刑罚消灭概述	(442)
第二节 时效	(443)
第三节 赦免	(446)
第二版后记	(451)

导 言

一、刑法学的研究对象

刑法学的研究对象是刑法。由于刑法是规定犯罪与刑罚的法律,因此,如果将刑法学的研究对象具体化,则应包括犯罪与刑罚的一般规律及规范(即刑法理论)、犯罪与刑罚的立法(即刑事立法)、犯罪与刑罚规范在司法实践中的运用(即刑事司法)。

刑法学与刑法的区别在于:(1) 刑法是法律规范,刑法学则是有关刑法法律规范理解和运用的理论。因此,刑法学不仅是刑法适用的知识,同时还包括刑法理论;刑法学不仅是法律实施的知识,同时还包括由法律事实而产生的对法律规范内容的意义进行系统理解或研究的知识。(2) 刑法的重点是实践价值,而刑法学的重点是理论价值。刑法学是从司法实践中总结经验并提升到理论的高度,是科研领域的结晶。(3) 刑法实践要求根据诸如罪刑法定原则、犯罪构成要件、量刑原则等进行侦查、监察、审判和行刑活动。刑法学则并非完全受这些原则或制度的限制,而可能会超过这些原则或制度进行研究。例如为什么要减少或控制死刑的适用?偶然防卫是否属于正当防卫?片面共犯是否属于共犯?刑法的处罚范围应该控制在多大的范围内才合理?犯罪化与非犯罪化之间的界限应该如何把握?等等。这些问题往往从刑法中找不到答案,而需要从理论上进行系统的探讨和研究,这就是刑法学的任务和范围。

总之,刑法学是对实在法的事实进行说明或解释的学科,亦可称为法律学或事实学。刑法学是刑法理论学,兼备法律学和事实学,也可以说,刑法学是关于刑事法规范总和的系统认识的整体。刑法学属于社会科学,是一个独立的学科。刑法学是科学,是理论学,也是应用学、技术学。既称为“学”就必然也必须蕴含着理论上的或价值论上的研究。这样的研究,从刑法学上来讲,就必须通过对刑法规范的解释来实现。^①从这个意义上而言,刑法学可以说就是刑法解释学,或者刑法规范解释学。

刑法学也不同于刑事法学。刑事法学包括刑法学,还包括规定追溯方法及处罚程序的刑事诉讼法学,关心刑罚权配置的科学性而介乎于政治学和法学之间的决策科学即刑事政策学、保障受刑者权益及关注如何对犯罪人进行社会改

^① 参见甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上册),北京大学出版社1984年版,第8页。

造的行刑学,以及比较刑法学、刑事应用学、刑事侦查学、犯罪学、监狱学等。刑事法学即是关于这些学科的笼统称谓。刑法学和刑事法学的区别在于,前者的范围小,后者的范围广;刑法学是对刑法实体规范的研究,刑事法学中除刑法学之外的学科则是刑法学的辅助学科,其关注的重点因各具体学科的不同而有所不同,如犯罪学关注的是寻找犯罪原因、提供犯罪对策,刑事侦查学关注的则是对犯罪的侦查手段、方法、技术等。

二、刑法学的研究方法

刑法学是以研究现行刑事法律规范体系为重心的学科,然而,从刑事立法体例以及刑法概念的形成来讲,刑法学也具有文化性、国际性、历史性与社会性,相应地,也发展出了各种探讨刑法相关问题的方法及理论。

(一) 抽象思辨方法

此种方法是以刑法概念为核心进行逻辑的分析归纳,通过对某一问题提出理论的设定或约定而为刑事司法实践提供形式规则的抽象思辨、定性研究方法。这种方法关心的是刑法体系内部规范、概念之间的关系,而不关心推理过程中各种法律命题的实质内容。以此方法进行的研究是以传统的逻辑形式提供的两种基本法律推理模式,即演绎推理和归纳推理。

