

21

21世纪法律教育法规丛书

· 核心课程关联导读

论点 · 法规 · 案例

主 编/宣炳昭

刑法

Criminal Law



法律出版社
LAW PRESS

21

21世纪法律教育法规丛书

核心课程关联导读

D924

37

论点 · 法规 · 案例

主编/宣炳昭

副主编/高珊琦、张国伟

刑法

Criminal Law

北方工业大学图书馆



00572985

SAY93/-6



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

核心课程关联导读·刑法/宣炳昭主编. —北京:
法律出版社, 2004. 7
ISBN 7-5036-4613-6

I. 刑… II. 宣… III. 刑法—基本知识—中国
IV. D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 124180 号

©法律出版社·中国

责任编辑 /张德军	装帧设计 /王际勇
出版 /法律出版社	编辑 /法规出版分社
总发行 /中国法律图书有限公司	经销 /新华书店
印刷 /北京中科印刷有限公司	责任印制 /张宇东
开本 /787×960 毫米 1/16	印张 /35.5 字数 /600 千
版本 /2004 年 7 月第 1 版	印次 /2004 年 7 月第 1 次印刷
法律出版社 /北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件 /info@lawpress.com.cn	电话 /010-63939796
网址 /www.lawpress.com.cn	传真 /010-63939622
法规出版分社 /北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件 /law@lawpress.com.cn	rpc8841@sina.com
读者热线 /010-63939629	传真 /010-63939650
中国法律图书有限公司 /北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真 /010-63939777	客服热线 /010-63939792
网址 /www.chinalawbook.com	电子邮件 /service@chinalawbook.com
中法图第一法律书店 /010-63939781/9782	中法图北京分公司 /010-62534456
中法图上海公司 /021-62071010/1636	中法图苏州公司 /0512-65293270
中法图深圳公司 /0755-83072995	中法图重庆公司 /023-65382816/2908
书号 : ISBN 7-5036-4613-6/D·4331	定价 : 58.00 元

21 世纪法律教育法规丛书

出版说明

19 世纪以来,古老的中国在欧风美雨中坎坷前行,法治更是摇曳曲折,近慕日本、远赴欧洲、跨海比美,无数志士仁人做出了坚强的努力,古老的中国法律缓慢而有力地经历近代化的蜕变。新中国成立,我们大胆借鉴原苏联的法律经验,建立起初步的社会主义法律体系。改革开放以后,伴随着中国与世界文明的交流与碰撞,立足中国国情,海纳百川、转易多师,迨至 21 世纪的今天,有中国特色的社会主义法律体系已初步形成,我们基本达到了有法可依的目标。

然,“徒法不能自行”,法治之追求非独赖于立法建设,更取决于法律之遵守和实现,取决于法律职业人士之职业技能与法治信仰。我辈幸为法苑一芥,慷慨于“有法可依、法治臻治”之宏大理想,特推出 21 世纪法律教育法规丛书:

丛书,立足中国法治“有法可依”之实际,以现行法律体系实证规范为核心,倡导通过法规学习法律的新型理念,愿为精通法律规范、熟练法律运作的法律职业人士殚精竭虑;

丛书,以法律专业学习为切入点,针对法律专业学生和法官、检察官、律师、公证员、企业法律顾问五大法律职业人士,力争根据学校教育和职业工作的不同需求,推出全品种、多体例的精品图书,愿为法律专业人士的教育、工作提供无微不至的专业服务;

丛书,以法规为核心,基于学校教育和工作学习的具体实际,主张法规、理论和案例的关联阐释,以法规为纽带,联系理论教育和实践运作之两端,力争有的放矢,有效满足读者需求。

为了保障本丛书的权威水准,我们特邀请当前活跃于立法活动、理论教学研究和法律实务等领域的专家学者共同参与编写本丛书,作者的关联组合是我们发扬“以法规为核心关联阐释”出版理念的动力源泉。

立足“有法可依”之实际,追求“法治臻治”之境界,虽限一隅、不拘狭隘,此或为我辈真诚执著之所在。

谨以此,共勉于志同道合者!

法律出版社法规研究中心

前言

中国从总体来说当属大陆法系。大陆法系法学教育,重点关注的就是“理论”、“规范”和“案件”三者循环互动的推理过程。反观中国法学教育,理论是素所重视的,案例近些年也渐成热点,惟独规范尚未引起学界足够的重视,而规范却又是居于法律推理之核心位置,这不能不说是一个遗憾。为此,遵循“以法规为核心关联阐释”的出版理念,特推出“核心课程关联导读”。本系列图书,在内容上均包括以下三大板块:

论点——根据本领域的学习重点,提示重要理论和核心制度,给出学习书目,为您深入学习提供理论指导。

法规——选录全部必读法规,带您走入现行法律规范体系。

案例——对核心的法律条文给出典型案例,由权威专家进行点评,为您适用法律规范、进行理论分析提供专业指导,让您用法律家的眼光关注社会实际。

如此关联学习,当能对法律知识有深入、通透之了解。是乃本书的一个根本目的,但非全部。司法考试因其权威性和实用性已经成为中国法律职业人的必经之路。课堂学习和司法考试如何结合,是我们关注的重要问题,为之我们开辟了“司法考试专栏”。

“司法考试专栏”的主要功能有:

1. 课堂学习与司法考试复习合二为一——“司法考试专栏”紧跟在相对应的章节后面,课堂学习和考试复习同步进行,相得益彰。

2. 考试大纲与必读法规对应学习——针对大纲的具体考点,给出关联的法条,重点法条清晰可辨。

3. 进行司法考试历年真题自测——对应相关法条,收录历年试题,提供参考答案,供您适时自测。

丛书以法律专业学生等专业人士为读者对象,立足法律条文和论点、案例的内在关联,梳理相关的理论观点,分析典型案例,勾勒具体规范体系,理论学习与立法实践互动,课堂学习和司法考试复习巧妙结合。旨在为法律专业人士提供权威的学习指引,加强中国法学教育的薄弱环节,推动中国法学教育的职业化和深入发展。

法律出版社法规研究中心

导 读

一、刑法学的内容体系和基本要求

(一)内容体系

刑法学是全国高等学校法学专业 14 门核心课程之一,也是国家司法考试、法硕联考等各类考试中的必考课程之一。

早期的刑法学理论体系一般为四分法,即绪论、犯罪总论、刑罚总论和罪刑分论;也有的采用三分法,即绪论、罪刑总论和罪刑分论。晚近时期的刑法学教材多采用二分法,即刑法总论与刑法分论。按照国家教育部“面向 21 世纪课程教材”的基本要求,刑法学课程教学内容体系上包括绪言、刑法总论、刑法分论。其中,“绪言”介述刑法学的概念、对象和体系,以及刑法学的基本作用和研究方法。刑法总论与刑法分论分别为上、下两编。这是刑法学的基本内容。刑法总论共有十九章,第一章:刑法概说。其内容包括刑法的概念和性质;刑法的创制和完善;刑法的根据和任务;刑法的体系和解释。第二章:刑法的基本原则,其着重阐述了刑法规定的三大基本原则的各自含义、基本要求、立法体现和司法适用。第三章:刑法的效力范围,包括刑法的空间效力范围和刑法的时间效力范围。第四章:犯罪概念与犯罪构成。着重阐述我国刑法中的犯罪概念及其基本特征;犯罪构成的概念及其重要作用,以及犯罪概念与犯罪构成的关系等。第五章至第八章:分别为犯罪构成的四大要件,依次为犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体(包括单位犯罪)、犯罪主观方面。第九章:正当行为。除介述正当行为概念和性质、主要类型及其重要意义外,重点阐述了我国刑法规定的正当防卫和紧急避险两种正当行为及其相互区别。第十章至第十二章:犯罪形态。依次为犯罪停止形态、共同犯罪形态、罪数形态。犯罪停止形态包括犯罪预备、犯罪既遂、犯罪未遂和犯罪中止四种具体形态;共同犯罪形态包括共同犯罪概述、共同犯罪的形式、共同犯罪人的分类及其刑事责任等内容;罪数形态包括一罪与数罪的区分标准,一罪与数罪的类型。其中,一罪的类型着重阐明继续犯、想象竞合犯、结果加重犯、连续犯、牵连犯、吸收犯的概念、构成特征、实际罪数、处断原则,以及不同罪数形态的共同特征和相互区别的界限;数罪的类型着重阐明实质数罪与想象数罪、异种数罪与同种数罪、并罚的数罪与非并罚的数罪、刑罚宣告前的数罪与刑罚执行中的数罪的分类标准、基本含义和分类意义。

第十三章:刑事责任。内容包括刑事责任概述、刑事责任的根据、刑事责任的发展阶段和解决方式。第十四章:刑罚概说。包括刑罚的概念、刑罚的体系和种类。其内容除主刑和附加刑外,还包括非刑罚处理方法。第十六章:刑罚裁量。主要内容包括刑罚裁量的原则和情节。第十七章至第十九章为具体刑罚制度。其中,第十七章是刑罚裁量制度,包括累犯、自首、立功、数罪并罚和缓刑等五种具体制度。第十八章是刑罚执行制度,即减刑和假释制度。第十九章是刑罚消灭制度,包括时效和赦免制度。刑法分论编共包括十一章,其中,刑法分论概述为单独一章,内容包括:刑法分则与刑法总则的关系;刑法分则的体系;具体条文的构成。其余十章,分别以刑法分则中的十大类罪各为一章,具体包括:危害国家安全罪,危害公共安全罪,破坏社会主义市场经济秩序罪,侵犯公民人身权利、民主权利罪,侵犯财产罪,妨害社会管理秩序罪,危害国防利益罪,贪污贿赂罪,渎职罪,军人违反职责罪。刑法分则的十章即十类罪的内容体例,包括各类罪的概述、各章重点犯罪和其他犯罪。

