

华东政法大学65周年校庆文丛

廿载春秋
变革中的刑法理论与实践



刘宪权 / 著

华东政法大学65周年校庆文丛

廿载春秋

变革中的刑法理论与实践

刘宪权 / 著

图书在版编目(CIP)数据

廿载春秋:变革中的刑法理论与实践 / 刘宪权著.
—北京:法律出版社,2017
(华东政法大学65周年校庆文丛)
ISBN 978-7-5197-1461-1

I.①廿… II.①刘… III.①刑法—研究—中国
IV.①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第241677号

廿载春秋:变革中的刑法理论与实践

NIANZAI CHUNQIU:BIANGE ZHONG DE XINGFA
LILUN YU SHIJIAN

刘宪权 著

策划编辑 黄倩倩

责任编辑 黄倩倩

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任校对 晁明慧

责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 44.75

字数 699千

版本 2017年10月第1版

印次 2017年10月第1次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792

咨询电话 / 010-63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-63939781/9782

西安分公司 / 029-85330678

重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636

深圳分公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-1461-1

定价: 118.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

华东政法大学
65周年校庆文丛编委会

主任：曹文泽 叶青

副主任：顾耘 王迁

委员（以姓氏笔画为序）

马长山	王立民	朱应平	刘伟	孙万怀
杜涛	杜志淳	杨忠孝	李峰	李秀清
肖国兴	吴新叶	何益忠	何勤华	冷静
沈福俊	张栋	张明军	陈刚	陈金钊
林燕萍	范玉吉	金可可	屈文生	贺小勇
徐家林	高汉	高奇琦	高富平	唐波

崛起、奋进与辉煌

——华东政法大学65周年校庆文丛总序

2017年，是华东政法大学65华诞。65年来，华政人秉持着“逆境中崛起，忧患中奋进，辉煌中卓越”的精神，菁莪造士，栉朴作人。学校始终坚持将学术研究与育人、育德相结合，为全面推进依法治国做出了巨大的贡献，为国家、为社会培养和输送了大量法治人才。一代代华政学子自强不息，青蓝相接，成为社会的中坚、事业的巨擘、国家的栋梁，为社会主义现代化和法治国家建设不断添砖加瓦。

65年栉风沐雨，华政洗尽铅华，砥砺前行。1952年，华政在原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学、上海学院、震旦大学九所院校的法律系、政治系和社会系的基础上组建而成。历经65年的沧桑变革与辛勤耕耘，华政现已发展成为一所以法学为主，兼有政治学、经济学、管理学、文学、工学等学科的办学特色鲜明的多科性大学，人才培养硕果累累，科研事业蒸蒸日上，课程教学、实践教学步步登高，国际交流与合作事业欣欣向荣，国家级项目、高质量论文等科研成果数量长居全国政法院校前列，被誉为法学教育的“东方明珠”。

登高望远，脚踏实地。站在新的起点上，学校进一步贯彻落实“以人为本，依法治校，质量为先，特色兴校”的办学理念，秉持“立德树人，德法兼修”的人才培养目标，努力形成“三全育人”的培养管理格局，培养更多应用型、复合型、高素质的创新人才，为全力推进法治中国建设和高等教育改革做出新的贡献！

革故鼎新，继往开来。65周年校庆是华东政法大学发展史上的重要里程碑，更是迈向新征程开创新辉煌的重要机遇。当前华政正抢抓国家“双一流”建设的战略机遇，深度聚焦学校“十三五”规划目标，紧紧围绕学校综合改革“四梁八柱”整体布局，坚持“开门办学、开放办学、创新办学”发展理念，深化

“教学立校、学术兴校、人才强校”发展模式，构建“法科一流、多科融合”发展格局，深入实施“两基地（高端法律及法学相关学科人才培养基地、法学及相关学科研究基地）、两中心（中外法律文献中心、中国法治战略研究中心）、一平台（“互联网+法律”大数据平台）”发展战略，进一步夯实基础、深化特色、提升实力。同时，华政正着力推进“两院两部一市”共建项目，力争到21世纪中叶，能把学校建设成为一所“国际知名、国内领先，法科一流、多科融合，特色鲜明、创新发展，推动法治文明进步的高水平应用研究型大学和令人向往的高雅学府”。

