

刑法各论

黄奇中 著

兰州大学出版社

XINGFAGELUN
XINGFAGELUN

XINGFAGELUN
XINGFAGELUN
XINGFAGELUN

XINGFAGELUN
XINGFAGELUN
XINGFAGELUN

XINGFAGELUN
XINGFAGELUN
XINGFAGELUN

XINGFAGELUN
XINGFAGELUN

XINGFAGELUN
XINGFAGELUN
XINGFAGELUN

XINGFAGELUN
XINGFAGELUN

刑法各论

黄奇中 著

兰州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法各论/黄奇中著. —兰州:兰州大学出版社,

2005.4

ISBN 7-311-02559-1

I. 刑... II. 黄... III. 刑法—研究—中国

IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 035726 号

刑法各论

黄奇中 著

兰州大学出版社出版发行

兰州市天水南路 222 号 电话:8912613 邮编:730000

E-mail:press@onbook.com.cn

http://www.onbook.com.cn

兰州大学出版社激光照排中心照排

兰空印刷厂印刷

开本: 787×1092 1/16

印张:21.25

2005 年 4 月第 1 版

2005 年 4 月第 1 次印刷

字数:440 千字

印数:1~3000 册

ISBN7-311-02559-1/D.175

定价:32.00 元

前 言

尽管刑法学界研究具体犯罪的著作也出了不少,但较之于研究刑法总论的著作,无论是在数量还是质量方面都逊色不少。然而,刑法总论的基本理论与思想总是要通过贯彻到具体犯罪中才具有实际意义。因此,为研习刑法的人,尤其是大专院校的学生以及司法工作者撰写一部既有理论分析又紧密联系实际、具有较强指导意义的研究刑法具体犯罪的著作,便是作者写作本书的出发点与追求的目标。

本书在体系上基本上沿袭了传统刑法各论的套路,而没有采取目前较为前卫的“个人法益—社会法益—国家法益”的理论体系。全书共分十一章,除第一章“刑法各论概述”外,第二章至第十一章按照刑法典分则的体系排列。此外,除第一、二、八、十一章外,其他各章后面附有一些疑难案例供思考与练习。在指导思想上,本书站在法益侵害与客观主义的立场(贯彻得未必彻底),对各具体犯罪的构成要件作实质的解释。在具体内容上,本书具有新、全、重点突出、详略得当的特点。新,是指参考资料新,当前刑法理论研究的新成果、新观点在本书中都有所体现。全,是指涉及的法律规范全面。除刑法典分则规定外,本书还包含所有当前颁行的立法解释和重要的司法解释。重点突出、详略得当,是指本书对于常见、多发(如侵犯人身权利犯罪、财产犯罪、贪污贿赂犯罪)的犯罪以及一些新兴犯罪(如破坏社会主义市场经济秩序的犯罪)尽量进行深入的分析;而对于那些少发、争议不大的犯罪则著墨不多,一般只论述其概念和基本构成要件。本书注重联系实际与解决实际问题,因而具有较强的实用性。

由于作者学识浅薄,加上仓促付梓,校改不周,不仅前述目标恐难以实现,且错误疏漏在所难免,敬请读者诸君赐教。书中参考了不少著名学者的观点,在此一并致谢。

本书写作的过程中,适逢妻子孕产期,为了不影响我写作,她回到四川老家,由岳父母侍候生产及产后调理,为人夫、父的我为此深感愧疚。因此,特将此书献给我可亲可敬的家人与我的新生儿子!

黄奇中

2005年3月于华侨大学

目 录

第一章 刑法各论概述	(1)
第一节 刑法各论的研究对象与意义	(1)
第二节 刑法分则的体系	(3)
第三节 具体犯罪条文的结构	(4)
第四节 刑法分则的法条竞合	(8)
第二章 危害国家安全罪	(12)
第一节 危害国家安全罪概述	(12)
第二节 危害国家政权、国家统一的犯罪	(13)
第三节 叛变、叛逃的犯罪	(16)
第四节 间谍、资敌的犯罪	(17)
第三章 危害公共安全罪	(20)
第一节 危害公共安全罪概述	(20)
第二节 以危险方法危害公共安全的犯罪	(21)
第三节 破坏特定公共设施、设施危害公共安全的犯罪	(26)
第四节 实施具有恐怖性质的危险活动危害公共安全的犯罪	(30)
第五节 违反枪支、弹药等管理规定危害公共安全的犯罪	(33)
第六节 造成重大责任事故危害公共安全的犯罪	(39)
第四章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(48)
第一节 破坏社会主义市场经济秩序罪概述	(48)
第二节 生产、销售伪劣商品罪	(49)
第三节 走私罪	(57)
第四节 妨害对公司、企业的管理秩序罪	(63)
第五节 破坏金融管理秩序罪	(71)
第六节 金融诈骗罪	(88)
第七节 危害税收征管罪	(96)