(二)基本要求

刑法总论和刑法分论有着不同的内容及其体系,因此,其教学的基本要求侧重点亦有所不同。

对于刑法学总论而言,总体要求了解其基本框架、整体结构和具体内容,熟悉其各部分的基本知识、基本概念和基本理论,注意其各章节的重点、难点和疑点。概括言之,就是阐述一般,突出重点,在此基础上,解决难点,明确疑点。刑法学总论除“绪言”和“刑罚概说”、“刑法基本原则”及“刑法效力范围”等前三章外,包括犯罪论(第四章——第十二章)、刑事责任论(第十三章)、刑罚论(第十四章——第十九章)三大部分。其中,犯罪论是刑法学总论的重点,而刑罚论则次之。犯罪论虽然是刑法学总论的重点,但重点部分之中还有重点章节,而即使属于重点章节,其中亦仍然有其重点问题。例如:犯罪构成、正当防卫、犯罪停止形态以及共同犯罪形态等是犯罪论部分之重点。而犯罪的主观方面、特殊防卫权(即无过当防卫)、犯罪未遂、教唆犯、犯罪集团等则又是相应重点章节中的重点内容。当然,刑罚种类中的死刑、刑罚裁量制度中的累犯、自首、立功、数罪并罚和缓刑制度等,则是刑罚论部分的重点章节内容。至于“刑法基本原则”和“刑法效力范围”(尤其是空间效力及刑法的溯及力问题),也是罪、责、刑三大部分之外的刑法学总论的重点内容。由于重点部分与非重点部分、重点章节与非重点章节、重点问题与非重点问题以及各重点之间相互内容不同,因而其基本要求亦有所区别。例如:关于犯罪概念,要求一般了解犯罪概念及其类型的基本知识,重点掌握我国刑法中的犯罪概念和犯罪的严重社会危害性、刑事违法性、应受惩罚性三个基本特征及其相互关系,进而明确犯罪概念是区分罪与非罪界限的总标准。而关于刑法的基本原则,首先要求了解刑法基本原则的概念和意义,并明确罪刑法定、适用刑法人人平等和罪责刑相

适应的三大法定基本原则的含义和意义,重点阐述其基本要求、立法体现和司法适用。又如关于自首和立功,要求阐明自首制度和立功制度的基本内容,即:自首的概念、意义和种类,一般自首和特殊自首的成立条件,认定自首应当注意的有关问题,自首犯的刑事责任和处罚原则;立功包括量刑中的立功、行刑中的立功和战时缓刑中的立功。对此,首先应有一个宏观的了解和微观的界分,其次着重阐述量刑中的立功的基本内容,包括立功的概念、意义和种类,一般立功和重大立功的成立条件及其表现形式,认定立功应予注意的有关问题,立功犯的刑事责任和处罚原则。

对于刑法学分论而言,首先,“刑法分论概述”是不可忽视的部分,要求扼要阐述“刑法分则与刑法总则的关系”,阐述“刑法分则的体系”(包括我国刑法分则以同类客体为标准对犯罪进行分类和以犯罪的危害程度为标准对犯罪进行排列的表现,以及犯罪分类排列的意义),熟悉“刑法分则条文的构成”(包括罪状、罪名及法定刑的基本内容和相关问题),明确“刑法分论中的法条竞合”(包括其概念、成因、表现形式及适用原则等)。其次,十大类罪即危害国家安全罪,危害公共安全罪,破坏社会主义市场经济秩序罪,侵犯公民人身权利、民主权利罪,侵犯财产罪,妨害社会管理秩序罪,危害国防利益罪,贪污贿赂罪,渎职罪,军人违反职责罪之中的常见罪、多发罪、疑难罪,是学习中的重点。因而要求阐明各大类罪的概念和特征,介述各大类罪的种类。对于重点犯罪,要求阐明其概念和特征,以及认定这些犯罪应当区别的界限(一般包括罪与非罪、此罪与彼罪的界限,有些罪还包括犯罪形态如既遂与未遂、共同犯罪、一罪与数罪等),并介述其处罚。而对于各大类罪中重点犯罪以外的其他犯罪,则要求扼要介绍其概念、特征和处罚即可。不过,实际上,由于教学时间所限和教学方式所需,非重点犯罪常为自学内容。此外,鉴于近年来《刑法修正案》的不断出台和立法解释的继续发布,其对刑法分论相关内容的修改变化或具体阐明,也是刑法学分论教学必须予以特别注意的问题。

二、突出以法规内容为核心的法律教育

刑法学是法学的一个专门学科。刑法学的体系是一个理论体系。以往的刑法学教学一般强调“三基”,即基本概念、基本知识、基本理论。与此相适应,刑法学学习亦要求重视“三基”。在这种刑法学教材和内容模式当中,刑事立法的基本规定和刑事司法的具体实践,虽然也有一定程度的体现和反映,但由于其以传授刑法理论为主,因而立法规定和实际案例仅起到一种说明和支持相关理论的辅助性作用,易言之,法律规定和案例分析是为讲授刑法理论服务的。这种以理论为主导,立法规定依据理论体系需要而体现的“三基”教学方法和要求,使得相当部分的法科学生形成了只知抱着课本苦读,而不重视刑事法律基本规定研习的现象,其结果是对刑法规定通过课本只获得支离破碎的散在性了解,而没有一个全面、系统的整体性

把握。有鉴于此,多数有经验的教师,在“三基”的基础上,又特别增加“一基”,即强调“刑法基本规定”的教与学。因为,每一个法学学科都有其特定的研究对象。刑法学自然概莫能外。刑法学是以刑法为研究对象的专门学科。要学好刑法学,当然首先就要认真研习刑事立法规定。

但是,在刑法学中强调和重视刑法基本规定的教与学,与突出以法规内容为核心的法律教育是不相同的。以刑法法规内容为核心的法律教育是一个前所未有的之举。如何进行以法规内容为核心的法律教育,法律出版社法规中心在“21世纪法律教育法规丛书之一”,即《学生常用法规手册》中,做出了初步有益的尝试。而“21世纪法律教育法规丛书之二”,如《刑法》等,则是在该尝试基础上的进一步开拓性探索。

我们认为,突出以法规内容为核心的法律教育,就《刑法》而言,应当注意以下问题:

(一) 了解刑法的修改变化

1979年的《中华人民共和国刑法》,是中华人民共和国的第一部刑法典。79刑法实施的实践证明,它在同犯罪作斗争,保卫国家制度和人民利益,维护社会秩序,保障“四化”建设,促进改革开放等方面,都发挥了积极的作用。

