

2001.6.20.

2001年

全国律师资格考试指定用书

刑法

司法部律师资格考试委员会/编审
张明楷/著



法律出版社

■ 2001 年全国律师资格考试指定用书

刑 法

司法部律师资格考试委员会 编审

张明楷 著

法律出版社

2001 年全国律师资格考试指定用书

编辑委员会

编辑委员会主任 段正坤

编辑委员会副主任 贾午光 高宗泽 吴明德 邓甲明

编辑委员会委员 (以姓氏笔画为序)

王卫国 邓甲明 丘 征 史迎新

李仁玉 李传敢 刘 晔 刘凯湘

何 燕 张丽英 宋英辉 张明楷

吴明德 张树义 陈桂明 周叶中

段正坤 贾午光 贾京平 高宗泽

晏福增 黄 进 舒国滢

说 明

2001年全国律师资格考试指定用书作了较大改动。要求作者在撰写时力求反映和体现律师资格考试的特点,更加注重了法学基本理论和法律实务的结合,对应试人员应当掌握的各学科基本理论结合实际进行了系统阐释,有较强的指导性和适用性;在编排体例上,合并了一些科目,减少了册数,使之与法律专业教育教材有所不同,为应试人员复习考试提供了方便。

律师资格考试命题将以指定用书的法律法规汇编为依据,应试人员在使用本套用书时还应注意掌握了解与之相关的法律法规和司法解释。本套书共分8册,即:《法理学·宪法》、《行政法与行政诉讼法》、《刑法》、《民法》、《诉讼法与律师制度》、《商法·经济法》、《国际法·国际私法·国际经济法》、《全国律师资格考试大纲及必读法律法规汇编》。

本套用书由全国律师资格考试委员会组织编辑,约请北京大学、清华大学、武汉大学、中国政法大学、北京工商大学等院校的知名学者和对律师资格考试有一定研究的专家担纲撰写。全书内容采用的是学术通说,不完全代表作者个人观点。

由于编写时间仓促,难免有疏漏或不当之处,敬请广大考生和读者批评指正。

《全国律师资格考试指定用书》

编辑委员会

2001年3月

目 录

第一章 刑法概说	(1)
第一节 刑法的基本知识	(1)
第二节 刑法的基本原则	(3)
第三节 刑法的适用范围	(4)
第二章 犯罪概说	(7)
第一节 犯罪的概念	(7)
第二节 犯罪的分类	(9)
第三章 犯罪构成	(11)
第一节 犯罪构成概述	(11)
第二节 犯罪客体	(13)
第三节 犯罪客观要件	(14)
第四节 犯罪主体	(20)
第五节 犯罪主观要件	(23)
第四章 排除犯罪的事由	(31)
第一节 排除犯罪的事由概述	(31)
第二节 正当防卫	(31)
第三节 紧急避险	(35)
第五章 故意犯罪形态	(37)
第一节 故意犯罪形态概述	(37)
第二节 犯罪预备	(38)
第三节 犯罪未遂	(39)
第四节 犯罪中止	(41)
第六章 共同犯罪	(44)
第一节 共同犯罪概述	(44)
第二节 共同犯罪的成立条件	(45)
第三节 共同犯罪的形式	(46)

第四节 共犯人的分类及其刑事责任	(48)
第七章 罪数	(51)
第一节 罪数的区分	(51)
第二节 实质的一罪	(52)
第三节 法定的一罪	(53)
第四节 处断的一罪	(54)
第八章 刑罚概说	(57)
第一节 刑罚的概念	(57)
第二节 刑罚的目的	(58)
第九章 刑罚的体系	(61)
第一节 刑罚的体系概述	(61)
第二节 主刑	(62)
第三节 附加刑	(66)
第十章 刑罚的裁量	(69)
第一节 量刑概述	(69)
第二节 量刑情节	(70)
第三节 量刑制度	(77)
第十一章 刑罚的执行	(84)
第一节 刑罚执行概述	(84)
第二节 减刑制度	(85)
第三节 假释制度	(87)
第十二章 刑罚的消灭	(90)
第一节 刑罚的消灭概述	(90)
第二节 时效	(91)
第三节 赦免	(93)
第十三章 罪刑各论概说	(94)
第一节 刑法分则的体系	(94)
第二节 刑法分则的条文结构	(95)
第三节 刑法分则的法条竞合	(98)
第十四章 危害国家安全罪	(101)

