

刘宪权 主编

刑法学

第二版

下

新

世

纪

法

学

教

材

Xinofaxue

 上海人民出版社

Xingfaxue

刑法学

第二版

下

刘宪权 主编

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法学/刘宪权主编. —2版. —上海:上海人民出版社,
2008

新世纪法学教材

ISBN 978-7-208-07664-8

I. 刑... II. 刘... III. 刑法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. D924.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第001231号

责任编辑 屠玮涓

封面装帧 王晓阳

· 新世纪法学教材 ·

刑法学(第二版)

(上、下)

刘宪权 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行 常熟新骅印刷厂印刷

开本 787×1092 1/16 印张 60.5 插页 8 字数 1,265,000

2008年1月第1版 2008年1月第1次印刷

印数 1-4,250

ISBN 978-7-208-07664-8/D·1339

定价 88.00元

目 录

下 册

第四编 罪 刑 各 论

第二十章	罪刑各论概述	377
第一节	刑法分则体系	377
第二节	刑法分则的条文结构	381
第三节	刑法分则的法条竞合	386
第二十一章	危害国家安全罪	389
第一节	危害国家安全罪概述	389
第二节	危害国家、颠覆政权的犯罪	392
第三节	叛变、叛逃的犯罪	402
第四节	间谍、资敌的犯罪	405
第二十二章	危害公共安全罪	411
第一节	危害公共安全罪概述	411
第二节	以危险方法危害公共安全的犯罪	414
第三节	破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪	422
第四节	实施恐怖、危险活动危害公共安全的犯罪	431
第五节	违反枪支、弹药、爆炸物、危险物质管理规定危害公共安全的犯罪	437
第六节	造成重大责任事故危害公共安全的犯罪	447
第二十三章	破坏社会主义市场经济秩序罪	459
第一节	破坏社会主义市场经济秩序罪概述	459

第二节	生产、销售伪劣商品罪	463
第三节	走私罪	475
第四节	妨害对公司、企业的管理秩序罪	484
第五节	破坏金融管理秩序罪	501
第六节	金融诈骗罪	522
第七节	危害税收征管罪	532
第八节	侵犯知识产权罪	542
第九节	扰乱市场秩序罪	551
第二十四章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	566
第一节	侵犯公民人身权利、民主权利罪概述	566
第二节	侵犯生命、健康权利的犯罪	568
第三节	侵犯妇女、儿童身心健康的犯罪	580
第四节	侵犯人身自由的犯罪	590
第五节	侵犯名誉的犯罪	611
第六节	侵犯民主权利的犯罪	615
第七节	妨害婚姻家庭犯罪	623
第八节	侵犯其他权利的犯罪	632
第二十五章	侵犯财产罪	640
第一节	侵犯财产罪概述	640
第二节	侵犯财产所有权的犯罪	643
第三节	侵犯财产使用权的犯罪	670
第四节	破坏型财产犯罪	673
第二十六章	妨害社会管理秩序罪	675
第一节	妨害社会管理秩序罪概述	675
第二节	扰乱公共秩序罪	677
第三节	妨害司法罪	704
第四节	妨害国(边)境管理罪	718
第五节	妨害文物管理罪	724
第六节	危害公共卫生罪	730
第七节	破坏环境资源保护罪	737
第八节	走私、贩卖、运输、制造毒品罪	748
第九节	组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	773
第十节	制作、贩卖、传播淫秽物品罪	793
第二十七章	危害国防利益罪	811