但是,由于79刑法建立在计划经济的基础之上,并受当时政治思想、文化观念等因素的制约,其立法观念比较保守,立法内容比较粗疏,立法技术不很成熟,随着改革开放的不断深入,社会治安与司法机关同犯罪的斗争出现了许多新情况、新问题,一些犯罪的形态有了新变化和新发展,同时也产生了一系列新型的犯罪行为,使得原有的刑法规定不能完全适应同犯罪活动作斗争的需要。

为此,全国人大常委会自1981年起,即着手对刑法进行修改、补充,陆续出台了23个《决定》、《补充规定》等,这些特别刑法,为刑事执法提供了必要的依据。与此同时,有90多部民事、经济、行政法律、法规中也规定了130多个有关犯罪和刑事责任及刑罚的规范,这些附属刑法,也在一定程度上弥补了刑法典之不足。但是,由于这些特别刑法和附属刑法与普通刑法(即刑法典)之间,立法思想上不统一,立法方式上不协调,因此导致其内容和精神上存在着大量的矛盾和冲突,这就大大地影响了刑法基本功能和作用的正常发挥。鉴此,我国立法机关经过10多年研究和修订刑法的漫长历程,终于在1997年3月14日的第八届全国人民代表大会第五次会议上通过了新的《中华人民共和国刑法》,并于1997年10月1日起正式施行。1997年刑法的修订通过和颁布施行,是中国刑事法律制度发展和完善的一个新的重要的里程碑,它对于中国刑事法律制度的建设,乃至中国整体法律制度的建设具有十分重大的意义。

我国现行有效的刑事实体法律,包括97刑法典、《刑法修正案》(共4个)、全国人大常委会的有关立法解释(共5个)以及《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外

汇犯罪的决定》，同时，也包括其他非刑事实体法律、法规中的有关犯罪与刑事责任的规范。因此，了解刑法的修改变化包括了解刑法典、《刑法修正案》和《决定》及立法解释三个方面的修改变化。

1. 刑法典的修改变化

(1) 刑法典整体的修改变化

① 刑法结构完善化

79 刑法从结构上分为总则和分则两大编，97 刑法依然保留了总则和分则两大部分。此外，还增添了一个附则部分。

附则是与总则和分则相对应的一个概念，附则是刑法整体规范中作为总则和分则辅助性内容而存在的一个组成部分。97 刑法虽然没有将附则与总则和分则等同视之并列第三编，但其以立法的方式在第 452 条之前标明了“附则”二字，这表明其具有不可忽视的法律地位。

附则的法律价值，在于它标志着刑法体系结构的完整，反映了立法技术水平的提高；附则的具体功能，在于它明确规定了总则和分则所没有包括的内容，有利于总则和分则的贯彻执行；附则的特殊意义，在于它对“特别刑法”概念的保留，并预示着中国刑事立法的未来走向。当然，附则部分没有说明新刑法与以往附属刑法的关系等，也有未能尽如人意的缺憾。

② 刑法渊源单一化

刑法的渊源，即指刑事立法的表现形式。就原刑法而言，其渊源包括普通刑法（即刑法典）、特别刑法（即全国人大常委会制定的有关《条例》、《补充规定》和《决定》）及附属刑法（即民事、经济、行政法律中的刑事规范）三大形式。新刑法在修订过程中，由于主要遵循制定统一的、完备的刑法典的原则，因而立法者将特别刑法普通化，附属刑法单一化，原有刑法适应化，从而使刑法的渊源单一化。即中国刑法目前主要表现为修订后的刑法典这一种形式。刑法渊源的单一化，顺应了统一刑事法制的客观需要和实现依法治国的客观要求。

③ 刑法内容的现代化

刑法内容的现代化，就是指新刑法典立法观念和立法精神所体现的时代特征。前边所说的原有刑法的适应化，就是这个意思。从立法观念方面来说，79 刑法是计划经济的产物，其立法思想和价值取向、立法内容和立法技术等，因受计划经济思想观点的影响和制约，故而突出刑法的政治功能，强调国家本位和社会本位，而 97 刑法建立在市场经济的基础上，其价值观念侧重于刑法的社会保障功能和人权保障功能并重，因而强调刑法的社会功能，如规定刑法的三大基本原则，加强了人权保障，修改反革命罪名为危害国家安全罪，强化对一般刑事犯罪的惩治等。就立法精神方面而言，97 刑法突出地体现了社会主义市场经济发展的需求。比如，97 刑法分则第三章的章名即“破坏社会主义市场经济秩序罪”中增添了“市场”二字，

并大量增加了条文和罪种,突出了刑法对市场经济的保护作用,尤其是关于证券犯罪、计算机犯罪等的规定,更明显地体现出新刑法内容的现代性气息,因而 97 刑法不仅具有划时代的现实意义,而且具有跨世纪的历史意义。

④ 刑法趋向国际化

中国刑法的目的和任务,从根本上来说,就是保障改革开放的深入发展和社会主义现代化建设的顺利进行。因此,97 刑法主要是立足于国内现实,满足国家和人民同犯罪作斗争的实际需要,同时也要考虑适应国际趋势。97 刑法典在立法趋向国际化的具体表现,一是直接修改并扩大了有关域外管辖权,即属人管辖权的范围;二是明确补充了对于国际犯罪的普遍管辖原则;三是将罪刑法定原则立法化;四是将恐怖活动、劫持航空器、洗钱以及黑社会性质的有组织犯罪等国际性犯罪具体化;五是将反革命罪的罪名改变为危害国家安全罪,等等。这些规定使得国内刑事立法与国际刑事立法相接轨,既有利于在国际上维护中国的地位和声望,又有利于加强国家间刑事司法的协作和协助,同时还有利于打击国际犯罪,维护国际社会的安宁与和平,最终为我国的社会主义市场经济建设营造一个良好的国际环境。