第一节	危害国家、颠覆政权的犯罪	(101)
第二节	叛变、叛逃的犯罪	(102)
第三节	间谍、资敌的犯罪	(103)
第十五章	危害公共安全罪	(106)
第一节	以危险方法危害公共安全的犯罪	(106)
第二节	破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪	(108)
第三节	实施恐怖、危险活动危害公共安全的犯罪	(110)
第四节	违反枪支、弹药、爆炸物管理规定危害公共安全的犯罪	(112)
第五节	过失造成重大事故危害公共安全的犯罪	(114)
第十六章	破坏社会主义市场经济秩序罪	(118)
第一节	生产、销售伪劣商品罪	(118)
第二节	走私罪	(121)
第三节	妨害对公司、企业的管理秩序罪	(123)
第四节	破坏金融管理秩序罪	(126)
第五节	金融诈骗罪	(133)
第六节	危害税收征管罪	(136)
第七节	侵犯知识产权罪	(139)
第八节	扰乱市场秩序罪	(142)
第十七章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	(147)
第一节	侵犯生命、健康的犯罪	(147)
第二节	侵犯妇女、儿童身心健康的犯罪	(150)
第三节	侵犯人身自由的犯罪	(154)
第四节	侵犯名誉、人格的犯罪	(160)
第五节	侵犯民主权利的犯罪	(162)
第六节	妨害婚姻家庭权利的犯罪	(164)
第十八章	侵犯财产罪	(169)
第一节	暴力、胁迫型财产犯罪	(169)
第二节	窃取、骗取型财产犯罪	(172)
第三节	侵占、挪用型财产犯罪	(176)
第四节	毁坏、破坏型财产犯罪	(178)
第十九章	妨害社会管理秩序罪	(179)
第一节	扰乱公共秩序罪	(179)
第二节	妨害司法罪	(189)

第三节	妨害国(边)境管理罪	(194)
第四节	妨害文物管理罪	(195)
第五节	危害公共卫生罪	(197)
第六节	破坏环境资源保护罪	(200)
第七节	走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(204)
第八节	组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(208)
第九节	制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(211)
第二十章	危害国防利益罪	(214)
第一节	平时危害国防利益的犯罪	(214)
第二节	战时危害国防利益的犯罪	(217)
第二十一章	贪污贿赂罪	(219)
第一节	贪污犯罪	(219)
第二节	贿赂犯罪	(223)
第二十二章	渎职罪	(228)
第一节	一般国家机关工作人员的渎职罪	(228)
第二节	司法工作人员的渎职罪	(232)
第三节	特定机关工作人员的渎职罪	(235)
第二十三章	军人违反职责罪	(239)
第一节	危害作战利益的犯罪	(239)
第二节	违反部队管理制度的犯罪	(241)
第三节	危害军事秘密的犯罪	(241)
第四节	危害部队物资保障的犯罪	(242)
第五节	侵犯部属、伤病军人、平民、俘虏利益的犯罪	(244)

第一章 刑法概说

第一节 刑法的基本知识

一、刑法的概念与分类

刑法是掌握政权的阶级,为了维护其阶级利益,根据本阶级的意志,以国家名义颁布的,规定犯罪及其法律后果(主要是刑罚)的法律规范的总和。据此,我国刑法是指为了维护国家、社会与人民利益,根据工人阶级与广大人民群众意志,以国家名义颁布的,规定犯罪及其法律后果(主要是刑罚)的法律规范的总和。^①

刑法有广义与狭义之分。在我国,狭义的刑法是指刑法典,即国家以刑法名称颁布的、系统规定犯罪及其法律后果的法律。广义的刑法,包括刑法典、单行刑法与附属刑法。单行刑法是国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的、规定某一类犯罪及其后果或者刑法的某一事项的法律。附属刑法,是指附带规定于经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范。此外,民族自治地方的省级人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和刑法典的基本原则制定的变通或补充规定,也属于广义刑法的内容,但这种规定只在特定地域适用,没有普遍效力。

一般认为,刑法典是普通刑法,单行刑法与附属刑法是特别刑法。当一个行为同时触犯普通刑法条文与特别刑法条文时,应适用特别刑法优于普通刑法的原则;当一个行为

同时触犯两个特别刑法的条文时,则应适用新法优于旧法的原则。

二、刑法的性质与任务

马克思主义刑法学认为,刑法具有阶级性。我国刑法是社会主义类型的刑法,它建立在以生产资料公有制为主导的经济基础之上,反映工人阶级和广大人民群众意志,维护社会主义国家和广大人民群众的利益,因而与剥削阶级国家刑法具有本质区别。

刑法具有区别于其他法律的特有属性,这主要表现在:(1)刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范,而其他法律规定的都是一般违法行为及其法律后果。(2)一般部门法都只是调整和保护某一方面的社会关系,而刑法所调整和保护的社会关系相当广泛。(3)一般部门法对一般违法行为也适用强制方法,但其严厉程度轻于刑法所规定的刑罚。(4)刑法具有补充性,即只有当一般部门法不能充分保护某种社会关系时,才由刑法保护;只有当一般部门法还不足以抑止某种危害行为时,才能适用刑法。(5)刑法是其他法律的保障法,即其他法律调整的社会关系和保护的合法权益,也都借助于刑法的调整和保护。

