

主 编·陈兴良
副主编·周光权 车 浩

刑法总论精释

上

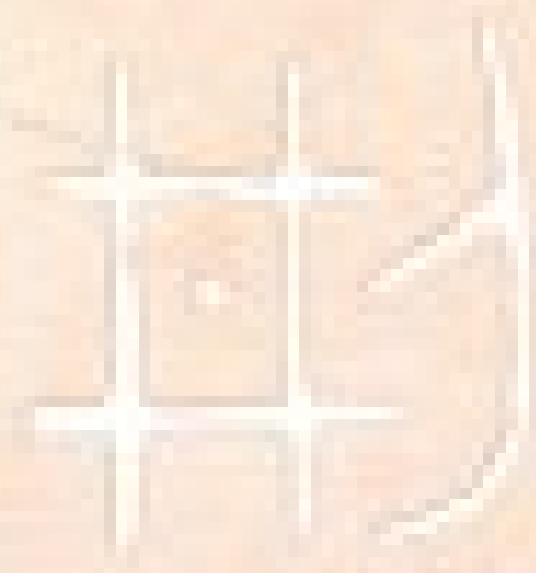
General Interpretation of Criminal Law

〔第三版〕

中国政法大学刑法学研究所 刑法学教研室 编

刑法总论精释 ②

中国政法大学出版社



中国政法大学出版社

〔第三版〕

刑法总论精释

General Interpretation of Criminal Law

主 编 陈兴良

副主编 周光权 车 浩

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

周光权 劳东燕 王政勋

陈兴良 付立庆 林 维

方 鹏 车 浩 柏浪涛

上

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总论精释/陈兴良主编. —3 版. —北京:人民法院出版社,2016. 1
ISBN 978 - 7 - 5109 - 1332 - 7

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—总则—法律解释—中国
IV. ①D924. 105

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 217016 号

刑法总论精释(第三版)

陈兴良 主编

责任编辑 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)67550565(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

客服 QQ 2092078039

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定彩虹印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 1123 千字

印 张 60.75

版 次 2016 年 1 月第 3 版 2017 年 11 月第 5 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 1332 - 7

定 价 158.00 元(上、下册)

版权所有 侵权必究

第一版

序

近年来，随着我国刑事立法与刑事司法的发展，我国刑法理论也有了长足的进步，尤其是随着德、日刑法学知识的传入，我国面临着一个刑法知识的转型问题。在这种情况下，我们共同编写了《刑法总论精释》一书呈现给读者，意在提供一种别有新意的刑法总论的知识框架。本书具有以下三个特点：

第一，三阶层犯罪论体系的引入。犯罪论体系，也就是我们通常所说的犯罪构成体系，是关于犯罪成立条件的体系化知识的总和。在司法实践中，定罪根据是刑法及司法解释的规定，这是没有疑问的。但犯罪论体系为定罪活动提供某种理论指导，从而保证了定罪结果的正确性。由此可见，犯罪论体系对于定罪具有不可低估的作用。我认为，犯罪论体系对于定罪的作用主要体现在方法论意义上，即犯罪论体系是定罪思维方法的一种导引。犯罪论体系具有教义学思考、体系性思考与类型性思考的方法论特征。其中教义学的思考为定罪提供了教义规则，成为法律规定的重要补充，从而满足定罪活动对于规则的需求。而体系性思考节省法官对于案件的审查时间，可以在犯罪论体系中找到问题的解决方案，从而满足定罪活动对于理论的需求。类型性思考则引入类型学方法，将构成要件作为一种违法行为类型，在类型性的框架中根据犯罪的特征，通过涵摄使一定的案件事实归属于某一法律规定的定罪类型，从而满足定罪活动对于逻辑的需求。正因为犯罪论体系具有重大的方法论意义，其在刑法理论中的体系性地位才得以凸显。