第八节 侵犯知识产权罪	(105)
第九节 扰乱市场秩序罪	(111)
第五章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(123)
第一节 侵犯公民人身权利、民主权利罪概述	(123)
第二节 侵犯生命、健康的犯罪	(124)
第三节 侵犯妇女、儿童身心健康的犯罪	(129)
第四节 侵犯人身自由的犯罪	(134)
第五节 侵犯名誉的犯罪	(146)
第六节 侵犯民主权利的犯罪	(148)
第七节 妨害婚姻家庭权利的犯罪	(151)
第八节 侵犯其他权利的犯罪	(156)
第六章 侵犯财产罪	(163)
第一节 侵犯财产罪概述	(163)
第二节 暴力、胁迫型财产犯罪	(168)
第三节 窃取、骗取型财产犯罪	(177)
第四节 侵占、挪用型财产犯罪	(184)
第五节 毁坏、破坏型财产犯罪	(189)
第七章 妨害社会管理秩序罪	(192)
第一节 妨害社会管理秩序罪概述	(192)
第二节 扰乱公共秩序罪	(193)
第三节 妨害司法罪	(218)
第四节 妨害国(边)境管理罪	(228)
第五节 妨害文物管理罪	(232)
第六节 危害公共卫生罪	(236)
第七节 破坏环境资源保护罪	(242)
第八节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(251)
第九节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(259)
第十节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(264)
第八章 危害国防利益罪	(269)
第一节 危害国防利益罪概述	(269)
第二节 平时危害国防利益的犯罪	(270)
第三节 战时危害国防利益的犯罪	(276)
第九章 贪污贿赂罪	(278)
第一节 贪污贿赂罪概述	(278)

第二节	贪污犯罪	(279)
第三节	贿赂犯罪	(286)
第十章	渎职罪	(296)
第一节	渎职罪概述	(296)
第二节	一般国家机关工作人员实施的渎职罪	(298)
第三节	司法机关工作人员实施的渎职罪	(305)
第四节	特定国家机关工作人员实施的渎职罪	(310)
第十一章	军人违反职责罪	(320)
第一节	军人违反职责罪概述	(320)
第二节	危害作战利益的犯罪	(321)
第三节	违反部队管理制度的犯罪	(324)
第四节	危害军事秘密的犯罪	(326)
第五节	危害部队物资保障的犯罪	(327)
第六节	侵犯部属、伤病军人、平民、俘虏利益的犯罪	(330)
主要参考文献		(332)

第一章 刑法各论概述

第一节 刑法各论的研究对象与意义

一、刑法各论的研究对象

刑法各论,也称罪刑各论或罪刑(刑法)分论,是以规定具体犯罪的分则性规范为研究对象。规定这类分则性规范的法律渊源有三类:刑法典分则、单行刑法与附属刑法。^①

刑法典分则较为系统地规定了具体犯罪及其刑事责任与刑罚,而单行刑法则往往是对刑法典分则的补充、修改或废除的规定,二者是特别法与普通法的关系,当一行为同时符合单行刑法与刑法典分则的规定时,应按照特别法优于普通法的原则适用单行刑法。

附属刑法也都是关于具体犯罪及其刑事责任与刑罚的规定,也属于特别刑法,当它修改、补充了刑法典分则时,同样适用特别法优于普通法的原则。但是,由于我国奉行刑法立法的单轨制,严格说起来,我国目前没有真正的附属刑法。^②

刑法总则与刑法分则总体上是一般与个别、抽象与具体、普遍性与特殊性的关系,即刑法总则是关于犯罪与刑罚的共通性规定,而分则原则上是关于犯罪与刑罚的具体或特别规定。^③二者的关系可以表述为以下两个方面:一方面,总则指导分则并补充分则。例如,刑法总则第13条规定了犯罪的法定概念。尽管对犯罪的基本特征有不同理解,但任何犯罪都必须是具有一定的社会危害性、依照法律应当受刑罚处罚的行为。这就意味着,对分则中任何具体犯罪构成要件的解释都必须是一种实质的解释,否则,便会将一些形式上符合犯罪构成而实质上不具有刑罚可罚性的行为解释为犯罪行为,或者