薪火相传，生生不息。65周年校庆既是对辉煌历史的回望、检阅，也是对崭新篇章的伏笔、铺陈。在饱览华政园风姿绰约、恢弘大气景观的同时，我们始终不会忘却风雨兼程、踏实肯干的“帐篷精神”。近些年来，学校的国家社科基金法学类课题立项数持续名列全国第一，国家社科基金重大项目和教育部重大项目取得历史性突破，主要核心期刊发文量多年位居前茅。据中国法学创新网发布的最新法学各学科的十强排名，学校在法理学和国际法学两个领域排名居全国第一。当然我们深知，办学治校犹如逆水行舟，机遇与挑战并存，雄关漫道，吾辈唯有戮力同心。

为迎接65周年校庆，进一步提升华政的学术影响力、贡献力，学校研究决定启动65周年校庆文丛工作，在全校范围内遴选优秀学术成果，集结成书出版。文丛不仅囊括了近年来华政法学、政治学、经济学、管理学、文学等学科的优秀学术成果，也包含了华政知名学者的个人论文集。这样的安排，既是对华政65华诞的贺礼，也是向广大教职员工长期以来为学校发展做出极大贡献的致敬。

65芳华，荣耀秋菊，华茂春松，似惊鸿一瞥，更如流风回雪。衷心祝愿华政铸就更灿烂的辉煌，衷心希望华政人做出更杰出的贡献。

华东政法大学65周年校庆文丛编委会

2017年7月

目 录

第一编 刑法基础理论的革新与发展	1
第一章 罪刑法定原则的演进及应有之义	3
第一节 罪刑法定原则在我国的演进	3
第二节 罪刑法定原则的应有之义	10
第二章 犯罪形态理论的廓清与辨正	16
第一节 罪数形态理论正本清源	16
第二节 故意犯罪停止形态相关理论辨正	38
第三章 刑事立法技术的革新与转变	60
第一节 尊重民意与科学立法	60
第二节 刑事立法应力戒情绪——以《刑修九》为视角	63
第三节 废除死刑与提高生刑期限关系比较探析	85
第四节 限制或废除死刑与提高生刑期限关系论	105
第四章 刑事司法理念的变革与发展	126
第一节 “疑罪从轻”是产生冤案的祸根	126
第二节 克减冤假错案应当遵循的三个原则	135
第三节 我国刑法中溯及力相关问题探论	146
第二编 贪污贿赂犯罪的完善与适用	157
第一章 贿赂犯罪的立法完善	159
第一节 贿赂犯罪刑事法治的时代脉动	159
第二节 贿赂犯罪的完善与适用——以《刑法修正案(七)》为视角	181
第三节 对受贿犯罪修正的几点意见	194

第二章 贪污贿赂犯罪的司法适用	201
第一节 若干新型受贿犯罪的司法认定	201
第二节 贪污贿赂犯罪最新定罪量刑标准体系化评析	263
第三编 网络时代的刑法应对	289
第一章 网络时代网络犯罪的类型	291
第一节 网络犯罪类型之传统划分	291
第二节 网络犯罪类型之重新划分:以传统犯罪为参照系	293
第二章 网络时代应秉持的刑法新理念	297
第一节 时代变迁与刑法理念	297
第二节 一个必要的澄清:驳“一律从严从重打击网络犯罪”的刑法观	300
第三章 网络犯罪刑法应对新理念的具体呈现:分而治之	301
第一节 “从严”“从重”处理信息散布型网络犯罪	301
第二节 “从轻”处理互联网金融领域内的特殊网络犯罪	306
第三节 “从平”处理本质与传统无异的网络犯罪	309
第四章 网络造谣、传谣——最典型的信息散布型网络犯罪	311
第一节 网络谣言的类型与特征	312
第二节 网络造谣、传谣行为刑法规制的实然路径	316
第三节 网络造谣、传谣行为刑法规制的应然路径	327
第五章 互联网金融——最特殊的网络犯罪领域	334
第一节 互联网金融刑法规制的“两面性”	335
第二节 互联网金融的刑法规制路径	344
第三节 互联网金融平台的刑事风险及责任边界	351
第四节 互联网金融时代证券犯罪的刑法规制	368
第五节 互联网金融中股权众筹行为的刑法规制	386
第六节 信息技术滥用行为的刑事责任——《刑修九》相关条款的理解与适用	402
第四编 自贸区相关刑法问题研究	425
第一章 自贸区建设中刑法适用不可回避的“四大关系”	427
第一节 “负面清单”与罪刑法定原则的关系	428