我国目前通行的四要件的犯罪构成理论体系，是从苏俄引入的。它在过去30年的法治建设中发生过重大作用。但随着我国刑事法治的发展，向刑法理论提出了更加精密、更加精细、更加精致的要求，而四要件的犯罪构成体系基于其本身的缺陷，显然不能满足这一需求。在这种情况下，三阶层的犯

罪论体系取而代之正是势所必然。四要件的犯罪构成体系将正当化事由排斥在体系以外，存在结构性缺陷；四要件的犯罪构成体系以社会危害性为中心，使实质判断凌驾于形式判断之上，存在价值性缺陷；四要件的犯罪构成体系在客观要件与主观要件之间没有建立起位阶关系，使客观要件的故意规制机能荡然无存，存在逻辑性缺陷。而三阶层的犯罪论体系则将入罪要件与出罪事由融为一体、实质判断与形式判断妥当安排，客观要件与主观要件合理架构，为定罪活动提供了方法论指导，因而更为可取。

当然，从四要件的犯罪构成体系到三阶层的犯罪论体系，存在一个知识转型，也是知识更新的过程。三阶层的犯罪论体系对于某些司法人员来说，也许是较为陌生的，但是接触以后，还是十分容易掌握的，将其适用于定罪活动也是十分顺当的。因此，我们不应低估司法人员对于三阶层的犯罪体系的接受能力。

在我主编的《刑法学》（复旦大学出版社2003年第1版、2009年第2版）一书中，就在我国刑法教科书中首次采用了三阶层的犯罪论体系。当然，《刑法学》一书包含了刑法总论与刑法各论，由于篇幅所限，对于三阶层犯罪论体系没有予以展开。本书是以刑法总论为主体的，篇幅较大，可以在相当的深度与广度上对三阶层的犯罪论体系展开叙述，因而也是将三阶层的犯罪论体系向司法实践推广的一种有益尝试。毛泽东同志有一句名言：“要知道梨子的滋味，就要亲口尝一尝。”对于四要件的犯罪构成体系与三阶层的犯罪论体系的理论争鸣当然不能说没有意义，但将两种体系在定罪活动中的功效进行比较，我认为是最为可取的，它可以减少无谓的争议。

第二，判例刑法学方法的采用。相对于刑法各论对具体罪名的阐述，刑法总论对犯罪与刑罚的一般原理的阐述更为抽象，也是更难掌握的。本书的定位是面向司法实践，因而不能过于晦涩。在这种情况下，本书在理论叙述的过程中，穿插了大量的判例，使理论见之于判例，理论与判例各显其彰。我在这里所讲的判例，也就是最高人民法院所公布的指导性案例，这些案例本身对于司法活动具有指导功能，实际上具有准判例的性质。这些判例主要来自于《最高人民法院公报》《刑事审判参考》《中国审判案例要览》等权威性刊物，并经适当剪裁，对于说明、论证某些理论命题具有不可替代的作用。我国是一个成文法国家，还没有建立判例制度，主要通过司法解释对司法活动进行指导。司法解释相对于法律规定而言，是更为具体的，具有细则性特征。但相对于个案仍然是抽象的规则。而判例则以其个别性、可比照性，显示出法律和司法解释所不具有的对个案处理的参照价值。近年来，我一直致力于判例刑法学的研究，《判例刑法学》（上下卷，中国人民大学出版社2009年版）就是这一研究的最新成果。相对于理论刑法学所具有的文本刑法学性

质,判例刑法学是司法刑法学,也是实践刑法学。在本书的编写过程中,我们采用了判例刑法学的研究方法,使本书内容更加贴近司法实践,也更具有可读性,对于传播有关指导性案例也是一种有效的途径。