^① 本书所称刑法典是指1997年3月修订后的刑法典,有时又称新刑法、刑法。在论述有关问题需要提到1979年刑法典时,有时又称旧刑法。本书以下所称刑法分则或分则,有时是指刑法分则性规范,有时则仅指刑法典分则。

^② 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2004年第2版,第26页;储槐植著:《刑事一体化》,法律出版社2004年版,第501~502页。

^③ 参见张明楷著:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第38~39页。

相反。又如，有的刑法分则条文并未对所有犯罪成立的条件作出规定，这时便需要依据总则的规定进行补充。另一方面，刑法分则是总则规定的具体化，但分则中存在例外或者特别规定。对此，不能认为分则的例外规定与总则的规定不符进而否定分则的规定。例如，刑法总则第31条规定了对单位犯罪实行双罚制，但同时规定“本法分则和其他法律另有规定的，依照规定”。而分则中只处罚单位或者只处罚个人（如刑法第396条）的例外规定都有。又如，刑法总则第28条规定了从犯及其处罚原则，其中包括帮助犯。但是，刑法分则中存在将帮助犯独立规定为犯罪的例外，如刑法第358条第3款将协助组织他人卖淫的行为单独规定为协助组织卖淫罪，并规定了独立的法定刑。在行为人的行为符合协助组织卖淫罪的情况下，便不能再依据刑法第28条的规定对其定罪处罚。由此可见，分则规定不是总则规定的完全演绎，不能要求分则规定总是符合总则的规定。

二、刑法各论的研究意义

刑法理论上存在或者曾经存在重刑法总论研究而轻视刑法各论研究的倾向。殊不知，从刑法的历史发展来看，是先有具体犯罪的规定，然后才有刑法总则性规定。正是基于此，在国外，有的大学是先讲刑法各论，然后才讲刑法总论。因此，研究刑法各论具有重要的意义：

其一，对于司法实践中正确定罪量刑具有重要意义。对一个具体案件来说，首先要解决定罪问题。定罪问题涉及罪与非罪、此罪与彼罪的问题。这些问题的解决都有赖于对具体犯罪成立条件的合理解释，而这便是刑法各论的主要任务。解决了定罪问题后，还要解决量刑问题。刑法总则只对刑罚的种类、量刑的一般原则作出了规定，根据这些规定是不能解决具体案件的刑罚裁量问题的，对具体犯罪的刑罚进行研究才有助于正确量刑。

其二，对于刑事立法的修改和完善具有重要意义。刑法各论不仅要定罪刑规范的含义作出解释，而且要阐明其立法理由、哲学根据等。在这个过程中，便可以发现刑法中存在的缺漏，从而为刑法的进一步修改与完善提供指导。

其三，对于加深对刑法总论的理解和促进总论的发展具有重要意义。人类认识的基本规律是从个别、具体到一般、抽象再到个别、具体。对具体犯罪的研究有助于加深对总论一般原理的理解，提升总论的整体水平；之后，再以总论新的、更高的一般原理指导刑法各论的研究，循环往复，促进刑法学整体水平不断提升。

第二节 刑法分则的体系

一、刑法分则体系的概念与意义

刑法分则体系,是指刑法分则根据一定的标准和规则,对所有犯罪进行分类并按照一定次序排列而形成的有机整体。分则是规定具体犯罪及其刑事责任与刑罚的,而具体犯罪的种类相当多,这就需要以一定标准将具体犯罪分成若干类,再以一定标准对类罪进行合理排列;同时,在每一类罪的内部再按一定标准进行排列,从而形成分则体系。由此可见,分则体系实际上是犯罪分类及排列问题。

犯罪分类与排列具有重要的理论及实践意义。从刑事立法来讲,犯罪分类与排列有助于确立科学合理的刑法分则体系,为刑事司法奠定基础。同时,它能突显立法者对刑法所保护利益的价值取向。从刑事司法的角度来看,合理的犯罪分类与排列有助于正确地定罪量刑。因为司法的逻辑总是先确定犯罪行为的总类,然后再确定其属于哪一种具体的犯罪。而从刑法理论研究来说,合理的犯罪分类与排列,有助于阐明具体犯罪的构成要件、立法理由以及社会危害性,从而有助于指导司法实践,有助于完善刑事立法,有助于提升刑法理论水平。