第一节	危害国防利益罪概述·····	811
第二节	平时危害国防利益的犯罪·····	812
第三节	战时危害国防利益的犯罪·····	824
第二十八章	贪污贿赂罪 ·····	830
第一节	贪污贿赂罪概述·····	830
第二节	贪污、挪用犯罪·····	832
第三节	贿赂犯罪·····	849
第二十九章	渎职罪 ·····	871
第一节	渎职罪概述·····	871
第二节	一般国家机关工作人员的渎职罪·····	881
第三节	特定国家机关工作人员的渎职罪·····	891
第三十章	军人违反职责罪 ·····	928
第一节	军人违反职责罪概述·····	928
第二节	危害作战利益的犯罪·····	931
第三节	违反部队管理的犯罪·····	937
第四节	危害军事秘密的犯罪·····	941
第五节	危害部队物资保障的犯罪·····	944
第六节	侵犯部属、伤病军人、平民、俘虏利益的犯罪·····	949
主要参考书目 ·····		953
后记 ·····		954

第二十章

罪刑各论概述

第一节 刑法分则体系

一、刑法分则的研究对象和研究内容

刑法总则和分则组成了中华人民共和国刑法的全部内容,与此相应,刑法总论和罪刑各论构成了刑法学的全部内容。罪刑各论一般以刑法分则为研究对象,根据刑法分则对各种具体犯罪的规定,研究各种具体犯罪的概念、构成要件、法定刑、处罚原则,以及与具体定罪量刑相关的问题。

罪刑各论以刑法分则为研究对象,但也不仅仅局限于此。在新刑法修订之前,有关具体犯罪的罪刑规范一部分表现在刑法典分则中,另一部分表现在由全国人大常委会制定的单行性刑事决定和补充规定中,此外还有相当一部分散见于民事、经济、行政法律中。虽然修订后的刑法将1997年以前的上述三部分罪刑内容,集中整理修订成统一的刑法典,但是随着社会的发展和需要,有关具体犯罪的罪刑规范仍有可能出现在上列所述的三大方面,1998年12月29日由第九届全国人大常委会制定通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》就是一个明显的说明。因此,罪刑各论的研究对象除以刑法分则为主之外,还应包括分则之外的其他罪刑规范。

罪刑各论研究的内容与刑法总论研究的相同——罪与罚,所不同的是刑法总论研究的是罪与罚的共性,刑法各论研究的是具体的罪与罚。罪刑各论研究的内容归纳起来有以下几方面:

1. 研究各种具体犯罪的概念和构成要件。刑法分则是对各种具体犯罪的规定,但其规定主要着眼于罪状,除少部分犯罪分则明文规定其概念之外,绝大多数犯罪没有明文的定义。作为罪刑各论的研究内容,首先就是对各种具体犯罪的立法规定加以概括和提炼,以确定各种犯罪的概念,概括出各种犯罪的具体特征。在此基础上,罪刑各论根据各种犯罪的具体概念分解出各种具体犯罪所具有的犯罪构成要件,从认定犯罪方面确立构成犯罪的标准,为区分罪与非罪提供具体的标准。

2. 研究罪与罪之间的界限。刑法分则规定了四百多种犯罪,许多犯罪之间存在着较大的相似性,无论在理论上还是在实践中均易产生混淆,影响定罪的准确性。因

此区分此罪与彼罪,就成为罪刑各论的一项重要内容。罪刑各论在研究各种具体犯罪的构成特征的同时,根据每种犯罪所特有的构成特征,着重对此罪与彼罪进行分析和研究,指出容易混淆的犯罪,并提出罪与罪之间的区分界限。

3. 研究具体的罪数。刑法总论有一罪与数罪的区分标准,有形式数罪实质一罪或者实质数罪处断一罪等的研究,这些研究具有抽象性。在刑法分则中,罪与罪之间的紧密联系性和罪与罪之间的交叉性,使罪数认定不仅具有复杂性,更具有实在性(由此确定犯罪的数量和相应的刑罚数量)。特别是刑法分则中对一些犯罪规定,采用了包容或者转化的立法方式,这对罪数的研究,提供了新的研究内容。罪刑各论为此在研究具体罪数过程中,结合刑法总论中的罪数原理,依据刑法分则对具体犯罪的犯罪构成的规定,提出对具体罪数认定的方法、标准和界限。