第三,司法刑法学视角的贯彻。本书写作的目的是为司法人员提供合适的刑法总论读本。因而,我们确立了司法刑法学的理论视角,并将其贯彻全书始终。从刑法学方法论来说,存在立法论思考与司法论思考的区分。立法论是关于法的思考(think about law),而司法论是根据法的思考(think of law)。在立法论中,法是思考的客体,因而对法的反思与批判是应有之义。在这个意义上的刑法学,是立法刑法学。在司法论中,法是思考的依据,因而只能以法律规则作为根据进行逻辑推理,而不能随意地批评法律、指责法律。这个意义上的刑法学,是司法刑法学。司法刑法学的视角,就是法官的视角。法官的职能是将法律适用于个案,因而法律不是被嘲笑与指责的对象,法律是裁判的规则。基于这一司法刑法学的视角,在本书中我们以刑法规定与司法解释为依归,对刑法总论原理进行法理阐述。因此,刑法规定与司法解释就成为我们对理论观点取舍的一个重要标准,也是本书解释的对象。在这个意义上说,本书以实用性作为写作的价值取向,尽量地使本书的内容与相关的法律规定能够有机地结合起来。因此,本书虽然采用的是三阶层的犯罪论体系,但将这一理论用于解释我国的法律规定,这实际上是为我所用,也是使这些来自德、日的刑法知识本土化的一种学术努力。

本书是人民法院出版社的约稿,经历了一个较长的写作过程。在写作当中,由我和周光权教授共同确定章节和思路,由来自北京大学法学院、清华大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学刑事司法学院、中国青年政治学院和西北政法大学刑事法学院的作者共同组成一个写作团队执笔完成,最后由我和周光权教授统改定稿,终于完成了这一合作作品。应当指出,各个章节尽量尊重执笔者的观点,能不改动的尽量不改动。因此,某些观点并不必然代表主编的立场,特此说明。在写作过程中,车浩博士为我的主编工作提供了协助,对此深表谢意。

本书的写作分工如下(以撰写章节的先后为序):

周光权(清华大学法学院教授、法学博士) 第一章、第九章

劳东燕(清华大学法学院副教授、法学博士) 第二章、第十章

王政勋(西北政法大学刑事法学院教授、法学博士) 第三章、第六章

陈兴良(北京大学法学院教授、法学博士) 第四章、第五章

付立庆(中国人民大学法学院讲师、法学博士) 第七章

林 维(中国青年政治学院法律系教授、法学博士) 第八章

方 鹏(中国政法大学刑事司法学院讲师、法学博士) 第十一章、第

十五章

车 浩（清华大学法学院博士后研究人员、法学博士） 第十二章、第十四章

柏浪涛〔中国地质大学（北京）人文经管学院讲师、清华大学法学院博士研究生〕 第十三章

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2010年2月1日

第二版

序

《刑法总论精释》在2010年出版以后，因本书采取了三阶层的犯罪论叙述方式，无论在形式上还是内容上均有所创新，因而受到读者的好评。及至2011年2月25日全国人大常委会通过刑法修正案（八），对刑法作了局部修改。不同于以往的七次刑法修订，刑法修正案（八）涉及对刑法总则的重要改动，因而本书的随之修订势在必行。

刑法修正案（八）对刑法总则的修订，我以为总体上体现了宽严相济的刑事政策。自2005年提出宽严相济的刑事政策以后，首先是作为一项刑事司法政策，在司法活动中予以贯彻。但宽严相济刑事政策不仅是一项刑事司法政策，同时也应当是一项刑事立法政策。如果宽严相济刑事政策在刑事立法中得不到充分的体现，就不能为刑事司法中贯彻宽严相济刑事政策提供法律依据。刑法修正案（八）可以说是第一次在刑事立法中全面落实宽严相济刑事政策，因而是宽严相济刑事政策立法化的体现。以下，我想从宽和严这两个方面，阐述刑法修正案（八）对刑法总则的修订。