⑤ 刑法条文扩量化

79 刑法总共有 192 个条文。其中,总则部分 89 个条文,分则部分 103 个条文。而修订后的 97 刑法典总共有 452 个条文。其中,总则部分 101 个条文,分则部分 350 个条文,附则部分 1 个条文。比较之下,97 刑法比 79 刑法总共多出了 260 个条文。在刑法条文的扩量化中,尤其值得一提的是 97 刑法第三章和第六章的规定,79 刑法分则第三章仅有 14 个条文,14 个罪名;而 97 刑法分则第三章共有 92 个条文,分类为八节,共 89 个罪名,比较而言,97 刑法在该章增加了 78 个条文,75 个罪名;79 刑法分则第六章仅有 21 个条文,约 23 个罪名;而 97 刑法分则第六章共 91 个条文,分为九节,共包括 116 个罪名,比较而言,97 刑法该章增加了 70 个条文,93 个罪名。97 刑法上述两章均几乎相当于 79 刑法分则的整个条文数量,突出地体现了 97 刑法惩治的重点,其立法精神亦由此可见,即一是保障市场经济的发展,二是维护社会秩序的稳定。此外,刑法分则中贪污贿赂罪和渎职罪的条文及罪名变化亦较大,突出体现了 97 刑法惩贪反贿,从严治吏的坚定决心。

(2) 刑法总则的修改变化

① 刑法原则法定化

刑法的基本原则,是指刑法所特有的,贯穿于刑事立法始终的,刑事司法中必须遵循的全局性、根本性的准则。刑法基本原则是刑法的根基和本源,它直接反映着刑法的目的,规范着刑法的基本制度,决定着刑法的体系和适用,因而是刑法中的核心问题之一。在中世纪的封建刑法中,曾盛行罪刑擅断、司法专横和惨烈酷刑。资产阶级革命时期,曾对此大加鞭挞和批判,并极力倡导和弘扬罪刑法定、罪

刑均衡和刑罚人道主义。资产阶级刑法三大原则的确立,是现代刑法诞生的标志,是刑法史上的里程碑。我国 79 刑法典第 80 条中虽有“基本原则”的概括提法,但并无“基本原则”的具体规定,这是当时立法上的一大缺憾。97 刑法典的最突出的变化之一,就是在其第 3 条至第 5 条明文规定了刑法的三大原则,即罪刑法定原则、适用刑法平等原则和罪刑相当原则。

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;法律没有规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”这是中国刑法对罪刑法定原则的明确表述。其基本涵义是:第一,国家最高权力机关制定的刑事法律,是定罪处刑的惟一法律依据。刑法规定为犯罪的,要依法追究犯罪人的刑事责任,任何机关和个人,都不得违反刑法规定,任意出人于罪,宽纵犯罪;刑法没有规定为犯罪的,不得在法律之外寻找别的根据来定罪处刑,任何机关和个人都不得违反刑法的规定,以言代法、以权压法,任意出人于罪。第二,对犯罪人定罪处罚,必须严格遵守刑法的规定,该定什么样的罪名,就定什么样的罪名,该处什么样的刑罚,就处什么样的刑罚,不得违反刑法的规定,把重罪定为轻罪,或者相反,把轻罪定为重罪,或者重罪轻判,或者轻罪重判。第三,罪刑法定包括罪的法定和刑的法定两个方面的内容和要求,因此,刑法关于犯罪、刑罚及其相互关系的规定力求明确具体。第四,禁止类推,包括类推适用刑法和类推解释刑法。前者是指将刑法分则无明文规定的行为,比附援引刑法分则条文定罪处刑;后者是指超出刑法条文规定的涵义,以类推的方法作出解释。无论是类推适用刑法,还是类推解释刑法,都是与罪刑法定原则是相违背的。第五,刑法原则上不得有溯及既往的效力,即原则上禁止事后法对既往行为的适用。但是,新的刑事法律有利于被告人的,则属例外。刑法第 12 条中对此有着明确的规定。

在整部刑法中,罪刑法定原则有着充分的体现,主要表现在以下方面:第一,犯罪的法定化和刑罚的法定化。其中,犯罪的法定化具体体现为:1. 明确规定了犯罪的定义,概言之,即犯罪是危害社会触犯刑律、应受到刑罚惩罚的行为。2. 规定了构成犯罪的共同要件,即一切犯罪的成立,都必须具备并符合犯罪主体、犯罪客体、犯罪主观方面、犯罪客观方面四个要件。3. 明确规定了各种具体犯罪的构成要件。这为司法机关正确定罪提供了具体的法律依据。刑罚的法定化具体体现为:1. 明确规定了刑罚的种类,包括主刑(5 种)和附加刑(3 种),另外,根据刑法规定,驱逐出境也是一种特殊的附加刑。2. 明确规定了量刑原则,即对犯罪人裁量决定刑罚,必须“以事实为根据,以法律为准绳”,不允许滥施刑罚。3. 明确规定了各种具体犯罪的法定刑。这为司法机关正确量刑提供了法定标准。第二,取消了 79 刑法典中的类推制度。类推作为罪刑法定的对应物,与罪刑法定原则相矛盾,既然 97 刑法典明文规定罪刑法定,那么,取消类推则属必然。第三,废除“重法”溯及既往的效力,重申从旧兼从轻原则。“重法”包括“加重”处罚和“从新”原则,其属“事后法”,