二、我国刑法分则的犯罪分类与排列

各国刑法分则对具体犯罪的分类标准与排列次序各不相同。但大陆法系国家一般按照犯罪侵犯法益的性质不同将所有具体犯罪分成两大类,即侵犯公法益犯罪与侵犯私法益犯罪;或者分成三大类,即侵犯国家法益犯罪、侵犯社会法益犯罪与侵犯私人法益犯罪。在排列次序上,也是按照法益性质不同,或者将侵犯公法益的犯罪排在前面,或者相反。^①我国刑法分则总体上是按照行为侵犯的同类客体不同对犯罪进行分类的,在此基础上,再按照犯罪的社会危害性不同由重到轻进行排列。具体包括以下几层含义:

首先,按照犯罪的同类客体不同将所有犯罪分成10大类。它们分别是: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,渎职罪和军人违反职责罪。

其次,将上述10类犯罪按照其社会危害程度不同由重到轻进行排列。当然,这是就总体上而言的,并非排在前面的某类犯罪中的所有具体犯罪社会危害性都比后面某类

^① 虽然有的大陆法系的国家或地区(如日本与我国台湾地区)的刑法分则将侵犯公法益的犯罪规定在前,侵犯私法益规定在后,但刑法理论上的趋势是将侵犯私法益的犯罪放在刑法各论的首位论述。

犯罪的社会危害性严重。

再次,每一类罪的内部总体上也按照社会危害程度的不同由重到轻进行排列。

最后,如果某一犯罪侵犯的是复杂客体,则按照其主要客体决定其类罪的归属。比如说将抢劫罪归入侵犯财产罪,将刑讯逼供罪归入侵犯公民人身权利、民主权利罪中依据的就是上述标准。

我国现行刑法分则体系基本上沿用了1979年刑法分则的体系。但是,刑法典第1条规定:“为了惩罚犯罪,保护人民,根据宪法,结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况,制定本法。”这里的“根据宪法”是指根据1982年的《中华人民共和国宪法》。1982年宪法相对于之前的宪法的一个非常重要的特点是突出对公民个人权利的保障,将公民的基本权利置于国家机构之前进行规定。这反映了宪法蕴涵着公民基本权利优先于国家权力的宗旨,而现行刑法由于种种原因并未反映这一宪法精神。因此,有学者借鉴外国的立法经验,根据我国宪法的精神,按照法益的享有的主体不同将刑法分则中的犯罪分成侵犯个人法益犯罪、侵犯社会法益犯罪和侵犯国家法益犯罪三大类依次排列的尝试是可取的。^①但是,由于我国刑法典并不是严格按照法益主体的不同而对犯罪进行分类的,如分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪很难说就是侵犯社会法益,第五章侵犯财产罪也难以完全归入侵犯个人法益的范畴,第六章中的妨害司法的犯罪也不能归入侵犯社会法益的内容,这样,如按前述体系排列,势必打乱刑法典的现有体系。本书为照顾一般读者的阅读习惯,所以仍采用传统的分则叙述体系。当然,由于新刑法典体现了向客观主义倾斜的趋势,^②本书在解释论上主要采取的是法益侵害说的观点。

第三节 具体犯罪条文的结构

刑法分则规定具体犯罪的条文通常由罪状和法定刑构成,如刑法分则第234条第1款规定:“故意伤害他人身体的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”其中前一句是罪状,后一句是法定刑。由于罪名与罪状有密切关系,因而也成为刑法各论研究的重要对象。