一、从宽的修订

在刑法修正案（八）当中，某些修订体现了宽缓的刑事政策精神。从宽的修订主要体现在以下四个方面：

（一）对老年人的宽大处理

刑法修正案（八）对已满75周岁的老年人作出了宽大处理的规定，这对我国刑法是一个重要补充。应该说，我国古代刑法历来就有矜老恤幼的传统。在我国刑法中，恤幼精神体现得较为明显。例如，对未成年人犯罪从轻量刑、不适用死刑等。但矜老精神则没有得到应有的体现，当然这与老年人犯罪整体较少，尚未成为一个突出的社会问题是有关联的。刑法修正案（八）首次

在刑法中体现了矜老的立法精神。

1. 老年人犯罪的从宽处罚

刑法修正案（八）第一条增设了老年人犯罪从宽处罚的条款：“已满七十五周岁的人故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚；过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。”这一规定，为已满75周岁的老年人犯罪的从宽处罚提供了明确的法律根据。

2. 老年人犯罪不适用死刑

刑法修正案（八）第三条还增设了老年人犯罪免死的条款：“审判的时候已满七十五周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外。”在减少死刑适用的背景下，我国刑法对已满75周岁的老年人免除死刑适用，虽有例外性的但书规定，仍具有重要意义。

3. 老年人符合条件应当适用缓刑

缓刑是我国刑法规定的一项从宽处罚的刑罚制度，但我国刑法对缓刑适用条件设置较为粗疏，仅规定“根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑不致再危害社会的，可以宣告缓刑。”并且，这一规定也未对不同主体予以区别对待。刑法修正案（八）第十一条将缓刑条件修改为：（1）犯罪情节较轻；（2）有悔罪表现；（3）没有再犯罪的危险；（4）宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。这种列举性规定，使缓刑条件较为明确，并且易于把握。同时，刑法修正案（八）还规定，已满75周岁的人符合缓刑条件的，应当适用缓刑。这一规定，对于扩大对老年人适用缓刑具有重要意义。

当然，我国规定的老年人年龄偏大，符合这个年龄的老年人犯罪，尤其是犯有死罪的案件极为个别，因而上述规定的宣示意义恐怕大于其实际意义。我认为，在将来条件具备时，对老年人的年龄可放宽到65周岁或者70周岁，以使更多老年人受惠于上述矜老的立法规定。

（二）对未成年的宽大处理

如前所述，我国刑法对未成年人犯罪已经体现了宽大的立法精神。刑法修正案（八）对此又作了补充规定，使我国刑法对未成年人犯罪的宽大政策体现得更为彻底。

1. 未成年人不构成累犯

累犯是我国刑法规定的一种从严处罚的刑罚制度。我国原刑法规定过失犯不构成累犯，而将累犯限于故意犯罪。这就从罪责形式上对累犯作出了某种限制，因为过失犯罪与故意犯罪相比较，行为人的危险危险性较小。未成年人与成年人相比，由于未成年人身心发育尚未成熟，社会经验不足，其人身危险性也同样小于成年人犯罪。但在累犯的构成上，我国原刑法未作区别对待，这是存在缺憾的。刑法修正案（八）第六条关于累犯规定的但书中，

明确规定“不满十八周岁的人犯罪的除外”，这就确立了未成年人犯罪不构成累犯的法律原则，对于我国累犯制度的完善具有重要意义。

2. 未成年人符合条件应当适用缓刑

刑法修正案（八）在对缓刑适用条件作了较为细化规定的同时，明确规定对符合缓刑条件的未成年人应当适用缓刑。这一规定有助于对未成年人犯罪扩大适用缓刑，从而体现对未成年人教育、感化、挽救的政策精神。

3. 未成年人前科报告义务的免除

我国刑法第一百条规定了前科报告制度：“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。”这一规定的立法精神是加强对依法受过刑事处罚的人的有效管理，这对于预防犯罪具有重要意义。但这项义务的设定，对于未成年人来说，会使其求学、就业及生活带来一定的困扰。为此，刑法修正案（八）作出了对未成年人的例外规定：“犯罪的时候不满十八周岁被判处五年有期徒刑以下刑罚的人，免除前款规定的报告义务。”这一规定对犯罪较轻的未成年人免除其前科报告义务，减少犯罪对其社会生活带来的负面影响，从而有利于他们悔过自新，重新做人。