第二节	自贸区内刑法适用特殊性与刑法适用普遍性的关系	432
第三节	自贸区刑民交叉案件中的刑民关系和刑行关系	439
第二章	上海自由贸易试验区成立对刑法适用之影响	445
第一节	成立自贸区对传统刑法理念与原则的冲击	446
第二节	自贸区中刑法适用范围的判断标准	449
第三节	对单位犯罪起刑点和量刑标准需作必要调整	450
第四节	自贸区的成立对某些犯罪入罪门槛的限缩	452
第五节	自贸区的成立可能引起某些犯罪现象的加剧	456
第五编	金融犯罪的前沿透视	461
第一章	金融犯罪的刑事立法及其完善	463
第一节	我国金融犯罪刑法分类质疑	463
第二节	我国金融犯罪的刑法配置	472
第三节	共同金融犯罪若干理论问题研究	484
第二章	信用卡犯罪的刑法规制	495
第一节	涉信用卡犯罪对象的评析与认定	495
第二节	信用卡“养卡”“套现”行为的法定定性分析	510
第三节	妨害信用卡管理罪疑难问题刑法探析	525
第四节	信用卡诈骗罪若干疑难问题解析	538
第三章	证券、期货犯罪的刑法理论与实践	551
第一节	操纵证券、期货市场罪“兜底条款”解释规制的构建与应用	551
第二节	内幕交易犯罪最新司法解释及法律适用	576
第三节	内幕交易违法所得司法判断规制研究	596
第四节	利用未公开信息交易罪法定刑的设置及适用	630
第四章	金融犯罪刑法学前沿问题研究	648
第一节	伪造、变造金融票证罪疑难问题刑法分析	648
第二节	货币犯罪若干司法疑难问题探析	659
第三节	高利转贷罪疑难问题的司法认定	671
第四节	保险诈骗罪疑难问题的司法认定	680
第五节	刑法严惩非法集资行为之反思	694

第一编 刑法基础理论的革新与发展

第一章 罪刑法定原则的演进及应有之义

第一节 罪刑法定原则在我国的演进

“法治”一词已成为社会上的一种流行词汇，建设社会主义法治国家已写入我国宪法，要求在中国实现法治也得到了较为普遍的认同。应该看到，罪刑法定原则是法治在刑事法领域中的集中体现，罪刑法定原则的立法确立，标志着一国对刑事法治的基本价值取向。因此，笔者拟对作为刑事法治的基石——罪刑法定原则的演进轨迹、内含价值及其基本精神等内容进行一定的综合分析，以期对我国当前如火如荼的法治建设有所裨益。

一、我国罪刑法定原则的立法与理论演进轨迹

(一) 1949—1979年：罪刑非法定阶段

1949年2月28日，中共中央颁布了《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》，其中第5条明确指出：“在无产阶级领导的工农联盟为主体的人民民主专政政权下，国民党的《六法全书》应该废除。人民的司法工作，不能再以国民党的《六法全书》作依据，而应该以人民的新的法律作依据。在人民新的法律还没有系统地发布以前，则应该以共产党政策以及人民政府与人民解放军所已发布的各种纲领、法律、条例、决议作依据。在目前，人民的法律还不完备的情况下，司法机关的办事原则，应该是：有纲领、法律、命令、条例、决议规定者，从纲领、法律、命令、条例、决议之规定；无纲领、法律、

命令、条例、决议规定者，从新民主主义的政策。”因此，中华人民共和国成立之后，基于以上因素，出现了法律的真空地带，而政策也就成了弥补这一空白的应对手段。在这种情况下，罪刑法定原则必然就失去了其存在的现实基础，此为其一。其二，该指示第5条还规定，“司法机关应该经常以蔑视和批判《六法全书》及其他一切反动的法律法令的精神，以蔑视和批判欧美日本资本主义国家一切反人民法律、法令的精神，以学习和掌握马列主义、毛泽东思想的国家观、法律观及新民主主义的政策、纲领、法律、命令、条例、决议的办法，来教育和改造司法干部。”本着上述宗旨，在当时的情况下，罪刑法定原则事实上成为“反动法令的精神”，这在实质上导致了罪刑法定原则被“蔑视和批判”。因此也开始了法律虚无主义的滥觞。