4. 研究各种具体犯罪的处罚。刑罚处罚是犯罪的必然结果,有犯罪的规定,同时也就有刑罚处罚的规定。刑法分则针对各种具体犯罪的危害状况、特点和轻重程度,设定了各自不同的法定刑。为此罪刑各论根据刑法分则对各罪法定刑的规定,研究各种具体犯罪的刑罚处罚,轻重不等的法定刑的适用。特别是上下幅度的法定刑,其适用的依据和标准,更是罪刑各论所研究的内容。

5. 研究与具体犯罪和处罚相关的司法解释。有关刑法方面的司法解释,大多数是针对刑法分则中具体犯罪的认定和处罚。这些司法解释不仅将分则规定的犯罪的构成要件具体化,而且将具体犯罪的法定刑的适用具体化。诸如有关抢劫犯罪中故意杀人和加重情节适用的司法解释,或者有关交通肇事犯罪的犯罪认定标准、共犯适用情况、法定刑适用的司法解释等。罪刑各论必须研究有关的刑事司法解释,研究解释中对具体犯罪的构成要件、法定刑的适用性规定,以充实刑法分则所规定的具体犯罪的犯罪构成内容,以明确具体犯罪法定刑的适用标准。

罪刑各论对各种具体犯罪的概念、构成、罪数、法定刑运用的研究依据,离不开刑法分则对各种犯罪的规定,离不开刑法总论对犯罪和处罚的共性研究理论,当然也离不开有关的司法解释。刑法分则以及有关罪刑规范的刑事立法专门规定各种具体犯罪和处罚,因此作为专门研究各种具体犯罪概念、构成和法定刑运用的罪刑各论,必须以这种分则性立法规定为依据。刑法总论是对刑法总则的理论研究,它所研究的犯罪的一般概念、犯罪构成、犯罪形态以及处罚种类和处罚原则,必然成为罪刑各论对各种具体犯罪研究的依据,刑法总则指导刑法分则,刑法总论也必然要指导罪刑各论的研究。另外,由于立法不可能详细规定各种犯罪的认定和处罚,许多立法适用问题都由司法解释来作出具体规定,包括对具体犯罪的理解与掌握,具体犯罪的认定标准,特别是一些较为灵活的法律规定的适用。这些司法解释无论从哪种角度而言,皆应成为罪刑各论研究具体犯罪概念、构成特征和法定刑适用的依据。

二、刑法分则的研究意义

以刑法分则为对象的罪刑各论的研究,对于刑事立法、刑事司法和刑法理论,都

有十分重要的意义。

1. 罪刑各论的研究对刑事立法的完善有重要意义。社会在不断发展,客观上就对刑事立法提出不断改进和完善的要求,不仅要求对现有刑事立法中与社会发展状况不相协调的部分加以修改,而且要求刑事立法对新出现的情况加以确认。刑事立法的改进和完善很大程度上依赖于罪刑各论的研究,因为罪刑各论在对刑法分则进行研究时,必然会结合社会的实践和发展,对刑法分则的具体规定的立法依据、立法的不足和遗漏、立法的改进和完善等问题提出研究意见。这些研究为刑事立法的修改和完善提供了重要的内容和参考,从1980年至1997年的立法修改、补充状况来看,也充分地说明了罪刑各论的研究对刑事立法完善的重要作用。

2. 罪刑各论的研究对刑事司法有重要的意义,刑事司法的工作内容就是对具体行为决定是否构成犯罪,构成何种犯罪,应当处以何种刑罚和处以何种程度的刑罚。而要对具体行为定罪量刑,离不开对罪刑各论的研究。罪刑各论对刑法分则的具体规定进行研究,明确各种具体犯罪的概念和构成要件,这为刑事司法确定具体行为是否构成犯罪提供了掌握的标准,从而保证在罪与非罪问题上的正确认定。同样罪刑各论对各种具体犯罪的构成要件的研究,明确每种犯罪所特有的犯罪构成,划分罪与罪之间的界限,这又为刑事司法正确认定犯罪的性质,区分此罪与彼罪提供了可靠的依据。诸如故意杀人既遂与故意伤害致死的构成和界限,抢劫罪与敲诈勒索罪的界限等等,皆为刑事司法提供了有力的划分依据。此外,罪刑各论对各种具体犯罪的法定刑运用的研究,包括不同档次的法定刑运用,加重处罚情况下的法定刑运用等等,都为刑事司法的正确量刑提供了依据。由此可见,罪刑各论的研究,为刑事司法的定罪量刑,特别是在复杂情况下的正确定罪量刑提供了依据。