（三）坦白从宽政策的立法化

抗拒从严、坦白从宽是我国一项重要的刑事政策。但坦白从宽政策在我国司法活动中并没有得到有效的贯彻，这主要与坦白从宽在我国刑法中没有明文规定有关。我国刑法对自首和立功都作了规定，从而为其从宽处罚提供了法律根据。但自首和立功以外的坦白，则在刑法中未作规定。刑法修正案（八）第八条对此作了规定：“犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。”根据这一规定，我国刑法中的坦白是指犯罪嫌疑人在侦查阶段如实供述自己罪行的行为。坦白可以获得法律上的从宽处罚，这种从宽处罚分为两种情形：（1）对于一般坦白的，可以从轻处罚；（2）对于坦白而避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。我认为，坦白从宽政策的立法化，对于鼓励犯罪嫌疑人坦白自己罪行具有重要意义，也是我国刑法从宽制度完善的重要标志。

（四）死刑罪名的减少

死刑制度是我国一项重要的刑罚制度，减少死刑是宽严相济刑事政策的重要体现。减少死刑，也就是死刑的限制可以分为两个方面：一是司法上的限制；二是立法上的限制。对死刑的司法上的限制于立法限制可以说是同样重要。前几年我国通过最高人民法院收回死刑复核权，严格掌握死刑适用标准，在死刑的司法限制方面取得了重大成效。但仅有死刑的司法限制是不够

的，死刑的立法限制具有其独特作用，它表明国家在死刑问题上的严正立场。刑法修正案（八）取消了13个经济性非暴力犯罪的死刑，具体包括：走私文物罪，走私贵重金属罪，走私珍贵动物、珍贵动物制品罪，走私普通货物、物品罪，票据诈骗罪，金融凭证诈骗罪，信用证诈骗罪，虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，伪造、出售伪造的增值税专用发票罪，盗窃罪，传授犯罪方法罪，盗掘古文化遗址、古墓葬罪，盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪。这些罪名死刑的取消，虽然是对刑法分则的修订，但其意义却并不局限于分则，而可以说是我国死刑立法改革所取得的实质性进展。当然，这次取消死刑的13个罪名，其死刑基本不用或者极少适用，对于死刑的实际效果还是十分有限的，而其对限制死刑的立法宣示意义更为重要。我认为，在条件具备以后，还应进一步从立法上限制死刑，对那些经济性非暴力以及暴力程度较轻的犯罪都应当逐渐取消死刑，使死刑的立法限制对司法发生实际效果。只有这样，才能推进我国死刑制度的改革。

二、从严的修订

宽严相济刑事政策不仅包括从宽的一面，而且包括从严的一面。在刑法修正案（八）的修订中，从严修订也是极为明显的。从严的修订主要体现在以下四个方面：

（一）限制减刑制度

为克服我国刑罚制度中存在的死刑过重、生刑过轻的矛盾，在取消了13个罪名的死刑同时，刑法修正案（八）对死缓设立了限制减刑制度。死缓是我国一项重要的制度，它对于减少死刑立即执行具有重要作用。死缓在一般情况下都不会执行死刑，在这个意义上说，死缓属于生刑。当然，更确切地说，死缓是介乎于死刑与生刑之间的一种过渡性的刑罚。但目前我国刑法中的死缓实际执行的刑期过短，缺乏足够的严厉性，难以对死刑立即执行起到替代作用。为此，刑法修正案（八）第四条第一款适当延长了死缓减为有期徒刑以后的执行期限。原刑法第五十条的规定：“判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，二年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为十五年以上二十年以下有期徒刑；如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。”根据这一规定，死缓减为有期徒刑以后，最少执行十五年，这与死刑立即执行之间的差别过大。为此，刑法修正案（八）第四条规定：“如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为二十五年有期徒刑。”这样，就实际地把死缓减刑以后的刑期由过去最少只执行十五年，改为最少执行二十五年。与此同时，刑法修正案（八）第四条第二款设立了死缓限制减刑制度：“对被判处死刑缓期执行的