刑法学具有深厚的理论根基和理论内涵,并有其独特的理论体系,因此它首先是一门形式科学。该方法正是适应刑法学的形式科学特性的研究方法。

(二) 实证研究方法

此种方法是以事实为核心进行经验归纳,通过对某一问题的相关事实材料进行分析而提供定量化的数据,从而印证或推导出刑法上的结论。

刑法学是应用科学而非纯理论科学,仅凭纯粹的逻辑演绎和理论认识,不足以解决实际问题;刑法学除了具备形式科学的属性之外,还具备实证科学特点。因此,在形式的、逻辑的研究方法之外,也需要经验的、实证的研究。作为实证科学的刑法学强调的是研究过程和方法的实证性、定量性,一方面需要通过“深入研究对象内部”的方式更加全面、深刻地收集经验事实材料;另一方面需要注重运用社会科学的研究方法和理论,例如叙事方法等。刑法中的实证研究方法,不同于主要针对基本概念和理论所进行的逻辑演绎和推演的抽象思辨方法,它主要从经验事实出发,引入数学、统计学、社会学等其他学科的研究思想,包括定性分析和定量分析两类,具体则有观察、调查、文献分析、试验四种方法。意大利刑法学家切萨雷·龙勃罗梭(Cesare Lombroso)、恩里科·菲利(Enrico Ferri)都是历史上刑事实证学派的代表性人物。^① 菲利大力提倡进行实证研究,“只有通过

^① 相关内容参见本书第一章第五节。

实验方法和科学方法,从犯人的生理、心理以及家庭、环境等方面,对我们称之为犯罪痼疾的病因探究之后,在科学指导下的司法才会抛弃目前降临在那些可怜的犯人头上的血腥判决,而成为另一种以除去或减少犯罪的社会原因和个人原因为首要目的的医治职能”^①。使用实证的方法研究刑法,必须注意,一方面,实证方法中的定量分析,针对的是研究过程中的材料,而不是理论或刑法的运用本身。另一方面,强调使用实证的方法研究刑法学,并不是说要将价值问题作为非理性的刑法问题排除在作为科学的刑法学之外。每一项刑法规范都是一项价值判断,刑法的价值问题是一个不可回避的问题,也是刑法思想史上富有魅力、令人神往的永恒主题。应倡导刑法学研究中抽象思辨与实证分析两种方法的并行,反对任何形式的厚此薄彼。只有将理性分析与非理性体验结合起来,才能相对完整地把握刑法作为形式科学和实证科学的特征。

(三) 比较研究方法

比较研究的方法是在 19 世纪《法国刑法典》问世以后,欧洲各国开始相互模仿立法,追求统一的刑法启蒙思想,并对法国法及英国法从事比较观察的情况下产生的。

刑法研究中的比较方法发展到今天,是以探讨各国刑法及当代文明国家刑事立法的共同原理为主旨的。由于该种方法的运用对于刑法改革有重要作用,遂逐渐成为各国共同承认的普遍性、国际性与多目标性的方法。

比较研究方法的出发点在于,探讨外国法律对特定社会问题的处理经验,并以之作为寻找本国法律相关规则的参考依据。它首先着眼于外国法制立场的说明及问题的澄清,然后分析其异同,比较该法律与本国法律结构的相同或相异之处,探讨其理由或就比较研究的结果,从事适当的评论。比较研究的方法既体现在对刑法法理与法律知识的探讨,也表现在刑事立法方面,即对各国刑法立法的探讨,还表现在刑法解释论方面着眼于外国刑法与本国刑法法律概念等的比较研究上。可以说,在国际刑事合作及统一刑法的运动之下,比较研究方法正方兴未艾。^②

三、刑法学的理论体系

刑法的体系是刑法学的理论体系的基础,但刑法学的理论体系并不因此完全等同于刑法的体系。

刑法的体系是指刑法规范的体系。在我国,刑法的体系是以刑法典为主体,以单行刑法和附属刑法为补充的法律规范体系。自 1997 年我国刑法典修订以

① [意]菲利:《犯罪社会学》,郭建安译,中国人民公安大学出版社 2004 年版,第 150 页。

② 参见苏俊雄:《刑法总论 I》,台湾大地印刷厂有限公司 1998 年版,第 115 页。

后,我国《刑法》分两编和一个附则。第一编是总则,分五章,即第一章刑法的任务、基本原则和适用范围,第二章犯罪,第三章刑罚,第四章刑罚的具体运用,第五章其他规定。第二编是分则,分十章,即第一章危害国家安全罪,第二章危害公共安全罪,第三章破坏社会主义市场经济秩序罪,第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪,第五章侵犯财产罪,第六章妨害社会管理秩序罪,第七章危害国防利益罪,第八章贪污贿赂罪,第九章渎职罪,第十章军人违反职责罪。最后是附则。