根据刑法第2条的规定,刑法的任务有以下四个方面:一是保卫国家安全、人民民主专政政权和社会主义制度;二是保护社会主

^① 由于律师资格考试指导用书不得采取异说,故本书在诸多之处采用了通说,因而在多处与我的基本观点相悖,但不意味着我修改了自己的观点。

义经济基础;三是保护公民的人身权利、民主权利和其他权利;四是维护良好的社会秩序。上述刑法的任务可概括为保护合法权益,保护的主要方法是禁止和惩罚侵犯合法权益的犯罪行为。惩罚与保护密切联系;不使用惩罚手段抑止犯罪行为,就不可能保护合法权益;为了保护合法权益,必须有效地惩罚各种犯罪;惩罚是手段,保护是目的。我国刑法的任务是明确的、全面的。明确性表现在,它清楚地告诉人们,刑法的任务是保护各种合法权益;全面性表现在,它全面保护各种重要的合法权益,刑法任务的全面性,是由刑法调整和保护范围的广泛性决定的。

三、刑法的制定与修改

1979年7月1日,全国人民代表大会第二次会议通过了新中国第一部刑法典,该法典自1980年1月1日起施行。此后,立法机关先后颁布了20多个单行刑法,非刑事法律中也有许多罪刑规范。经过17年的实践,总的来看,1979年制定的刑法所规定的任务和基本原则是正确的,许多具体规定也是可行的;但也存在一些问题,不能适应市场经济条件下保护合法权益、惩罚犯罪行为的需要。1997年3月在第八届全国人民代表大会第五次会议上对旧的刑法典进行了修订,形成了新的刑法典。这次修订刑法的指导思想是:要制定一部有中国特色的、统一的、比较完备的刑法典;注意保持刑法的连续性与稳定性;对原来比较笼统的规定,尽量作出具体规定。

新的刑法典颁布后,为了适应、惩罚犯罪、保护合法权益的需要,全国人民代表大会常务委员会于1998年12月29日颁布了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》;1999年12月25日通过了《中华人民共和国刑法修正案》。

四、刑法的体系与解释

广义的刑法体系,是指刑法的各种渊源

及其相互关系;狭义的刑法体系,是指刑法典的组成和结构。刑法典由两编组成,第一编为总则,第二编为分则,此外还有一条附则;总则为一般规定,分则为具体规定;总则规定不仅适用于分则,而且适用于其他有刑罚规定的法律(但其他法律有特别规定的除外)。编下为章。总则共五章,分则共十章。

刑法解释是指对刑法规定意义的说明。刑法解释有助于人们正确理解刑法规定的含义与精神;有利于刑法的统一正确实施;有利于克服刑法的某些缺陷;有利于刑法的发展和完善。刑法的解释对象是刑法规定,刑法又是以文字作出规定的,因此,刑法解释不能超出刑法用语可能具有的含义,否则便有违反罪刑法定原则之嫌。刑法以保护合法权益为目的,所以,刑法解释不能违背保护合法权益的目的。

刑法解释按其效力分为三种:(1)立法解释,即由立法机关所作的解释,具有与法律同等的效力。通常认为包括三种情况:一是在刑法或相关法律中所作的解释性规定;二是在“法律的起草说明”中所作的解释;三是在刑法施行过程中对发生歧义的规定所作的解释。(2)司法解释,即最高人民法院和最高人民检察院就审判和检察工作中如何具体应用法律的问题所作的解释,具有普遍适用的效力。(3)学理解释,即未经国家授权的机关、团体、社会组织、学术机构以及公民个人对刑法所作的解释,它们虽然没有法律效力,但对于刑事司法乃至立法活动具有重要参考价值。

刑法解释方法分为两大类,即文理解释与论理解释。文理解释是指根据刑法用语的文义及通常使用方式阐释刑法意义的解释方法。文理解的根据主要是语词的含义、语法、标点及标题。文理解释是一种基本的但并非简单的解释方法。如果文理解的结论合理,则没有必要采用论理解释的方法;如果

文理解的结论不合理或产生多种结论,则必须进行论理解释。论理解释是指参酌刑法产生的原因、理由、沿革及其他相关事项,按照立法精神,阐明刑法真实含义的解释方法。论理解释主要包括扩大解释、缩小解释、当然解释、反对解释、补正解释、体系解释、历史解释、比较解释、目的论解释等方法。任何解释方法所得出的结论,都不能违反罪刑法定原则。不利于被告人的类推解释在方法上就与罪刑法定原则相抵触,故属禁止之列。