因此，新中国的法制是在彻底摧毁旧法统的基础上，按照苏联前期的法制模式，在疾风骤雨的阶级斗争和轰轰烈烈的群众运动中建立起来的。计划经济体制下的中国表现出典型的政治社会的特征，一切都为政治服务，在相当长的时期内法治阙如，主要是以政策为治理国家的手段。司法活动也以政策为导向，成为贯彻政策的工具。刑法也不例外地成为政治的工具，刑法的功能也仅仅表现为保护社会。基于政治斗争的需要，决策者随时可以超越法律的规定定罪处刑。诸如罪刑由执政党、领导人依据政策来定的案例在当时并不鲜见。甚至当时出现诸多“罪刑由人民群众定”的案件：在“文革”期间，“四人帮”在上海的亲信要求“第二武装”（民兵）“要唱政法工作主角”，说民兵办案“是政法工作的大方向”；“四人帮”在辽宁的死党推行什么“五群”（“群侦、群审、群判、群定、群办”）经验；“文革”前期，三五个人凑到一起，代表什么群众组织，就可对公民抄家、游斗、通缉、劳改等，合法的公、检、法机关被砸烂，代之以诸如“贫下中农高等法院”之类的荒唐组织。^{〔1〕}因此，不仅刑事诉讼程序方面与罪刑法定原则存在背离，在刑事实体法方面，在长达三十年的时间里，我国甚至没有一部刑法典，遑论及对罪刑法定原则的确认及遵守。

由上可知，在中华人民共和国成立后的很长一段时期内，打击犯罪的依据是非常不明确，毫无疑问罪刑不是法定的。关于这一点，邓小平同志曾进行反思：“纠正不正之风、打击犯罪活动中属于法律范围的问题，要用法制来解决，

〔1〕 参见孙丽娟：《我们是如何逐步实现“罪刑法定”的？——建国以来法学界重大事件研究（六）》，载《法学》1997年第11期。

由党直接管不合适。党要管党内纪律的问题,法律范围的问题,应该由国家和政府管。党干预太多,不利于在全体人民中树立法制观念。^{〔1〕}尽管人民的利益和意志就是最高的法律,但是,并不是说人民群众的意志可以直接表现为法律;相反,它必须经过法定程序上升为国家意志,始能成为法律。可是,在很长时间内我们恰恰对这些常识予以忽略、漠视。

(二) 1979—1997年:罪刑法定与类推制度并存阶段

长达30年“无法”的结果不仅使普通百姓付出了沉重的代价,同时使执政者本身深受其害,社会也处于瓦解崩溃的边缘。在这种背景下,包括1979年《刑法》在内的诸多法典得以陆续通过无疑是痛定思痛的结果。

1979年《刑法》并未明确规定罪刑法定原则,相反该法第79条用一个条文明确规定了类推制度。由此也引发了一个问题:罪刑法定是否是我国刑法的基本原则?对此,我国刑法学界长期存在肯定与否定两种截然对立的观点。肯定说认为,我国刑法是以罪刑法定原则为基础的,也就是说,罪刑法定是我国的基本原则之一。即使我国刑法规定了类推制度,但是这种类推也是足以体现罪刑法定原则的,一定意义上说,类推本身就是罪刑法定的一种表现。^{〔2〕}否定说则认为,罪刑法定和刑事类推,是根本对立,互不相容的,那种认为我国刑法是以罪刑法定原则为基础实行有控制的类推的观点,从理论上说是说不通的。^{〔3〕}