刑法学的理论体系是建立在刑法体系的基础之上的,根据有关刑法规范理解和运用的理论的内在逻辑关系所形成或构建的系统的刑法知识结构。因此,刑法学的理论体系不能离开刑法的体系,后者是前者的蓝本,也是有关刑法理论产生的前提;但刑法学的理论体系又不会完全同于刑法的体系,前者是对后者的超越和突破。因为刑法规范的理解与运用是一个动态的过程,经过动态的刑法规范的适用并由此从司法实践中提炼出的刑法理论知识,具有不同于刑法规范的特点。这样的理论知识虽然是以刑法规范为前提,但又不完全囿于或服从规范本身,而是会有超越,有突破,从而具有其内在的逻辑关系,由此而形成的刑法学的理论体系正是对这种逻辑关系的体现。

刑法学的理论体系分为刑法学总论体系和刑法学各论体系。

关于刑法学总论体系,我国刑法教科书主要有以下几种类型:一是犯罪—刑罚的体系;二是犯罪—刑事责任—刑罚的体系;三是刑事责任—犯罪—刑罚的体系;四是犯罪—刑事责任的体系。本教材采用第四种体系。理由是:“刑事责任不只是犯罪与刑罚的一个中介,而是具有实质内容的概念;刑罚只是刑事责任的一种实现方式,刑事责任还有非刑罚处罚、单纯宣告有罪的实现方式,因此,刑事责任与刑罚不是等同概念。”^①基于这样的认识,本书总论采取刑法论—犯罪论—责任论的体系,将刑罚的内容归入刑事责任论的范围之内。刑法论研究刑法的概念、分类、性质、机能、根据、任务、体系、解释等问题。犯罪论研究犯罪概念、犯罪构成、正当化事由、故意犯罪形态、共同犯罪、一罪与数罪。刑事责任论研究刑事责任的概念、功能、根据及实现方式,其中主要是研究刑罚的概念、目的、体系、种类以及刑罚的裁量和执行。

至于刑法学各论体系,根据犯罪所侵犯的法益是个人法益还是社会法益或是国家法益为标准进行分类,并且考虑到侵犯个人法益的犯罪是现代社会犯罪的最基本类型,因此本书主张按照侵犯个人法益的犯罪、侵犯社会法益的犯罪、侵犯国家法益的犯罪顺次进行排列。当然,在构建这样一种刑法学各论体系的过程中,也会兼顾刑法典分则的犯罪分类和排列顺序。具体的各论体系,将在《刑法学(下)》一书中详细交代。

^① 张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2003年版,第17页。

第一编 刑法论

第一章 刑法概说

第一节 刑法的概念与分类

一、刑法的概念

刑法是规定犯罪与刑罚的法律。即规定什么行为是犯罪,对于犯罪行为给予何种刑罚处罚的法律。外文对于“刑法”一词有不同的称呼。英文中称为 Criminal Law 或 Penal Law 或 Law of Crime and Punishment,德文中称为 Strafrecht,法文中称为 Droit Pénal,意大利文中称为 La Legge Penale。这些不同的用语是由于观察角度不同使然。Criminal Law 是以犯罪为中心、以事实为重点的“刑法”;Penal Law 是以刑罚为中心的“刑法”;Law of Crime and Punishment 则是犯罪和刑罚并重的“刑法”;Strafrecht、La Legge Penale 是以规范为重点、作为法律规范的“刑法”。事实上,无论是以犯罪为中心还是以事实为中心或是以规范为重点的“刑法”,它们在实质上并无不同。因为“无犯罪则无刑罚”“除却刑罚亦无所谓犯罪”,犯罪行为事实是刑罚的前提,而刑罚则是犯罪事实的法律效果,二者间密不可分;因为“法无明文规定不为罪”“法无明文规定不为刑”,什么样的行为事实是犯罪事实,作为犯罪事实的行为应该遭受什么样的刑罚处罚,都是而且只能是由刑法规范明文规定的。因此,现代意义的刑法虽然在表述上有异,但是含义却是相同的。