第二节 刑法的基本原则

刑法基本原则,是指刑法本身所具有的,贯穿于刑法始终,必须得到普遍遵循的具有全局性、根本性的准则。我国刑法明文规定了三个基本原则。

一、罪刑法定原则

罪刑法定原则的经典表述是,“法无明文规定不为罪”、“法无明文规定不处罚”。刑法第3条明文规定了罪刑法定原则。罪刑法定原则产生的思想渊源是三权分立学说与心理强制说。但该原则的思想基础则是民主主义与尊重人权主义:民主主义要求,什么是犯罪、对犯罪如何处罚,必须由人民群众决定,具体表现为由人民群众选举产生的立法机关来决定;尊重人权主义要求,为了保障公民的自由,必须使得公民能够事先预测自己行为的性质与后果,故什么是犯罪、对犯罪如何处罚,必须在事前明文规定。

罪刑法定原则的具体要求可概括为三个方面:(1)法定性。即事先以成文的实体法律形式规定犯罪及其法律后果;规定犯罪及其法律后果的法律必须由国家立法机关制定;规定犯罪及其法律后果的法律必须是成文法;禁止不利于行为人的事后法(禁止溯及既往);禁止不利于行为人的类推解释。(2)合理性。即刑法的处罚范围与处罚程度必须具

有合理性;只能将值得科处刑罚的行为规定为犯罪,禁止将轻微危害行为当作犯罪处理;处罚程度必须适应现阶段一般人的价值观念。(3)明确性。即对犯罪及其法律后果的规定必须明确;对犯罪构成的规定必须明确;对法律后果的规定必须明确,禁止绝对的不定期刑与绝对的不定期刑。

二、平等适用刑法原则

平等适用刑法,也即刑法面前人人平等,是指刑法规范在根据其内容应当得到适用的所有场合,都予以严格适用。刑法第4条明文规定了该原则。平等适用刑法,是维护合法权益的要求,是市场经济的要求,是预防犯罪的要求,是实现价值追求的要求,是作为规范的刑法本身的要求,是法治的要求。

平等适用刑法的具体要求是:对刑法所保护的合法权益予以平等地保护;对于实施犯罪的任何人,都必须严格依照法律认定犯罪;对于任何犯罪人,都必须根据其犯罪事实与法律规定量刑;对于被判处刑罚的任何人,都必须严格按照法律的规定执行刑罚。

三、罪刑相适应原则

罪刑相适应的基本含义是,刑罚的轻重应与犯罪的轻重相适应。刑法第5条明文规定了这一原则。罪刑相适应,是适应人们朴素的公平意识的一种法律思想,是罪与刑的基本关系决定的,是预防犯罪的需要。

罪刑相适应原则的具体要求是:以客观行为的侵犯性与主观意识的罪过性相结合的犯罪社会危害程度,以及犯罪主体再次犯罪的危险程度,作为刑罚的尺度;换言之,刑罚既要与犯罪性质相适应,又要与犯罪情节相适应,还要与犯罪人的人身危险性相适应。在立法上实现罪刑相适应原则,要求注重在对各种犯罪的社会危害程度的宏观预测和遏制手段的总体设计,确定合理的刑罚体系、刑罚制度与法定刑;在量刑方面实现罪刑相适应原则,要求将量刑与定罪置于同等重要地

位,强化量刑公正的执法观念,实现刑与罪的均衡协调;在行刑方面实现罪刑法定原则,要求注重犯罪人的人身危险程度的消长变化情况,合理地运用减刑、假释等制度。

第三节 刑法的适用范围

刑法的适用范围,也称刑法的效力,讨论的是刑法在什么空间、时间内具有适用效力的问题。

一、刑法的空间效力

(一)刑法的空间效力的概念

刑法的空间效力所解决的是一国刑法在什么地域、对什么人适用的问题。从各国刑法及国际条约的规定来看,一国刑法不仅能适用于本国领域内,而且在一定条件下也能适用于本国领域外;但刑法在国外的适用受到国际法的制约,制约刑法在空间上的适用范围的国际法原则,就是国家自己保护与国际协同。当行为与本国具有场所的、人的、物的关系,侵犯了本国国家或其公民的利益时,就有适用本国刑法的权力。另一方面,防止犯罪和保障犯罪人的权利,是现代国际社会所共同关心的问题,是各国在刑事司法活动中相互协力所追求的目标。

刑法在空间的适用范围,涉及到对国内犯(发生在本国领域内的犯罪)与国外犯(发生在本国领域外的犯罪)的效力。

(二)对国内犯的适用原则

刑法对国内犯的基本适用原则是属地管辖原则,即一个国家对发生在本国领域内的犯罪人,不管行为人是谁,都适用本国刑法。刑法第6条第1款是对属地管辖原则的规定,即“凡在中华人民共和国领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用本法”。