一、罪状

刑法理论上对于如何定义罪状有不同的意见,有代表性的观点有以下几种:(1)认为罪状是指刑法分则的罪刑式条文所描述的具体犯罪的基本构成要件。^③(2)认为罪状

① 参见周光权著:《刑法各论讲义》,清华大学出版社2003年版,序论第7~9页。

② 参见张明楷“新刑法与法益侵害说”,载《法学研究》2000年第1期。

③ 参见李希慧“罪状、罪名的定义与分类新论”,载《法学评论》2000年第6期。

是指刑法分则条文对具体犯罪的基本构成特征的描述。^① (3) 认为罪状是刑法分则罪刑规范对犯罪具体状况的描述, 指明适用该罪刑规范的条件, 行为只有符合某罪刑规范的罪状才能适用该规范。^② 观点 (1) 较观点 (2) 在表述上更为严谨、科学, 但两种观点没有实质的区别。观点 (3) 与观点 (1)、(2) 的最大区别在于罪状的外延不同, 即将分则中具体犯罪的加重、减轻处罚的状况也纳入罪状的范围。本书认为, 无论从立法本身来看, 还是从司法适用以及理论研究来看, 都没有理由将罪状只限于对具体犯罪构成要件的描述, 而将加重、减轻处罚的情状排除在外。从这个意义上说, 观点 (3) 大致是可取的, 但从下定义的角度来看, 其表述稍欠严谨。因此, 本书认为, 所谓罪状, 是指刑法分则罪刑规范所描述的适用该规范的条件, 包括基本罪状和加重、减轻罪状。需注意的是, 承认罪状包括加重、减轻罪状不等于承认加重、减轻犯罪构成。根据我国刑法的犯罪论体系, 一个具体犯罪只有一个犯罪构成, 加重、减轻罪状与基本罪状属于同一个犯罪构成。

在刑法理论上通常根据对罪状的具体描述方式不同将基本罪状分为 4 种: 简单罪状、叙明罪状、引证罪状和空白罪状。

1. 简单罪状, 是指仅写出犯罪名称, 而没有具体描述犯罪特征的罪状。如刑法第 232 条故意杀人罪, 第 240 条拐卖妇女、儿童罪采用的就是简单罪状。简单罪状的特点是: 简单概括, 避免繁琐。

2. 叙明罪状, 是指在罪刑规范中对具体犯罪的构成特征作了详细描述罪状。如刑法第 305 条伪证罪、第 382 条贪污罪采用的就是叙明罪状。叙明罪状的特点是: 犯罪构成要件明确, 避免歧义。

3. 引证罪状, 是指引用刑法的其他条款来说明和确定某一犯罪的构成特征的罪状。常见的是单位犯罪引证自然人犯罪, 如刑法第 200 条的规定; 还有过失犯引证故意犯的规定, 如刑法第 115 条第 2 款的规定。引证罪状的特点是: 条文简练, 避免重复。

4. 空白罪状, 是指罪刑规范没有具体说明某一犯罪的构成特征, 但是指明了确定这一犯罪构成特征必须参照的法律、法规的罪状。如刑法第 345 条第 2 款对滥伐林木罪的规定采用的就是空白罪状的描述方式。空白罪状的特点是: 参照其他法规, 避免复杂表述。但是, 如何调和空白罪状与罪刑法定原则中明确性要求的紧张关系是刑法理论需要深入研究的一个问题。值得一提的是, 刑法罪刑规范大多采用的是单一罪状描述方式, 但也有采取两种以上的罪状描述方式的情形, 理论上称之为混合罪状。

加重、减轻罪状包括加重罪状和减轻罪状。加重罪状, 是刑法分则罪刑规范所描述的已构成犯罪的行为加重对其处罚的适用条件。根据刑法规定, 加重处罚的原因很多,

① 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》, 北京大学出版社、高等教育出版社 (以下简称北大、高教出版社) 2001 年版, 第 333 页。

② 参见张明楷著:《刑法学》, 法律出版社 2004 年第 2 版, 第 507 页。

比如犯罪主体特殊、犯罪对象特殊、造成严重后果、情节严重(恶劣)、情节特别严重(恶劣)、犯罪数额巨大等等。减轻罪状,是刑法分则罪刑规范所描述的已构成犯罪的行为对其减轻处罚的适用条件。根据刑法规定,减轻罪状的内容都是“情节较轻”。由此可见,加重、减轻罪状都只影响量刑,而不影响定罪。

二、罪名

罪名,有广义和狭义之分,广义的罪名包括类罪名,狭义的罪名仅指具体罪名。以下讲的是狭义的罪名。

(一) 罪名的概念和功能

罪名就是犯罪的名称,是对具体犯罪的本质特征或主要特征的高度概括。由于罪状都是对犯罪本质或主要特征的描述,因而可以认为罪名以罪状为基础,包含在罪状之中。罪名不仅是一个简单的称谓而已,它还具有概括、区分、评价、威慑等功能,对于准确区分罪与非罪、此罪与彼罪的界限以及正确地定罪量刑都具有重要的意义。