不符合罪刑法定原则的要求,97 刑法否定“重法”的溯及力,有利于严格贯彻落实罪刑法定原则。第四,消除了 79 刑法中一些易生歧义的模糊用语,限定了已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年人只对刑法明文规定的 8 种严重犯罪行为负刑事责任,从而使其刑事责任的范围更加确定。第五,对 79 刑法典中规定的法官可以对罪犯在法定刑以下判处刑罚的减轻处罚,作了严格限定,即“必须报最高人民法院核准”。第六,对原刑法分则中一些罪状和法定刑较为笼统的罪名,尽量作了细化规定,并在新设立的犯罪中,尽量采取叙明罪状和层次化的法定刑,等等。

刑法第 4 条规定:“对任何人犯罪,在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”这就是适用法律平等原则。它是宪法上规定的社会主义法制的根本原则,即“法律面前人人平等”在刑法上的具体化。适用法律平等的基本涵义,是指司法机关对任何人犯罪,都应依法追究刑事责任,一律平等地定罪、量刑和行刑,不允许任何人有超越法律的特权;与罪行事实无关的一切因素,如民族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、文化程度、财产状况、职位高低、资历深浅、功劳大小等,都不能作为适用法律的特殊例外理由。适用法律平等原则旨在反对特权,寻求司法平等,维护法律公正。司法上的平等以立法上的平等为前提。其内容包括定罪上的平等,量刑上的平等以及行刑上的平等。刑法规定的这一原则,反映了市场经济的客观要求,有利于维护刑法尊严和实现刑罚目的,在当前尤其具有十分深刻的现实意义。

刑法第 5 条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”此即罪刑相当原则,亦称罪责刑相适应原则。资产阶级刑法的三大原则中,罪刑等价或称罪刑均衡原则,其基本涵义就是根据罪行的社会危害大小,决定所处刑罚的轻重;罪重则刑重,罪轻则刑轻,罪刑相当,罚当其罪。中国刑法规定的罪刑相当原则,同样也包括上述含义。不仅如此,它还增添了刑事责任的内容,并体现了刑罚个别化的精神。这就大大发展和丰富了罪刑均衡主义,即它不仅包括罪刑(刑罚)相当,而且包括罪责(刑事责任)相应,同时还包括责刑相称。罪刑相当原则所体现的刑罚个别化的思想和精神,是指罪刑相当并非机械对应,而是要求坚持“以事实为根据,以法律为准绳”的量刑原则,既应根据犯罪的事实、犯罪的性质、犯罪的情节和犯罪对于社会的危害程度,又应考虑到犯罪人的具体情况,如是否有立功、自首或者累犯、再犯等情节,以及其年龄、精神、生理状况等因素,综合判断其人身危险程度和行为危害程度,正确裁量决定刑罚。

刑法三大基本原则的法定化,尤其是罪刑法定原则的法定化,为公民的人身自由和权利提供了坚实的法律保障,标志着中国在以法治国的道路上迈出了重要的一步。

② 刑法制度具体化

刑法制度的内容很多,97 刑法关于刑法制度的规定,方式不同,特点各异。这

些问题无法一一论及。但是,关于新的刑法制度的创立,则值得注意。97 刑法中创立的刑法制度,主要有以下几个:一是刑事报告制度。刑法第 100 条规定:“依法受过刑事处罚的人,在入伍、就业的时候,应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚,不得隐瞒。”这就是特定情况下的刑事报告制度。二是民事优先制度。刑法第 36 条第 2 款规定:“承担民事赔偿责任的犯罪分子,同时被判处罚金,其财产不足以支付的,或者被判处没收财产的,应当先承担对被害人的民事赔偿责任”;刑法第 60 条亦规定:“没收财产以前犯罪分子所负的正当债务,需要以没收财产偿还的,经债权人请求,应当偿还。”三是立功制度。刑法第 68 条规定:“犯罪分子有揭发他人犯罪行为,查证属实的,或者提供重要线索,从而得以侦破其他案件的”,是立功。四是无过当防卫制度。

无过当防卫属于正当防卫中的重要内容。正当防卫是刑法中的重要制度之一,它是国家以刑事立法的方式赋予公民的一项重要的权利,在抗制和防范犯罪中具有十分重要的作用。因此,世界各国无不重视正当防卫制度的刑事立法。中国 79 刑法第 17 条对正当防卫制度曾作了明确的规定。但该规定过于原则,过于笼统,存在着难以操作等弊端。97 刑法从鼓励见义勇为和支持公民自卫,积极与各种违法犯罪活动作斗争,并有利于保障公民充分行使法定权利出发,对正当防卫制度作了重要修订。首先,界定了正当防卫的概念,并对保护的、范围、成立的条件等内容作了明确具体的规定,扩大了公民的防卫权;其次,对防卫过当的概念、成立条件作了相应规定,使负刑事责任的范围得以明确;再次,对防卫行为的限度作了重大修改,如在确立无过当防卫权的同时,也对其作了具体限制。刑法第 20 条第 3 款规定:“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成不法侵害人伤亡的,不属于防卫过当,不负刑事责任。”上述规定,理论界有论者将其概括为“无限防卫权”。笔者认为,“无限”二字,易生歧义,相对于一般正当防卫而言,它在“必要限度”上是“无限”,即该种防卫行为只是无“必要限度”的限制和要求,但其在具体适用上,则是“有限”。因为立法上对其适用毕竟作了较为严格的限制。鉴此,我们认为,将其称为无过当防卫,即侵害人身安全的暴力犯罪之无过当防卫似更为妥当。总之,上述关于无过当防卫的规定,突出地强化了公民行使正当防卫权利的刑法保护,有利于公民以私力抗制和打击暴力危及人身的犯罪。当然,97 刑法关于无过当防卫的规定,也有诸多不足之处。例如,第一,“行凶”一词,既不是科学的刑法用语,又不是规范的刑法罪名,将其与杀人、抢劫、强奸、绑架等具体罪名并列规定,其涵义除包含“重伤害”外,显为立法过剩。第二,“其他严重……暴力犯罪”的范围未加明确限定,不尽符合罪刑法定的原则精神。第三,该款中所列举的“杀人、抢劫、强奸”等犯罪,其法定刑的立法幅度很大,最低为 3 年有期徒刑,即使是绑架罪,其法定最低刑也只是 10 年有期徒刑。但按该款规定,只要不法侵害者实施暴力人身犯罪行为的,防卫人即可以致其