其中的“领域”,是指我国国境以内的全部区域,包括领陆(国境线以内的陆地以及陆地以下的底土)、领水(内水、领海及其领水的

水床及底土)和领空(领陆、领水之上的空气空间)。其中的“法律有特别规定”包括以下几类情况:(1)不适用中国刑法(广义刑法)的情况。即享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题,通过外交途径解决,不适用我国刑法。(2)不适用中华人民共和国刑法典及其他具有普遍效力的刑事法律的情况。即香港、澳门与台湾适用其本地刑法,而不适用中华人民共和国刑法典及其他具有普遍效力的刑事法律;但由于香港、澳门与台湾的刑法属于我国的区域性刑法,故不能认为这些地区不适用“中国刑法”。(3)不适用刑法典的情况。即刑法典颁布后国家立法机关制定了特别刑法,出现法条竞合的情况时,根据特别法优于普通法的原则,不适用刑法典,而适用特别刑法。(4)不适用刑法典的部分条文的情况。即民族自治地区不能全部适用刑法典,而由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和刑法规定的基本原则,制定了变通或者补充的规定时,行为符合该变通或者补充规定的,适用该变通或补充规定,而不适用刑法典条文。

作为属地管辖原则的补充原则是旗国主义,即挂有本国国旗的船舶或者航空器,不管其航行或停放在何处,对在船舶与航空器内的犯罪,都适用旗国的刑法。因此,凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的,也适用中国刑法(刑法第6条第2款)。

犯罪行为具有多种因素,采取属地管辖原则与旗国主义,要求以一定的具体标准确定犯罪是否发生在本国领域、本国船舶或航空器内(犯罪地的确定)。我国刑法采取的标准是,犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的,就认为是在中华人民共和国领域内犯罪(刑法第6条第3款);基于同样的道理,犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国船舶或者航空器内的,就认为是在中华人民共和国船舶或者航

空器内犯罪。据此,行为与结果均发生在我国领域内的,适用我国刑法;仅行为或者仅结果发生在我国领域内的,也适用我国刑法;不仅如此,仅行为的一部分或仅结果的一部分发生我国领域内的,也适用我国刑法。在未遂犯の場合,行为地与行为人希望结果发生之地、可能发生结果之地,都是犯罪地;在共同犯罪场合,共同犯罪的行为或者共同犯罪的结果有一部分发生在本国领域内,就认为是在本国领域内犯罪。

(三)对国外犯的适用原则

国外犯有三种情况:一是中国公民在国外实施的犯罪;二是外国人在国外实施的危害中国国家或者中国公民权益的犯罪;三是外国人在国外实施的危害各国共同利益的犯罪。我国刑法针对这几种情况,分别采取了不同的原则。

1. 属人管辖原则。这里的属人管辖原则,是指积极的属人管辖原则,即本国公民在国外犯罪的,也适用本国刑法。根据刑法第7条的规定,中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯我国刑法规定之罪的,适用我国刑法;中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯我国刑法规定之罪的,原则上适用我国刑法,但是按照我国刑法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的,可以不予追究。

2. 保护管辖原则。保护管辖原则的基本含义是,不论本国人还是外国人,其在外国的犯罪行为,只要侵犯了本国国家利益或者本国公民的权益,就适用本国刑法。其实质意义在于,保护本国国家利益与本国公民的权益。因侵犯本国国家利益而适用本国刑法的,称为国家保护原则;因侵犯本国公民权益而适用本国刑法的,称为国民保护原则(消极的属人管辖原则)。根据我国刑法第8条的规定,以保护管辖原则为根据适用我国刑法的,必须具备以下三个条件:(1)所犯之罪必

须侵犯了中华人民共和国国家或者公民的利益;(2)所犯之罪按我国刑法规定的最低刑为3年以上有期徒刑;(3)所犯之罪按照犯罪地的法律也受处罚。

3. 普遍管辖原则。普遍管辖原则以保护各国的共同利益为标准,认为凡是国际条约所规定的侵犯各国共同利益的犯罪,不管犯罪人的国籍与犯罪地的属性,缔约国或参加国发现犯罪人在其领域之内时便行使刑事管辖权。根据国际条约及各国刑法的规定,适用普遍管辖原则受到一定限制:(1)适用该原则的犯罪必须是危害人类社会共同利益的犯罪;(2)管辖国应是有关条约的缔约国或参加国;(3)管辖国的国内刑法也规定该行为是犯罪;(4)犯罪人出现在管辖国的领域内。根据刑法第9条的规定,对于我国缔结或者参加的国家条约所规定的罪行,我国在所承担条约义务的范围内行使管辖权的,适用我国刑法;因此,根据普遍管辖原则行使刑事管辖权时,定罪量刑的法律根据是国内刑法,而非国际条约,因为国际条约没有对罪行规定法定刑,而是要求缔约国或参加国将条约所列的罪行规定为国内刑法上的犯罪。

(四)对外国刑事判决的承认

不难发现,如果各国都同时采取上述管辖原则,必然产生刑事管辖的冲突:几个国家对同一犯罪具有管辖权。于是产生了如下问题:本国具有刑事管辖权的行为,受到外国确定的有罪判决或无罪判决时,本国是否承认这一判决?