(二) 罪名的分类

根据不同的标准,可以将罪名划分为不同的种类。

1. 根据罪名是否具有法律效力,可分为有效罪名和学理罪名。

有效罪名根据确定罪名的机关不同又分为立法罪名和司法罪名。立法罪名,是指立法机关在刑法分则条文中明确规定的罪名。一般认为,现行刑法除对绝大多数犯罪明确规定了罪名外,尚有一部分犯罪的罪名立法并没有明确规定,为了司法适用中的统一,对于这些犯罪的罪名有必要由最高司法机关通过司法解释予以明确,这就是司法罪名。实践中存在立法罪名与司法罪名不相同的情况,如刑法第277条的规定,从立法上看应是每一款分别规定了一罪,而司法解释将其规定为妨害公务罪一罪。这不仅影响定罪(包括罪数),而且影响到量刑(能否数罪并罚)。本书的立场是,除个别罪名论述中作一定说明外,原则上采用司法罪名进行论述。^①

学理罪名,是指理论上根据刑法分则的罪刑规范的内容对犯罪所概括出的罪名。学理罪名虽没有法律效力,但对司法实践确定罪名具有指导和参考作用。

2. 根据罪名所包含构成内容数量的单复,可分为单一罪名和选择罪名。

单一罪名是指所包含的犯罪构成的具体内容单一,只能反映一个犯罪行为,不能分解拆开使用的罪名。我国刑法分则中的大部分罪名是单一罪名。

选择罪名是指所包含的犯罪构成的具体内容复杂,反映出多种犯罪行为,既可概括使用,也可分解拆开使用的罪名。具体包括三种情形:第一种是行为选择,如刑法第

^① 本书采用的司法罪名是指最高人民法院1997年12月16日通过的《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》,最高人民法院、最高人民检察院2002年3月26日颁布的《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》以及最高人民法院对于有关刑法修正案罪名的解释所确定的罪名。

359 条规定的引诱、容留、介绍卖淫罪；第二种是对象选择，如刑法第 240 条规定的拐卖妇女、儿童罪；第三种是行为与对象同时选择，如刑法第 125 条规定的非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪。

三、法定刑

（一）法定刑的概念

所谓法定刑，是指刑法分则及其他刑事法律中的分则性规范对各种具体犯罪所规定的刑种与刑度。它是刑法分则条文的重要组成部分，并集中体现了罪刑法定、罪刑相适应等刑法基本原则的精神。

法定刑不同于宣告刑。法定刑是立法机关针对具体犯罪的性质 and 危害程度所确定的量刑标准，它着眼于该罪的共性；宣告刑是法定刑的实际运用，是审判机关对具体犯罪案件中的犯罪人依法判处并宣告的应当实际执行的刑罚，它着眼于具体犯罪的特殊性。

（二）法定刑的种类

根据立法实践，在刑法理论上通常以法定刑的刑种、刑度是否确定以及确定的程度为标准，将法定刑分为绝对确定的法定刑、绝对不确定的法定刑、相对确定的法定刑。

1. 绝对确定的法定刑，是指在条文中对某种犯罪或某种犯罪的情形只规定单一、固定、无量刑幅度的刑种和刑度的法定刑。其特点是单一、固定，便于操作，但缺乏弹性，难以发挥良好的刑罚效果。这种法定刑在我国刑法中极少，一般认为刑法第 239 条第 1 款后段“致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产”的规定是绝对确定的法定刑。此外，刑法第 121 条、第 240 条以及第 383 条的有关规定也可视为绝对确定的法定刑。

2. 绝对不确定的法定刑，是指在条文中对某种犯罪不规定具体的刑种和刑度，只规定对该种罪处以刑罚，具体如何处罚完全由法官掌握。由于量刑标准不统一，完全违背罪刑相适应的原则，因而我国刑法没有规定绝对不确定的法定刑。

3. 相对确定的法定刑，是指分则条文规定了相对具体的刑种和刑度。其特点是既有立法上的刑罚限度，又给司法上留有一定自由裁量的空间。该种法定刑克服了前两种法定刑的缺陷，能够较好地体现罪刑相适应的原则，有利于刑罚目的的实现，因而被世界各国刑法所广泛采用。