3. 罪刑各论的研究也丰富了刑法理论的研究。罪刑各论对各种具体犯罪的研究,虽然以刑法分则的具体规定为基点,以刑法的理论为指导,但是反过来也为刑法理论提供研究的素材和内容。例如抢劫过程中的致人死亡问题,受贿罪的利用职务便利问题,国家工作人员在贪污、受贿、挪用公款犯罪中的范围问题等等,都为刑法理论的研究和丰富提供了有价值的内容。当然罪刑各论在丰富刑法理论研究的同时,刑法理论研究也在为罪刑各论的研究提供理论的依据,为完善立法和正确适用法律的司法实践提供理论依据。

三、刑法分则的体系

刑法分则体系,是指刑法分则对所规定的犯罪的分类和排列顺序。现行刑法规定有400余种犯罪,对各种各样的犯罪进行一定的分类和排序,这是刑法分则应有的内容。罪刑各论的体系是以刑法分则的体系为自己的体系,因此罪刑各论的体系也就是刑法分则的体系。我国刑法分则体系的设置,以各种犯罪所侵犯的社会主义社会关系不同为分类依据,并以犯罪对社会的危害程度作为排列的主要依据,将各种各样的犯罪根据所侵犯的社会关系的不同分为十大类,又主要根据其对社会的危害程

度进行先后排列。由此刑法分则的体系设置如下：

- 第一章 危害国家安全罪
- 第二章 危害公共安全罪
- 第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪
- 第四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪
- 第五章 侵犯财产罪
- 第六章 妨害社会管理秩序罪
- 第七章 危害国防利益罪
- 第八章 贪污贿赂罪
- 第九章 渎职罪
- 第十章 军人违反职责罪

我国刑法分则设置的体系,把纷繁复杂的各种各样的犯罪规划成一个井然有序的整体,对于认识犯罪所侵犯的社会关系,掌握罪与罪之间类别差异和危害差别有着相当重要的作用。

四、刑法分则体系的特点

刑法分则对各种具体犯罪划分成如上十类,并先后排列,有其一定特点。

1. 同类客体作为刑法分则犯罪分类的基本依据。我国刑法分则根据具体犯罪侵犯的客体的不同,把各种各样的犯罪分成十类,即分则的十章犯罪。每一类犯罪侵犯同一客体,反映了这一类犯罪所侵害的社会关系的共性。如刑法把对国家根本利益危害的犯罪,汇成危害国家安全罪一类,表现出这类犯罪的共性——危害国家安全。另外,刑法分则第3章破坏社会主义市场经济秩序罪和第6章妨害社会管理秩序罪由于犯罪种类繁多,条文设立的也多,两章的条文之和达180余条,占全部刑法分则十章条文总数的50%以上。刑法对如此众多的条文,分别采用在章中再分节的方法进行设置。其分节设置的依据,基本上也是以侵犯社会关系的相同或相近性为据。

2. 犯罪的社会危害程度既是刑法分则各类犯罪先后排列的主要依据,也是每一类犯罪中具体各种犯罪先后排列的主要依据。刑法分则的十类犯罪的先后顺序,主要是根据其危害的大小,如把危害国家安全罪放在分则各类犯罪之首,危害公共安全犯罪排在其次,就是表明这两类犯罪的危害要超过分则其他各类犯罪。同样在每一类犯罪中,刑法也是把危害最大的个罪列在各种具体犯罪之首,如故意杀人罪列在各种侵犯公民人身权利、民主权利犯罪的最前面;抢劫罪列在财产犯罪的首位。刑法分则按照重在先,轻在后的顺序进行排列,一方面反映了刑法打击的重点,另一方面也反映了刑法保护的重点。当然刑法分则中也并非完全以危害重轻顺序先后排列,有部分犯罪不以危害重轻为序,但从总体上看,刑法分则的整体性排列和绝大多数犯罪排列是以重轻为先后之序的。