我国刑法第10条采取了消极承认的做法,即外国确定的刑事判决不制约本国刑罚权的实现。具体而言,不管外国确定的是有罪判决还是无罪判决,对同一行为本国可行使审判权,但对外国判决及刑罚执行的事实给予考虑。换言之,凡在中华人民共和国领域外犯罪,依照我国刑法的规定应当负刑事责任的,虽然经过外国审判,仍然可以依照我国刑法进行追究;但是在外国已经受过刑罚

处罚的,可以免除或者减轻处罚。

二、刑法的时间效力

(一) 刑法的时间效力的概念

刑法的时间效力所解决的问题是,刑法何时起至何时止具有适用效力,其内容主要包括三个方面:生效时间、失效时间与溯及既往的效力(溯及力)。根据罪刑法定原则的要求,定罪量刑应以行为时有法律的明文规定为限,因此,对于行为时不受处罚的行为,不能适用事后刑法定罪量刑;在刑法变更时,对行为时受处罚的行为,不能适用比行为时更重的刑法;对行为时虽被禁止但法律没有规定法定刑的行为,事后不能判处刑罚。

(二) 刑法的生效时间与失效时间

从我国的刑事立法实践来看,刑法的生效时间分为两种情况:(1)自公布之日起生效。如《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第9条规定:“本决定自公布之日起施行。”(2)公布后间隔一段时间才生效。如现行刑法典于1997年3月14日通过,同年3月18日公布,同年10月1日起施行。相比之下,后一种情形更有利于公民预测自己行为的性质与结果。

刑法的失效时间,主要有两种情形:(1)由立法机关明文宣布原有法律效力终止或者废止。如现行刑法明文规定废止15个单行刑法。(2)新法的施行使原有法律自然失效。

(三) 刑法的溯及力

刑法的溯及力,是指刑法生效后,对它生效前未经审判、判决未确定或未裁定的行为是否具有追溯适用效力,如果具有适用效力,则是有溯及力,否则就是没有溯及力。罪刑法定原则禁止不利于行为人的溯及既往,但允许有利于行为人的溯及既往。

我国刑法第12条关于溯及力的规定采取了从旧兼从轻的原则。在1949年10月1日至1997年9月30日这段期间所发生的行为,如果未经法院审判或判决未确定,应按不同情

况分别处理:(1)行为时的法律不认为是犯罪,而现行刑法认为是犯罪的,适用行为时的法律,即不追究刑事责任,现行刑法没有溯及力。(2)行为时的法律认为是犯罪,而现行刑法不认为是犯罪的,适用现行刑法,即不追究刑事责任,现行刑法具有溯及力。(3)行为时的法律与现行刑法都认为是犯罪,并且按照现行刑法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照行为时的法律追究刑事责任,即现行刑法没有溯及力;但是,如果现行刑法的处刑比行为时的法律处刑轻,则应当适用现行刑法,即刑法具有溯及力。(4)现行刑法施行前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。

根据刑法第12条的精神以及有关司法解释,以下几点值得注意:(1)对于行为人在1997年9月30日以前实施的犯罪行为,在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后,行为人逃避侦查或者审判,超过追诉期限或者被害人在追诉期限内提出控告,人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案,超过追诉期限的,是否追究刑事责任,适用1979年刑法(即行为时法,以下简称旧刑法)第77条的规定。(2)对于酌定减轻处罚、累犯的认定、自首的认定、立功的认定、缓刑的撤销、假释的适用与撤销等问题,应坚持从旧兼从轻的原则即有利于行为人的原则进行处理。例如,1997年9月30日以前犯罪,不具有法定减轻处罚情节,但是根据案件的具体情况需要在法定刑以下判处刑罚的,适用旧刑法第59条第2款的规定。(3)对于旧刑法没有明文规定的犯罪,根据旧刑法需要类推处理而没有处理的,不管现行刑法是否规定为犯罪,都不得以类推方式定罪量刑。(4)如果当时的法律不认为是犯罪,现行刑法认为是犯罪,而行为连续或继续到1997年10月1日以后的,对1997年10月1日以后的行为适用现行刑法追究刑事责任。

第二章 犯罪概说

第一节 犯罪的概念

刑法第13条规定了犯罪的概念。根据刑法规定与刑法理论的通说,犯罪具有三个特征。

一、社会危害性

社会危害性,是指行为对刑法所保护的社会关系的侵犯性,即刑法第13条所列举的对国家利益、公共利益、集体利益以及公民合法权益的侵犯性。具体表现为:危害国家主权、领土完整与安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及侵犯其他合法权益。一个行为是否构成犯罪,首先取决于它是否侵犯了刑法所保护的社会关系。