我国刑法分则条文中的法定刑绝大多数为相对确定的法定刑，其具体表现形式有以下几种：

（1）分则条文仅规定法定刑的最高限度，其最低限度决定于刑法总则对该刑种下限的规定。如刑法第 315 条规定的破坏监管秩序罪的法定刑。

（2）分则条文仅规定法定刑的最低限度，其最高限度则取决于刑法总则的规定。

（3）分则条文同时规定法定刑的最高限度和最低限度。如刑法第 236 条第 1 款的规定。

(4) 分则条文规定两种以上的主刑或者规定两种以上主刑并规定附加刑。如刑法第232条的规定,第264条的规定等。

需要说明的是,上述相对确定的法定刑前三种表现形式主要针对有期徒刑而言,因为死刑和无期徒刑没有刑度问题,拘役、管制以及剥夺政治权利的期限幅度较小,毋需在分则条文中详细规定,直接根据刑法总则规定的期限进行裁量即可。

第四节 刑法分则的法条竞合

法条竞合问题,传统刑法理论多在刑法总论中论述,但往往是作为与想像竞合犯有关的情况附带提及,而不是作为专门问题论述。^① 近来,有的刑法教科书将其放在刑法各论中论述。^② 本书认为,法条竞合既不是单纯的法条关系问题,也不是单纯的法条适用问题,而是二者兼而有之。因此,从其在刑法学的归属来看,放在总论中论述与放在各论中论述均有一定道理。考虑到一般刑法教材中总论部分较少专门论及,本书将其放在各论中论述。

一、法条竞合的概念

法条竞合,或称法规竞合,是指一犯罪行为同时符合数个具有包容关系的法条规定的犯罪构成,依据一定的原则,只能适用其中一个法条而排除适用其他法条的情况。其基本特征如下:

1. 行为人实施了一个犯罪行为。这是法条竞合适用的前提条件。实施一个犯罪行为,是指基于一个罪过实施一个危害社会的行为。这一特征说明法条竞合问题不是单纯的法条关系问题。

2. 一行为同时符合数个法条规定的犯罪构成。数个法条规定的犯罪构成,既可表现为不同法律中的数个法条规定的犯罪构成,也可表现为同一法律中不同条款规定的犯罪构成。由于法条竞合是一行为、一罪过,从禁止重复评价的原则出发,这里的“一行为同时符合数个法条规定的犯罪构成”只能是形式上的符合,而不是实质意义上的符合。

3. 数个犯罪构成间具有法律上的包容关系。关于“包容关系”,刑法理论上存在“全部包容说”和“重合交叉说”的分歧。^③ 前者将其解释为一法条的全部内容包含于

① 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北大、高教出版社2001年版,第193页。

② 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2004年第2版,第522页;高铭喧主编:《新编中国刑法学》,中国人民大学出版社1998年版,第483页。

③ 参见吴振兴著:《罪数形态论》,中国检察出版社1999年版,第157页。

另一法条的内容之中,后者则将其解释为两个法条对犯罪规定的内容既有重合又有交叉。单纯从法条关系的角度来看,不同法律规范间的重合与交叉两种情况都是客观存在的。例如,刑法第266条规定的诈骗罪的内容就可以完全包含刑法第224条规定的合同诈骗罪的内容,而刑法第266条规定的诈骗罪与刑法第279条规定的招摇撞骗罪之间则存在内容上的交叉关系。从这个意义上说,重合交叉说是有道理的。但是,法条竞合是以行为人实施了一个犯罪行为为前提的,它与单纯的法条关系并不是一回事。例如,行为人甲冒充国家机关工作人员骗取了数额较大的他人财物,如果抛开这一事实本身,说诈骗罪与招摇撞骗罪之间存在交叉关系是没有意义的。因为如果事实发生变化,如行为人甲冒充国家机关工作人员既骗取了数额较大的财物,同时也骗取了财物之外的其他非法利益,在这种情况下,单纯的诈骗罪和招摇撞骗罪的法条关系没有发生变化,但后一种情况下只能视为是想像竞合犯,前一种情况才是法条竞合。因此,结合“行为人实施了一个犯罪行为”这一条件来考察,则法条竞合的数个犯罪构成间只能是完全包容关系,而一般刑法理论往往忽略这一点,或者认为仅仅在考察交叉竞合时需要考虑这一点。^①

法条竞合有其事实的基础。现实社会中的犯罪现象千姿百态,有的犯罪行为是另一犯罪行为的一部分,有的犯罪行为的一部分也是另一犯罪行为的一部分。这种错综复杂的犯罪现象反映到刑事立法上便是错综复杂的法条关系。即在刑法上,此一法条规定的犯罪,可能是另一法条规定的犯罪的一部分;或者此一法条规定的犯罪的一部分,可能是另一法条规定的犯罪的一部分。这就导致一个犯罪行为可能同时符合数个法条规定的犯罪构成。