我国1979年《刑法》中的类推制度是一种对刑法分则没有明文规定为犯罪的行为比照最相类似的条文定罪判刑的制度,这显然是不利于被告人的类推。从这个意义上说,罪刑法定原则与刑事类推实际上体现了刑法中的一对矛盾,这就是刑法的保障机能与保护机能之间的矛盾。刑法的保障机能要求实行罪刑法定,使公民能够预见到自己行为的法律效果,以便更好地保障公民的人身及其他各种权利。而刑法的保护机能要求实行类推,使刑法能够更好地保护社会的政治、经济和其他各种秩序。而且,在当时的形势下,我国各种危害国家安全和其他性质的犯罪仍然存在,并且会随着经济体制和政治体制的改革而不断发展变化,在这种情况下,允许有限制的类推在当时普遍被认为

〔1〕 参见《邓小平文选》(第3卷),人民出版社2001年版,第163页。

〔2〕 参见杨敦先:《罪刑法定与类推的适用》,载《北京大学学报》1982年第1期。

〔3〕 参见周密:《罪刑法定和类推的适用》,载《法学研究》1980年第5期。

是有必要的。例如，高铭暄教授在论及刑事类推制度的立法理由时指出：“为了使我们的司法机关能及时有效地同刑法虽无明文规定，但实际上确属危害社会的犯罪行为作斗争，以保卫国家和人民的利益，就必须允许类推。”^{〔1〕}有鉴于此，笔者认为，1979年《刑法》的制定和适用本身就是罪刑关系明确化的结果，是对罪刑擅断的一种反正，是对政策治国的一种反思，而随后的司法实践中类推的实际运用也十分有限，因此，我们应该肯定罪刑法定原则是1979年《刑法》的基本原则，类推实为罪刑法定原则的补充和例外。

（三）1997年以来：罪刑法定刑事立法确立阶段

尽管类推制度在历史上是起到了一定的积极作用的，在一定程度上也弥补了立法的疏漏与不足，并且这种作用的存在曾在1997年《刑法》修改之前被作为是类推保留论者秉持自己观点的重要论据。但是，类推毕竟是一种带有根本性缺陷的制度。设立类推，的确可以在一定程度上弥补刑法不圆满性的缺憾，但类推背后却隐藏着一种得不偿失的危险事实，这就是破坏法治、扩张刑罚权、损害公民权利自由；而实行罪刑法定废止类推，刑法难免的漏洞固然可能导致某些法无明文规定的危害行为得不到应有的惩罚，但与保留类推的情况下公民权利自由遭受“法外”侵害相比，它只是个极小的缺陷。权衡利弊，在罪刑法定与类推这两个根本对立的制度中取孰舍孰，高下立判。也正因如此，随着刑法修改研拟的不断深入，社会政治、经济的变迁，1993年以后，对于类推制度，刑法学界的废除之声明明显占据了上风。1996年3月17日我国刑事诉讼法修改的决定通过后，国家立法机关即将主要精力迅速转入刑法典的全面修改工作，刑法典修改逐步进入立法程序，废止类推、罪刑法定原则立法化已是不可逆转。

1997年《刑法》明文规定罪刑法定原则，并废除1979年《刑法》中的类推制度，《刑法》第3条明确规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚；法律没有规定为犯罪行为的，不得定罪处罚。”毫无疑问，罪刑法定原则在刑法中的规定，标志着中国的刑法已经向现代化的刑法迈进，标志着法治国家的建设在刑事法领域的立法层面得到了原则的实现，其价值意义不可估量。

〔1〕 参见高铭暄：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，法律出版社1981年版，第126页。

二、我国罪刑法定原则演进的理念基础

在法治建设过程中,理念无疑是先行的。再好的制度,如果不能有与之匹配的理念,都可能异化为最坏的制度;相反,一个不健全的制度(一定意义上说,每种制度都不可能是十分健全的),如果有良好的理念作为精神基石,也可能得到良好的运行。^{〔1〕}因此,在建设社会主义法治过程中,从刑法角度来说,作为刑事法治基石的罪刑法定原则的确立,无疑与改革开放以来在刑法领域逐步形成的民权刑法理念、谦抑刑法理念等具有密切关系。