社会危害性是质与量的统一。并非具有社会危害性的行为都是犯罪,刑法规定了“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,这表明,一个行为只有严重侵犯了刑法所保护的社会关系,才可能构成犯罪。这是由刑法的特点以及我国的刑事政策决定的。刑法与其他法律的关系表明,对于某种危害行为由其他法律处理便能有效地保护某种社会关系时,就不应适用刑法。我国的基本刑事政策是惩办与宽大相结合,一直注重扩大教育面、

缩小惩罚面,故对轻微危害行为不以犯罪论处。认识这一点,有利于从本质上把握犯罪行为与一般违法行为的区别。

社会危害性的内部结构是主客观的统一。对于国家与人民群众来说,犯罪的社会危害性是客观存在的,但从其形成结构来说,则是主客观统一的,即只有一定的人在罪过心理支配下实施的危害社会的行为,才可能具有刑法意义上的社会危害性。只有客观行为或损害结果,而行为人主观上没有罪过的,或者主观上具有犯罪意图,而客观上没有表现为行为的,没有刑法意义上的社会危害性。掌握这一点,有利于反对主观归罪与客观归罪,有利于全面考察案件事实。

社会危害性是相对稳定性与变易性的统一。“相对稳定性”,是指某些行为(如杀人、强奸等传统犯罪)的社会危害性的有无与大小在一定时间、地点、条件下较为稳定。行为的社会危害性的相对稳定性,决定了刑事立法应当具有相对稳定性。“变易性”,是指同一行为在不同时间、地点、条件下,其社会危害性的有无与大小在发展变化。因为任何行为都是在一定时间、地点、条件下实施的,立法机关与司法机关总是根据社会历史条件评价行为的社会危害性,加上我国地域辽阔但各地发展不平衡,民族众多而风俗、习惯、传统不相同,故同一行为在不同条件下所造成的危害会发生变化。承认这一点,不仅对刑事立法具有意义,而且对于理解和适用刑法

具有重要意义。

社会危害性是客观性与可知性的统一。犯罪行为所具有的社会危害性是客观存在的,因而人们能够认识它。立法机关总是根据社会历史条件,从维护国家与人民利益出发,通过考察行为侵犯的社会关系的性质、行为的手段与其他行为、行为所造成的危害结果、行为与社会发展的背离程度、行为与客观规律的背离程度、行为人本身的情况、行为人的主观心理状态等因素,来认定行为的社会危害性的程度。司法机关一方面要根据刑法的规定来认定某种行为的社会危害性的程度,另一方面也要根据具体情况考察刑法不可能规定而又对社会危害性有影响的因素。明确这一点,有利于正确评价社会危害性的程度,有利于正确处理刑事立法与刑事司法的关系。

二、刑事违法性

刑事违法性,或称刑法的禁止性,即犯罪行为是违反刑法的行为,是刑法所禁止的行为。刑法对犯罪行为的禁止,是通过罪刑规范体现出来的,或者说是通过对某种行为规定刑罚后果来禁止该行为。因此,刑事违法性事实上是指行为符合罪刑规范所指明的假定条件,进一步而言,行为的刑事违法性与行为符合刑法规定的犯罪构成是统一的。违反刑法并不只是违反刑法分则,凡是违反广义刑法的禁止性规范的行为,均具有刑事违法性。从刑法规范与其他法律规范的关系来看,刑事违法性表现为两种情况:一是直接违反刑法规范,二是违反其他法律规范但因情节严重进而违反了刑法规范,故单纯违反其他法律而没有违反刑法的行为,不具有刑事违法性。

刑事违法性与社会危害性是统一的。刑法之所以禁止某种行为,是因为该行为具有严重的社会危害性,故严重的社会危害性是刑事违法性的前提或基础,刑事违法性是严

重的社会危害性的法律表现。由于社会危害性的内部结构是主客观统一的,故刑事违法性也是主客观统一的,即只有达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人,在罪过心理支配下实施的侵犯合法权益的行为,才可能具有刑事违法性。

刑事违法性是司法机关认定犯罪的法律标准。司法机关不能凭直觉认定某种行为是否具有犯罪的社会危害性,只能通过刑法所确定的具体标准来认定行为是否构成犯罪,也不能在刑事违法性之外附加其他标准。

三、应受刑罚处罚性

应受刑罚处罚性,是指犯罪行为是应当受刑罚处罚的行为。任何违法行为,都要承担相应的法律后果;但如果某种行为只应承担民事责任、行政责任等法律后果,则不可能成立犯罪;只有当该行为应当受到刑罚处罚时,才能成立犯罪。