于死地,即“造成不法侵害人伤亡的,不属于防卫过当,不负刑事责任”。立法上赋予私力以如此极端的权利,一则与上述犯罪的法定刑幅度如何协调?二则在实践中难免被人滥用,其理论价值早已为人诟病,其实用效果尤其令人堪忧,如此等等。这些都是值得进一步予以完善的问题。

③ 犯罪概念层次化

犯罪是一种极为复杂的社会现象,犯罪的概念是对各种具体犯罪的社会政治本质的揭示和概括。97 刑法在犯罪概念的内容上也有一些修正,这主要表现在:第一,突出强调“分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度”的行为是犯罪;第二,补充强调“破坏经济秩序”的行为是犯罪;第三,其他文字上的变化,如以“国有财产”取代“全民所有制的财产”,以“人民民主专政”替换“无产阶级专政”等。但是,关于犯罪概念的重大补充,还在于 97 刑法明确规定了“单位犯罪”。97 刑法对于“单位犯罪”所作的总则性明文规定和分则性具体规定,使惩治这类特殊主体的犯罪有了统一的法律依据。97 刑法第 30 条规定:“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。”根据 97 刑法第 13 条和第 30 条的规定,单位犯罪,是指公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的、依照法律应当受到刑罚处罚的行为。“单位犯罪”的立法价值和功能可以从多个方面、多个角度去解读,但最重要的是,它首先使刑事立法中的犯罪概念具有了多层次的特点。例如,从纵的方面看,既有犯罪的一般概念(即刑法第 13 条的规定)、犯罪的类概念(即分则各章罪的概念,如军人违反职责罪的概念)以及第三章和第六章的亚类罪的概念及次亚类罪的概念、犯罪的种概念(即各种具体罪的概念,如贪污罪、受贿罪等);从横的方面看,既有一般犯罪的概念(第 13 条),又有共同犯罪的概念(第 25 条),还有单位犯罪的概念(第 30 条)。从理论上说,97 刑法的规定,使犯罪的概念不仅具有了层次性的特点,而且使犯罪的概念形成了完整的理论体系,即犯罪概念的理论体系。

④ 犯罪分类多样化

犯罪的分类,是犯罪问题的重要组成部分,因而也是刑法的重要内容。97 刑法关于犯罪的分类,既有总则中的分类,如第 14、15 条关于故意犯罪和过失犯罪的分类等;也有分则中的分类,如分则第一章至第十章的犯罪的分类;既有抽象的分类,如共同犯罪、单位犯罪等;也有具体的分类,如单位走私犯罪,单位税务犯罪,单位贿赂犯罪等;既有宏观的分类,如分则第三章和第六章的总的分类,也有微观的分类,如分则第三章和第六章中的各节犯罪的分类等,它们相辅相成,共同构成了 97 刑法中犯罪分类的体系。

刑法理论一般认为,刑法分则关于犯罪的分类,其根据是同类客体。所谓同类客体,指某些犯罪所共同侵犯的社会关系的某一个部分或某一个方面。79 刑法分则以同类客体为根据和基础,将社会生活中形形色色、五花八门的犯罪分为八大

类,再加上军人违反职责罪,共九大类罪;而 97 刑法分则依然保持了原有风格,即仍依据同类客体,将犯罪分为十大类,它们分别是:(一)危害国家安全罪;(二)危害公共安全罪;(三)破坏社会主义市场经济秩序罪;(四)侵犯公民人身权利、民主权利罪;(五)侵犯财产罪;(六)妨害社会管理秩序罪;(七)危害国防利益罪;(八)贪污贿赂罪;(九)渎职罪;(十)军人违反职责罪。各类犯罪的同类客体即各章名称中所反映的“国家安全”、“公共安全”、“市场经济秩序”、“国防利益”、“国家军事利益”等。但是,97 刑法分则第 3 章和第 6 章两章之中,还有 79 刑法分则所不具有的分类特点。即其各自不仅有“章”即大的同类客体的犯罪,也就是常说的“类罪”,而且“章”下还分了若干个“节”,各“节”所包括的犯罪,相对于其“章”所包括的犯罪而言,则为亚类客体的犯罪,也就是常说的“亚类罪”。此外,在各“节”之中,还有一些集合性犯罪,理论上有的称其为“罪群”,如侵犯知识产权罪中的商标犯罪、专利犯罪、版权犯罪(即著作权犯罪)和商业秘密犯罪等。而这些集合性犯罪,相对于各该“节”所包含的“亚类罪”来说,又可以称为“次亚类罪”,如此等等。97 刑法中的上述规定,使犯罪的分类在具有法定性、相对性、开放性等特点的基础上,又具有多样性的特点。