二、刑法的分类

(一) 狭义刑法与广义刑法

狭义刑法是指系统规定犯罪与刑罚的刑法典。刑法典具有基本法的性质,因而在其他的刑罚法规没有特别规定的情况下,均适用刑法典规定。在我国,刑法典即 1979 年 7 月 1 日第五届全国人民代表大会第二次会议通过、1997 年 3 月

14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订的《中华人民共和国刑法》,该部刑法典即为我国现行刑法典,本书自此以下的章节内容一律以《刑法》指称之。

广义刑法是指一切规定犯罪和刑罚处罚的法律规范的总和。它既包括刑法典,也包括单行刑法和附属刑法规范。单行刑法是指为补充、修改刑法而由最高立法机关颁布的单行刑法规范。现行《刑法》颁布以来,我国有三部单行刑法:1998年12月29日《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《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》、2000年12月8日《关于维护互联网安全的决定》。其中,后两部单行刑法并没有对刑法规范的内容加以实质改动,而主要是宣示性的抽象规定,只有《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》针对骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇的犯罪行为作了具体的补充修改,是现行有效的单行刑法。

附属刑法规范,也就是非刑事法律中的刑法规范,即由立法机关颁布的经济法、民法、行政法中附加规定的有关刑事责任条款。附属刑法立法是世界各国刑法立法的重要组成部分。我国刑事立法并没有出现过如同外国刑法那样直接设立罪名与法定刑的真正意义的附属刑法规范,因此,纵然在经济法、民法、行政法等其他法律中有指示刑事责任的条款,比如“构成犯罪的,依法追究刑事责任”,但它们往往只是重申了刑法的精神和规定,至多只体现了刑法是其他部门法的保障法之属性,而缺乏附属刑法作为刑法规范的特质,因此,我国刑法中并不存在真正意义上的附属刑法;就我国刑法而言,附属刑法规范主要是理论上的一种分类,而不是刑法规范的实际状况。

(二) 形式刑法与实质刑法

形式刑法是指从外形或名称等形式上即可判断为刑法的法律。例如刑法典或单行刑法。实质刑法是指外形或名称等形式上判断并不是刑法,但是其内容规定了犯罪与刑罚的法律,这主要是指附属刑法。例如中华人民共和国水利部2003年7月15日实施的《长江河道采砂管理条例实施办法》第73条规定:“侵占、盗窃或抢夺防汛物资,防洪排涝、农田水利、水文监测和测量以及其他水土工程设备和器材,贪污或挪用国家救灾、抢险、防汛、移民安置和补偿及其他水利建设款物,构成犯罪的,依照刑法的有关规定追究刑事责任。”《长江河道采砂管理条例实施办法》从名称上看并不是刑法而是行政法规,但是其第73条规定的内则是犯罪与刑罚,所以,该条规定即为实质刑法。

(三) 刑事刑法与行政刑法

根据古罗马伦理学中对自体恶(*mala in se*)与禁止恶(*mala prohibita*)的分类,意大利犯罪学家、刑事实证学派代表人物加罗法洛(Raffaele Garofalo)将犯罪

分为自然犯和法定犯。^① 自然犯是指违反人类社会与生俱来的恶与善等伦理道德规范,侵犯或者破坏法益的行为,比如杀人、抢劫等犯罪。法定犯是指违反国家行政法规的禁止性规定,情节严重同时又触犯国家刑律的行为,比如偷税罪;法定犯具有违反“行政法”和“刑事法”之双重违法性,因其违反行政法的特性,法定犯又被称为行政犯。相应地,以规定自然犯为处罚对象的刑法规范为刑事刑法,以规定行政犯为处罚对象的刑法规范则被称为行政刑法。^② 比如,我国刑法典分则第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪就是典型的刑事刑法的内容,刑法典分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪,则是典型的行政刑法的内容。

(四) 普通刑法与特别刑法

普通刑法是指具有普遍适用效力的刑法,实际上就是指刑法典。特别刑法是指在适用效力上有所限制的刑法。易言之,只适用于特定的人、特定的时间、特定的地域或特定的犯罪的刑法。一般来说,单行刑法与附属刑法均属于特别刑法。