(一) 民权刑法理念

民权刑法这一概念,最先见于李海东博士所著《刑法原理入门(犯罪论原理)》。在该本书的序言中,他从转变刑法观念的角度出发,根据国家与公民在刑法中的地位把历史上的刑法分为两种类型,国权主义刑法与民权主义刑法。^{〔2〕}国权刑法等于权力刑法,民权刑法等于权利刑法。^{〔3〕}在国权刑法中,刑法是国家单方面镇压犯罪的工具,因而刑法是用来限制公民行为的,而国家刑罚权本身则往往不受这种限制。也就是说,国权刑法时代,凸显的是刑法的社会保护功能。而在民权刑法中,刑法不仅限制公民行为,更重要的是用来限制国家刑罚权,具有政治国家与市民社会的某种契约性。正是这种契约性,使民权刑法获得了正当性,使民权刑法建立在宪政基础之上,也使作为法治国刑法的民权刑法在性质上根本区别于专制社会的国权刑法。也就是说,在民权刑法中,其不仅注重保护社会,而且同时也注重人权保障。

中华人民共和国成立以后几十年里由于一直推行计划经济,国家对经济直接进行控制,国家权力渗透到整个社会,其结果是政治国家完全吞没了市民社会。在这种一元的社会结构中,政治国家占据着垄断地位,对社会进行全面的控制,公民个人自由与权利长期受到压抑与压制。在这种情况下,刑法与政治进一步结缘,成为阶级斗争的专政工具,强化了它的社会保护机能,刑法的人权保障机能则被忽视甚至漠视。刑法的政治性依然历史性地成为我国刑法的一大特征,各类犯罪行为都被深深地赋予了政治色彩。例如,1952年《关于中

〔1〕 参见童德华:《规范刑法原理》,中国人民公安大学出版社2005年版,第2页。

〔2〕 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第3~4页。

〔3〕 参见许道敏:《民权刑法论》,中国法制出版社2003年版,第10页。

《中华人民共和国惩治贪污条例草案的说明》就曾指出：最近这一个时期，全国广大人民群众为了制止贪污分子的违法乱纪，制止来自不法资产阶级分子的猖狂进攻，捍卫和贯彻执行共同纲领的路线，进行了激烈地斗争，获得了伟大的胜利。除了对于国家工作人员中一部分完全违法乱纪的大贪污犯和工商界的一部分完全违法的大盗窃犯以外，这种斗争仍是人民民主统一战线内部的斗争。^{〔1〕}这种单一的社会结构以及传统文化的惯性，导致人们的刑法观念仍然是社会保护观、刑法工具观。自改革开放以来，随着我国社会主义市场经济的逐步建立，公民权利与国家权力关系模式出现一定变化，即逐渐由市民社会与政治国家重合的一元社会结构模式向政治国家与市民社会对立的二元社会结构过渡。在这种二元对立的社会结构中，市民社会与政治国家相分离，在个人生活领域，国家不能随意介入。个人自由、个人权利在市民社会得到最大实现。市民社会对政治国家的权力有所限制。权力受制于权利。正如论者所说，“只有在市民社会与政治国家二元分立的社会结构中，刑法才不至于单纯地成为保护社会的工具，从而也具有了保障人权的使命。”^{〔2〕}可见，正是在市民社会与政治国家相分离的二元社会结构背景下，才有罪刑法定原则生存的空间。

（二）谦抑刑法理念

所谓谦抑，是指缩减或者压缩。^{〔3〕}谦抑刑法，又被称为刑法谦抑，其是指：“我们应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚（而用其他刑罚替代措施），获取最大的社会效益——有效地预防和控制犯罪。”^{〔4〕}换言之，凡是适用其他法律足以抑制某种违法行为、足以保护合法权益时，就不要将其规定为犯罪；凡是适用较轻的制裁方法就足以抑制某种犯罪行为、足以保护合法权益时，就不要规定较重的制裁方法。刑法谦抑理念的形成有着漫长的历史。无论是在我国，还是在外国，刑法谦抑理念都不是与刑法同时产生的，而是到了近现代才进入了刑法学者的视野。^{〔5〕}从本质上说，谦抑刑法理念其实是源自刑

〔1〕 参见1952年3月8日彭真同志在中央人民政府委员会第14次会议上所作的《关于中华人民共和国贪污条例草案的说明》。

〔2〕 陈兴良：《从政治刑法到市民刑法》，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第1卷），中国政法大学出版社1997年版，第35页。

〔3〕 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175页。

〔4〕 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社2004年版，第7页。

〔5〕 参见王明星：《刑法谦抑性精神研究》，中国人民公安大学出版社2005年版，第1页。