累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。”与此同时，刑法修正案（八）第十五条第（三）项规定：“人民法院依照本法第五十条第二款规定限制减刑的死刑缓期执行的犯罪分子，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，不能少于二十五年，缓期执行期满后依法减为二十五年有期徒刑的，不能少于二十年。”死缓限制减刑制度的设立，提高了死缓制度的严厉性，在一定程度上减少了死缓与死刑立即执行之间的惩罚强度上的差距，以便使死缓在替代死刑立即执行中发挥更大的作用，使我国刑罚结构更为合理。因此，死缓限制减刑制度虽然是一项从严规定，但其目的在于减少死刑立即执行的适用，又具有从宽的效用。

（二）禁止令制度

刑法修正案（八）在我国刑法中首次设置了存在于管制和缓刑的执行中禁止令制度，这是具有创新性的立法举措。刑法修正案（八）第二条规定：“判处管制，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。”此外，刑法修正案（八）第十一条第二款规定：“宣告缓刑，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。”由此可见，我国刑法中禁止令是指对判处管制或者宣告缓刑的犯罪分子，根据犯罪情况，禁止在管制执行期间或者缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。判处管制的犯罪分子，违反第二款规定的禁止令的，由公安机关依照《中华人民共和国治安管理处罚法》的规定处罚。根据刑法修正案（八）第十四条的规定，被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内违反禁止令，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚。这是对于违反禁止令的惩罚性后果的规定。禁止令制度的建立，对于强化对管制的执行和缓刑的考验都具有重要意义。从法律上说，禁止令本身并不是一项刑罚制度，而是类似于一种保安处分措施。它与管制和缓刑配套适用，有助于管制和缓刑取得更佳的刑罚效果。

（三）社区矫正制度

社区矫正是我国前些年进行试点的一项非监禁刑的行刑制度。根据有关规定，社区矫正是指将符合社区矫正条件的罪犯置于社区中，由专门的国家机关在相关社会团体和民间组织以及社会志愿者的协助下，矫正其犯罪心理和行为恶习，促使其顺利回归社会的非监禁刑罚执行活动。在试点中，社区矫正取得了较好的社会效果和法律效果。过去，非监禁刑处于无人过问的放任状态，因而非监禁刑的效果不佳，致使非监禁刑适用率极低。建立社区矫

正制度以后，对于适用非监禁刑的罪犯进行统一管理，由此严格了非监禁刑的执行。但由于目前尚未制定社区矫正法，社区矫正的法律根据严重不足。刑法修正案（八）首次在我国刑法中对社区矫正作了规定，从而使社区矫正成为一项正式的法律制度，为以后制定社区矫正法创造了条件。刑法修正案（八）分别对管制、缓刑、假释的犯罪分子作了依法实行社区矫正的规定，尽管未对社区矫正的实体性和程序性内容作出具体规定，但这一规定对于社区矫正制度的建立仍然具有重要意义。

（四）从严处罚的规定

刑法修正案（八）还有两处涉及从严处罚，一是第十条规定在数罪并罚的情况下，总和刑期在三十五年以上的，最高不能超过二十五年。原刑法规定有期徒刑最高不能超过二十年，相比之下，刑法修正案（八）的这一规定体现了对犯有数个重罪的犯罪分子从严惩处的立法精神。二是在特别累犯中增加了恐怖活动犯罪和黑社会性质的组织犯罪，上述两种犯罪分子在刑罚执行完毕或者赦免以后，在任何时候再犯上述一类罪的，都以累犯论处。上述两项规定是宽严相济刑事政策中从严的立法体现。