⑤ 犯罪构成新发展

所谓犯罪构成,简言之,即刑法规定的、某种危害行为构成犯罪所必须具备的主客观条件的有机统一体。中国刑法学理论一般认为,任何一种行为要构成犯罪,必须具备四大要件:一是犯罪客体,即犯罪侵害的法律权益;二是犯罪的客观方面的要件,主要是犯罪行为及其危害结果;三是犯罪主体,即犯罪人;四是犯罪的主观方面的要件,主要是故意或过失的罪过心理。这四个方面的条件的有机结合,就是认定犯罪的规格和标准,缺少其中任何一个方面的条件,就不能构成犯罪。

就 97 刑法的规定来看,其在犯罪构成上的发展,主要表现在以下几个方面:

第一,犯罪主体的突破。按照 79 刑法总则的规定,一切犯罪都只能由自然人构成,而法人或单位不能构成犯罪的主体。97 刑法吸纳了有关特别刑法和附属刑法关于单位犯罪的内容,在其总则第 30 条和第 31 条明文规定了单位犯罪及其刑事责任和处罚原则,在主体上就突破了 79 刑法总则关于犯罪主体只能是自然人的限制。其中,不仅规定某些犯罪,如走私、受贿、行贿罪等,可以由单位主体构成,而且规定某些犯罪只能由单位主体构成,如第 190 条的逃汇罪、第 240 条的强迫劳动罪等。97 刑法将单位规定为犯罪主体,实际上是把单位与自然人视为两种平等独立的犯罪主体,这就在立法上实现了个人刑事责任与单位刑事责任的一体化,从而从根本上消除了过去刑法上只在分则部分或特别刑法及附属刑法中规定单位犯罪,而在总则部分却不承认单位犯罪的那种不协调的矛盾现象。应该认为,97 刑法的规定,在犯罪主体上有了突破,这是一个巨大的进步。

第二,行为方式的创新。按照传统刑法理论,社会生活中的各种犯罪行为,虽

然表现得千姿百态,形形色色,但从犯罪行为的基本形式上,无非包括两类:一是作为;二是不作为。作为是不当为而为,不作为是当为而不为。然而,97刑法中却规定了诸多持有型犯罪。例如,非法持有枪支、弹药罪(第128条),持有、使用假币罪(第172条),非法持有国家绝密、机密文件资料、物品罪(第282条),非法持有毒品罪(第348条),非法持有毒品原植物的种子或幼苗罪(第352条)等。这些犯罪在客观方面,都是以“持有”为其行为特征的。而持有本身,既不是作为,又不是不作为。可以认为,持有是作为与不作为之外的一种独立类型的行为方式。

第三,罪过内容的增多。这表现在两个方面:一方面表现为犯罪故意内容的增多。一般认为,犯罪故意包括直接故意和间接故意两种犯罪心理态度。间接故意的成立,必须要求危害结果的发生,否则就不能成立间接故意。但是,在97刑法中,间接故意的成立条件发生了变化,基本形式有了增加,即除了传统理论所讲的一般间接故意之外,还包括特殊间接故意。特殊间接故意之所以“特殊”,就在于它并不必须要求危害结果的发生,亦可成立间接故意,如第414条的规定等。此外,实践中也出现了加大结果的间接故意,以及复杂间接故意等具体形式。另一方面表现为犯罪过失内容的增多。按照原有刑法规定及传统刑法理论,过失犯罪以发生严重危害结果为其成立的必要条件。简言之,过失犯罪都是结果犯。但是,根据97刑法第330条和第332条的具体规定,过失犯罪除包括过失实害犯外,还包括过失危险犯。这一规定,实际上是对过去有关司法解释内容的认可纳用和立法化,具有极其重要的理论意义。

第四,犯罪客体的变化。这主要体现在同类客体方面。从贪污贿赂罪的独立,危害国防利益罪的增设,以及妨害婚姻家庭罪的撤并来看,某一部分法律权益或社会关系能否或应否作为某些性质相同或相近的犯罪行为共同侵害的客体即同类客体,实际上是由统治阶级的犯罪观,并根据客观实际需要所决定的。

⑥ 刑事责任范围的限定

这主要是指对已满14周岁而未满16周岁的人相对负刑事责任的范围的具体限定。79刑法第14条第2款规定:“已满14岁不满16岁的人,犯杀人、重伤、放火、抢劫、惯窃罪及其他严重破坏社会秩序罪的,应当负刑事责任。”这里的“杀人、重伤”罪的性质是什么?立法上不很明确,理论上众说纷纭,实践中无所适从,不得不借助司法解释。而“其他严重破坏社会秩序罪”的范围有多大?立法上没有规定,理论上没有定论,实践中掌握宽严不一,即使是司法解释也无法规范。鉴于刑事责任的极端重要性和79刑法的存在问题,修订刑法时给予了必要关注。97刑法第17条第2款规定:“已满14周岁不满16周岁的人,犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的,应当负刑事责任。”从该规定看,主要的变化有三:一是对犯罪性质的限定,即只能是故意犯罪,而不能是过失犯罪。二是对犯罪种类的限定。97刑法删除了“惯窃罪”,增添了强奸、贩