法条竞合在刑法上也有明确的根据。如根据我国刑法第235条规定:“过失伤害他人致人重伤的,处三年以下有期徒刑或者拘役。本法另有规定的,依照规定。”刑法第266条也有类似规定。这些规定不仅肯定了法条竞合的存在,而且肯定了法条竞合时只能适用其中一个法条。

法条竞合在刑法上表现为以下几种情况:(1)因犯罪主体不同而形成的法条竞合。如军人战时造谣惑众、动摇军心的行为,既符合刑法第433条规定的战时造谣惑众罪的犯罪构成,又符合刑法第378条规定的战时造谣扰乱军心罪的犯罪构成。(2)因犯罪对象不同形成的法条竞合。如盗窃枪支的行为,既符合刑法第127条规定的犯罪构成,也符合刑法第264条规定的犯罪构成。(3)因犯罪目的不同而形成的法条竞合。如以牟利为目的传播淫秽物品的行为,既符合刑法第363条第1款规定的犯罪构成,同时也符合刑法第364条规定的犯罪构成。(4)因犯罪手段不同形成的法条竞合。如冒用他人名义签订合同骗取钱财的行为,既符合刑法第224条规定的犯罪构成,也符合刑法第266条规定的犯罪构成。(5)因危害结果不同而形成的法条竞合。如交通肇事致人死亡的行

① 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社2001年版,第630~631页。

为,既符合刑法第235条规定的犯罪构成,也符合刑法第133条规定的犯罪构成。(6)同时因犯罪手段、对象不同而形成的法条竞合。如以特定手段诈骗保险金的行为,既符合刑法第266条规定的犯罪构成,也符合刑法第198条规定的犯罪构成。

二、法条竞合的适用原则

法条竞合时只能适用一个法条,但适用哪个法条,则必须确立一定的原则。

大陆法系国家的刑法立法较为繁细,因而形成了比较繁杂的各种法律竞合关系。就法条竞合而言,它们一般分为特别关系、补充关系、吸收关系和择一关系四种情况。^①

相比而言,我国的刑事立法较为注重原则性和确定性,因此法条竞合的情形相对较少,且从法条关系的角度看,多为全包含关系的竞合。但是,刑法理论上对法条竞合还是有不同的分类,有代表性的观点包括三种。

第一种观点是将法条竞合概括为四种情况:(1)独立竞合,是指一个罪名概念的外延为另一个罪名外延的一部分,而犯罪行为正适合这一部分的情形。其适用原则是特别法优于普通法。(2)包容竞合,是指一个罪名概念的外延是另一个罪名概念的外延的一部分,但犯罪构成的内容已超出外延窄的罪名概念的情形。其适用原则是全部法优于部分法。(3)交叉竞合,是指两个罪名概念之间各有一部分外延互相重合。其适用原则是重法优于轻法。(4)偏一竞合,是指两个法条交叉重合,但犯罪行为已经超出重合范围的情形。其适用原则是基本法优于补充法。^②

第二种观点在将法条竞合分为全包容关系的竞合与交叉关系的竞合的基础上,认为法条竞合适用的原则有三个:一是特别法优于普通法;二是吸收法优于被吸收法,认为其典型是实害法优于危险法;三是重法优于轻法。^③

第三种观点是将法条竞合分为两种情形:(1)一个行为同时符合相异法律之间的普通刑法与特别刑法规定的犯罪构成时,应严格依照特别法优于普通法的原则论处;(2)一个行为同时符合同一法律的普通条款与特别条款规定的犯罪构成时,应依据具体情况与法律规定,分别适用特别法优于普通法、重法优于轻法的原则。^④

本书认为,第一种观点将法条竞合作如此复杂的划分,未必符合立法规定,且不利于司法机关掌握。实际上,这一分类中的一些类型或可以归入普通法与特别法的关系,或可以归入想像竞合犯或吸收犯。如持该种观点的人认为交通肇事罪与过失致人死亡罪是包容竞合关系,但实际上二者是特别法与普通法的关系。第二种观点将实害法优于危险法这种情况作为法条竞合的一种情形来论述不符合法条竞合的成立条件,因为实害犯

① 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社2001年版,第636页;张明楷著:《刑法学》,法律出版社2004年第2版,第523~524页。

② 参见姜伟著:《犯罪形态通论》,法律出版社1994年版,第414~418页。

③ 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社2001年版,第637~638页。

④ 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2004年第2版,第525页。