以上是我对刑法修正案（八）对刑法总则的修订，从宽和严两个方面进行了初步梳理。这也是《刑法总论精释》第2版修订的主要内容。因为这次修订涉及本书的局部内容，而不是对本书的全面修订。因此，承担修订任务的主要是相关章节的执笔人，即付立庆博士、车浩博士和柏浪涛博士。周光权教授对修订后的内容进行了审订。最后还要指出，本书作者的身份现在发生了变化，其中付立庆博士现为中国人民大学法学院副教授，车浩博士现为北京大学法学院副教授。特此说明。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2011年6月12日

第三版

序

值此刑法修正案（九）颁布之时，《刑法总论精释》第三版正式与读者见面。从刑法修正案（八）到刑法修正案（九），间隔了不到五年时间，而我国的刑事法治建设和刑法理论都取得了长足的进展，这是令人欣慰的。《刑法总论精释》一书也伴随着刑事立法与刑事司法的进步而随之修订，使之能够保持与法治的同步。

刑法修正案（九）对刑法进行了较为系统的修订，就修订内容而言，涉及面是较为广泛的，对于刑法制度的影响也是较为深远的。当然，刑法修正案（九）对刑法的修订主要集中于刑法分则，对于刑法总则的修订相对较少，这也是一个事实。刑法修正案（九）对刑法总则的修订，体现在以下三个方面：

（一）禁止从事相关职业制度的设立

刑法修正案（九）第一条规定：“在刑法第三十七条后增加一条，作为第三十七条之一：因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年”。这一规定设立了我国刑法中的禁止从事相关职业的制度，这是我国刑罚方法的一种拓展和创新。根据这一规定，在适用禁止从事相关职业这一制度的时候，应当注意以下三点：一是适用前提，即利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚。这里的利用职业便利实施犯罪，是指实施业务犯罪。业务犯罪的主体是具有特定身份的人员，并且具有业务上的便利。例如，刑法第一百八十三条规定的职务侵占罪，就属于此类犯罪。而实施违背职业要求的特定义务的犯罪则是指实施亵渎职责的犯罪，例如刑法第一百六十九条之一规定的背信损害上市公司利益罪。二是适

用根据，即犯罪情况和预防再犯罪的需要。根据我国刑法规定，并非所有上述实施犯罪而被判处刑罚的，都必须适用禁止从事相关职业的处罚措施。只有那些犯罪情节较为严重，尤其是与职务具有密切关联性的犯罪分子，并且人身危险性较大的情形，才有必要适用禁止从事相关职业的处罚措施。三是适用后果，即禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年。禁止从事相关职业，是对犯罪人所实施的某种业务犯罪的附带性的惩罚，同时也具有防止在一定期间再犯业务犯罪的功能。根据刑法规定，禁止从事相关职业的惩罚并非永久性的，而具有一定的期限，即三年至五年。应该说，禁止从事相关职业制度的设立，对于惩罚与预防业务犯罪具有一定的意义。