第二节 刑法的创制与完善

一、刑法的创制

刑法的创制,也就是指刑事立法,是指国家立法机关制定、修改、补充、废止刑事法律规范的活动。

1979年7月1日通过并于1980年1月1日施行的《中华人民共和国刑法》是新中国成立以来颁布的第一部刑法典,这是新中国刑法规范基本具备的标志。此后至现行刑法颁布前近17年间,为适应不断出现的新情况、新问题和惩治犯罪的实际需要,全国人大常委会又陆续颁布了24个单行刑法,并在80余个非刑事法律中增设了附属性刑法条款约130条。

(一) 刑法创制的原则

1. 合理性原则。刑事立法的合理性,是指刑事立法活动应该根据刑事犯罪的普遍规律和惩治犯罪的基本原则而进行,具体而言,它要求刑事立法应该在内容上符合公平正义之理念,在形式上符合法律规则的外在技术指标。法律是理性的体现,理性是法律的生命和本质。合理性则是从理性中派生出来的概念,它是指合规律性与客观性。因此,刑事立法的合理性也就是指刑事立法要符合客观规律性。这种客观规律,当然是指犯罪发生发展的规律以及人类打击治理犯

^① 参见[意]加罗法洛:《犯罪学》,耿伟、王新译,中国大百科全书出版社1996年版,第49—54页。

^② 参见刘艳红、周佑勇:《行政刑法的一般理论》,北京大学出版社2008年版,第2—24页。

罪的现实和原则等普遍性特征。

2. 科学性原则。^① 刑事立法的科学性,是指创制刑事法律规范时要贯穿科学思想,运用科学技术方法,使刑事法律规范内容全面、系统、明确、协调,富于理性。如果说实体的正当性是刑法的灵魂,外在的形式性是刑法的特征,那么,科学性则是刑法的生命。随着科学的发展,各种技术手段逐渐被应用于犯罪活动中,为适应这种犯罪状况之惩罚需要,刑法的创制也必须以科学性为原则。《立法法》第6条明确地将科学性作为一项立法基本原则,“立法应当从实际出发,科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任”。

3. 明确性原则。刑事立法的明确性,是指刑事立法活动所制定的刑法规范必须含义明确、内容清晰,以划定合法与违法犯罪行为之间的准确分界线。刑法是划定公民自由界线的法律,在刑法允许的范围内,公民可以自由地选择自己的行动。因此,刑事立法必须尽量做到用语规范、清晰明白,以使公民事先知道什么行为是犯罪,什么行为是其追求的合法行为。“刑罚规范不应该容许有此种情况,即一个规定有双重的意义,公民也许按照其中一种意思去行事而法院却按照另一种意思来判决,只有当刑罚规范明确地禁止做某种事情,才能对违反这一规定的行为处以刑罚。”^②

(二) 刑法创制的方法

刑法创制的方法,是指创设刑法规范的方法。它包括两种:一是制定系统规定犯罪与刑罚的刑法典,二是在经济行政法律法规中规定刑事责任条款,亦即创制附属刑法。目前我国采取的是将所有的罪刑规范都规定在一部统一的刑法典中的做法,即使在经济、行政法律法规中设立的所谓刑事责任条款,也只是指明要求比附援引刑法典条文处罚的声明性刑事责任条款,而不是在刑法典之外创设新的罪刑规范。因此,我国目前单一性的刑事立法模式下,并不存在真正意义上的附属刑法。也因此,刑法创制的方法,目前主要限于制定和颁布刑法典。至于刑法典的创制,必须严格根据《立法法》规定的程序进行。

二、刑法的渊源与体系

(一) 刑法的渊源

1. 刑法典。刑法典是以国家名义颁布的,规定犯罪及其法律后果的法律规范。刑法典又称为主刑法,是一国刑事法规范的基础,也是刑法的最主要渊源。新中国成立以来,共有两部刑法典,第一部是1979年7月1日第五届全国人民

^① 参见黄明儒:《论刑事立法的科学性》,载《中南大学学报(社会科学版)》2003年第1期。

^② Connally v. General Construction Co., 269 U. S. 385 (1926).