第二节 刑法分则的条文结构

刑法总则条文通常是概念性、原理性的规定,与此不同,刑法分则条文通常是罪与刑的统一体。在绝大多数刑法分则条文中,前半部分是对犯罪的规定,后半部分则是对刑罚处罚的规定,前者称为罪状,后者称为法定刑。罪状与法定刑并存于一个条文之中,构成了刑法分则条文的罪刑一体化的结构。

一、罪状

罪状是刑法分则条文对犯罪具体状况的规定和描述。其内容通常是对犯罪的构成要件的说明。掌握罪状是掌握具体犯罪的犯罪构成要件的前提,更是正确认定犯罪、适用罪刑规范的前提。

刑法分则罪刑规范对罪状的规定,主要分为以下两大类别:

(一) 基本罪状

基本罪状,是指对基本犯罪构成特征的描述。根据其描述方式的不同,有以下四种:

1. 简单罪状。即仅规定犯罪的名称,对具体犯罪构成特征不作描述。例如,《刑法》第232条规定:“故意杀人的”、第240条规定:“拐卖妇女、儿童的”等等,都是简单罪状。在全部刑法分则条文中,简单罪状数量相对较少,通常用于一些众所周知的犯罪规定中。简单罪状的特点是条文可以简练,其不足也往往因过于简练而引起认识和理解的分歧。

2. 叙明罪状。即详细规定具体犯罪构成特征。例如,《刑法》第254条规定:“国家机关工作人员滥用职权、假公济私,对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的。”在这个罪状规定中,既规定了主体人员,又规定了对象人员,更规定了行为的方式和内容。叙明罪状在刑法分则条文中占有的比例极大,所不同的是,有的叙明罪状把犯罪构成的四个特征均作规定,有的只规定犯罪构成中的二个或三个特征,大多数叙明罪状因为主体、主观方面以及客体比较明确,无须再作规定,仅对行为的方式、内容和后果作出规定。叙明罪状的特点是构成特征详细描述,便于理解和掌握,有利于司法实践对罪与非罪、此罪与彼罪的正确认定。

3. 引证罪状。即分则条文本身没有直接规定某一犯罪的构成特征,而是引用分则的其他条款来说明和确定某一犯罪的构成特征。其中可能是引用该条前款规定,如刑法分则许多关于单位犯罪的规定,通常采用“单位犯前款罪的”等等,也有可能是引用分则的其他条款,如《刑法》第185条规定:“商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或其他金融机构的工作人员利用职务上的便利,

挪用本单位或者客户资金的,依照本法第二百七十二条的规定定罪处罚。”引证罪状的特点是条文简练,避免在法律已有规定情况下的重复规定。

4. 空白罪状。即条文本身没有明确某一犯罪的构成特征,而是指出需要参照其他法律或者法规中的有关规定来具体说明某一犯罪的构成特征。如《刑法》第343条第2款规定:“违反矿产资源法的规定,采取破坏性的开采方法开采矿产资源,造成矿产资源严重破坏的”……刑法采用空白罪状,往往是刑法难以全面表述,而其他法律法规又已作详细规定,因而采用空白罪状的方式来规定。