在理解禁止从事相关职业制度的时候，存在一个值得研究的问题，这就是禁止从事相关职业的性质。换言之，禁止从事相关职业到底是一种资格刑还是一种非刑罚的处理措施？在我国正式的刑罚种类中，只有剥夺政治权利是独立的资格刑。但除此以外，还存在驱逐出境，剥夺勋章、奖章和荣誉称号，以及剥夺军衔等补充性的资格刑。其中，驱逐出境规定在刑法第三十五条，是对外国人适用的资格刑，它并没有纳入我国刑罚种类的体系。而剥夺勋章、奖章和荣誉称号，以及剥夺军衔是对犯罪的军人适用的资格刑，规定在《中国人民解放军军官军衔条例》等军事性法律之中。在其他法律、行政法规中，也规定了禁止或者限制从事相关职业的处罚措施。由于这些法律、行政法规不具有设立刑事性处罚措施的权限，因此这些内容被认为是行政性的处罚措施。这次刑法修正案（九）规定的禁止从事相关职业制度，当然具有刑事性处罚措施的性质，但是否属于资格刑，还会存在争议。因为从刑法总则条文体系来看，第三十三条、第三十四条是关于主刑和附加刑的规定，第三十五条是关于驱逐出境的规定。第三十六条是关于赔偿经济损失的规定，第三十七条是关于免于刑事处罚和非刑罚处罚措施的规定。而刑法修正案（九）通过增设刑法第三十七条之一规定了禁止从事相关职业。从条文体系上来看，将禁止从事相关职业理解为非刑罚处罚措施似乎有一定道理。但这里的非刑罚处罚措施是对免于刑事处罚的犯罪分子适用的处罚，包括训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，以及由主管部门作出的行政处罚或者行政处分。由此可见，非刑罚处罚措施只适用于免于刑事处罚的犯罪分子。而禁止从事相关职业则适用于利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的犯罪分子。从这个意义上说，我认为禁止从事相关职业更接近于资格刑而非刑罚处罚措施。也就是说，禁止从事相关职业在其性质上是刑罚措施而不是非刑罚措施。当然，如果刑法修正案（九）

将禁止从事相关职业规定为刑法第三十五条之一，则其资格刑的性质更为明确。

（二）刑罚执行制度的修改

刑法修正案（九）对我国的刑罚执行制度作了多处修改，其中某些修改对刑罚执行具有重大影响。因此，值得关注。刑法修正案（九）对刑罚执行制度的修订，涉及以下三点：

1. 死缓执行制度的修订

刑法原第五十条关于被判处死缓的犯罪分子的执行，规定了：“如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。”根据这一规定，在死缓执行期间，只要故意犯罪，就可以执行死刑。刑法修正案（九）对此修改为：“如果故意犯罪，情节恶劣的，报请最高人民法院核准后执行死刑；对于故意犯罪未执行死刑的，死刑缓期执行的期间重新计算，并报最高人民法院备案。”在这一规定中，增加了情节恶劣的条件：在死缓执行期间，只有故意犯罪，情节恶劣的，才能执行死刑。但对于故意犯罪未执行死刑的，死刑缓期执行的期间重新计算。这一修改总体精神是从宽，因为死缓犯罪分子在死缓执行期间，只要故意犯罪的，就执行死刑，这是一种较为严厉的规定。现在改为故意犯罪情节恶劣的，才执行死刑，体现了宽中有严，区别对待的政策精神。

2. 罚金执行制度的修订

罚金的执行可以说是一个老大难的问题，我国刑法根据不同情况，分别规定了罚金的分期缴纳、强制缴纳、追缴，以及减免缴纳等制度。刑法修正案（九）在此基础上，又增加规定了延期缴纳制度。根据刑法修正案（九）的规定，由于遭遇不能抗拒的灾祸等原因缴纳确实有困难的，经人民法院裁定，可以延期缴纳、酌情减少或者免除。由此可见，延期缴纳是对于那些因遭遇不能抗拒的灾祸等原因缴纳确实有困难的犯罪分子建立的一种变通性措施。它对于刑法原规定由于遭遇不能抗拒的灾祸等原因缴纳确实有困难的就可以酌情减少或者免除缴纳而言，有所重；但就延期缴纳使犯罪分子缴纳罚金获得了一个宽限而言，又有所轻。

3. 自由刑数罪并罚执行制度的修订

在自由刑数罪并罚的情况下，如何决定执行的刑罚，这在我国刑法中是一个存在争议的问题。对于这个问题，我国原刑法没有明确规定，因此在我国刑法学界对此存在以下六种分歧观点：（1）换算说，认为应先把管制和拘役折算成有期徒刑，比例是两天管制折抵一天有期徒刑，一天拘役折抵一天有期徒刑，然后按照限制加重的原则，在总和刑期以下，数刑中最高刑期以