应受刑罚处罚性,首先是从立法角度而言。即使刑法明文禁止某种行为,但只要刑法没有对其规定刑罚(法定刑)后果,该行为就不是犯罪。例如,《关于禁毒的决定》明文规定“禁止吸食、注射毒品”,但它并没有对吸食、注射毒品的行为规定刑罚后果,故吸食、注射毒品的行为不是犯罪。应受刑罚处罚性,其次是从犯罪行为的一般性质而言,即构成犯罪的行为通常会受到刑罚处罚。但是,这并不意味着任何犯罪都必然受到刑罚处罚。因为犯罪行为形形色色,同一种犯罪也完全存在不同情节,故刑法规定了构成犯罪而免除刑罚处罚的情形,司法实践中也存在认定某种行为构成犯罪而不判处刑罚的情况。但免除刑罚处罚,也是以应受刑罚处罚为前提的;如果不应受刑罚处罚,则不成立犯罪。

第二节 犯罪的分类

对犯罪进行分类,不仅有利于从总体上进一步认识犯罪的本质与特征,而且有利于正确认定具体的犯罪。我们可以用不同的标准对犯罪进行不同的分类。

一、理论分类

(一) 重罪与轻罪

以法定刑为标准,将犯罪分为重罪、轻罪与违警罪,始于1791年的法国刑法典,迄今为止,仍有许多国家的刑法将犯罪分为重罪与轻罪,或者还加上一类违警罪。我国刑法没有明文将犯罪分为重罪与轻罪,但从理论上将犯罪分为重罪与轻罪是完全可能的。区分重罪与轻罪一般应以法定刑为标准,而不以现实犯罪的轻重为标准。一般主张,法定最低刑为3年以上有期徒刑的犯罪为重罪,其他犯罪为轻罪。

(二) 自然犯与法定犯

自然犯(与刑事犯的概念大体相同)与法定犯(与行政犯的概念大体相同)的分类由来已久,但区分标准却因人而异。一般来说,自然犯是明显违反伦理道德的传统型犯罪,法定犯是没有明显违反伦理道德的现代型犯罪。正因为如此,自然犯的社会危害性的变易性较小,而法定犯的社会危害性的变易性较大。当然,由于伦理道德规范的内容不断变化,自然犯与法定犯的区分也具有相对性。

(三) 隔隙犯与非隔隙犯

隔隙犯是指在实行行为与犯罪结果之间存在时间的、场所的间隔的犯罪。其中实行行为与犯罪结果之间存在时间间隔的犯罪称为隔时犯;实行行为与犯罪结果之间存在场所间隔的犯罪称为隔地犯。就隔时犯而言,存在如何确定犯罪时的问题;就隔地犯而言,存在如何确定犯罪地的问题。实行行为与犯罪结果之间没有时间、场合间隔的犯罪,则是

非隔隙犯。但非隔隙犯与即成犯不是等同概念。后者是指随着犯罪结果的发生,犯罪即告完成而且终了的犯罪。

二、法定分类

(一) 国事犯罪与普通犯罪

国事犯罪是指危害国家安全的犯罪,普通犯罪是指除危害国家安全犯罪以外的犯罪。我国刑法分则第一章规定的犯罪属于国事犯罪,第二至第十章规定的犯罪属于普通犯罪。但其中的第十章所规定的“军人违反职责罪”又属于普通犯罪中的一类特殊犯罪。

(二) 身份犯与非身份犯

以特殊身份作为主体要件或者刑罚加重、减轻的法定事由的犯罪,称为身份犯。身份犯包括真正身份犯与不真正身份犯;前者是指以特殊身份作为主体要件因而作为构成要件的犯罪,如刑讯逼供罪的主体必须是司法工作人员,此时的身份称为构成身份;后者是指特殊身份不影响定罪但影响量刑的犯罪,如诬告陷害罪的主体既可以是一般自然人,也可以是国家机关工作人员,但刑法规定,国家机关工作人员犯诬告陷害罪的从重处罚,此时的身份称为加减身份。身份犯以外的犯罪则是非身份犯。

(三) 亲告罪与非亲告罪

亲告罪是指告诉才处理的犯罪。根据刑法第98条的规定,告诉才处理,是指被害人告诉才处理,如果被害人因受强制、威吓无法告诉的,人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉。告诉才处理的犯罪,由刑法明文规定;刑法没有明文规定为告诉才处理的犯罪,均属于非亲告罪。刑法将部分犯罪规定为亲告罪,主要是综合考虑了以下三个因素:首先,这种犯罪比较轻微,不属于严重犯罪;其次,这种犯罪往往发生在亲属、邻居、同事之间,被害人与行为人之间一般存在较为密切的关系;最后,这种犯罪涉及被害人的名誉,任意提起诉讼可能损害被害人的名誉。