(二) 加重或者减轻罪状

加重或者减轻罪状,是指对适用加重或者减轻法定刑的罪状的描述。主要有加重罪状和减轻罪状两种。

1. 加重罪状。即适用比基本罪状的法定刑更重法定刑的罪状。通常是在基本罪状和相应法定刑之后,对更重法定刑适用的罪状规定。可能是规定在基本罪状相应的法定刑之后,也可能是用第2款的形式或者是用专条形式来规定。其内容主要是规定情节严重、情节特别严重、情节恶劣、情节特别恶劣、数额巨大、数额特别巨大、造成严重后果、致人重伤死亡或者某种特定手段、特定场合、特定对象等。

2. 减轻罪状。即适用比基本罪状的法定刑更轻法定刑的罪状。该罪状与基本罪状及其相应的法定刑在同一条款中,只是在其后。减轻罪状的内容都是规定“情节较轻”。

(三) 罪状与犯罪构成的关系

基本罪状与犯罪构成既有联系又有区别。其联系表现为罪状就是对具体犯罪的犯罪构成的特征的描述,具体犯罪的犯罪构成要件来自于基本罪状,通过基本罪状的描述来确定该罪的犯罪构成要件。当然罪状所描述的往往是具体犯罪的部分构成要件,大多是犯罪构成中的客观要件,如行为、手段、场合、行为形式等,少量的是犯罪构成的主观要件(如以营利为目的)或者主体要件(国家工作人员)。大多数具体犯罪的主体要件和主观要件必须结合刑法总论的规定来确定,单从罪状本身不能确定该罪的全部构成要件,这也就是罪状与犯罪构成的不同之处。

加重或者减轻罪状与犯罪构成没有直接的联系。虽然有的观点认为加重或者减轻罪状就是加重的犯罪构成或者减轻的犯罪构成,但是从加重或者减轻罪状的规定内容本身来看,与犯罪构成相距甚远。因为在加重或者减轻罪状中,所规定的往往不是具体犯罪构成四个要件的内容,而是犯罪的严重或者不严重状况,或者是对某一个要件中的部分内容的规定,如场合、后果、数量等。这些内容与犯罪构成有明显的不同,所以也反映了加重或者减轻罪状与犯罪构成之间没有相应的关系。

二、罪名

罪名,就是犯罪的名称,是对某一具体犯罪的本质或主要特征的高度概括。每一种犯罪都应有个名称,这实际上是概括的需要,也是此种犯罪与彼种犯罪区别的需

要。如果一种犯罪没有个可以称呼的概括名称,实践运用和理论研究都将产生极大的麻烦。对犯罪确定罪名,通常应当由立法来进行,许多国家采用条标的方式来确定分则条文规定的犯罪的罪名,是个比较好的方式。这种方式不仅可以保持罪名确定的权威性,而且可以保证司法实践认定罪名的统一性。

在我国刑法之中,只有为数不多的条文直接规定了罪名,如《刑法》第 382 条规定了“贪污罪”、第 384 条规定了“挪用公款罪”、第 385 条规定了“受贿罪”、第 389 条规定了“行贿罪”等,刑事立法对绝大多数分则条文规定的犯罪没有确定罪名。由于立法没有确定,表现在各种刑法教科书或论著之中的罪名就多种多样,不仅罪名总数不一,甚至对同一条文的犯罪的名称也会不同。基于此,最高人民法院于 1997 年 12 月 9 日以司法解释的形式确定了全部刑法分则的罪名,从而为理解、运用和研究提供了统一的标准。

罪状与罪名既有一定的联系,又有相当大的区别。罪状是对犯罪构成特征的描述,而罪名是从罪状中概括而来,是从罪状的具体描述中概括出本质的或主要的特征,因此罪名以罪状为概括的基础。当然在有些条文中,罪状本身就是犯罪的名称,这往往存在于简单罪状之中,如《刑法》第 232 条规定的“故意杀人的……”这本身就是罪名,《刑法》第 240 条规定的“拐卖妇女、儿童的”,也是如此。但这毕竟为数甚少。罪状与罪名的区别则表现为:罪状是对具体犯罪的犯罪构成特征的描述,罪名是对具体犯罪的犯罪特征的概括,因此罪状对具体犯罪的犯罪构成的描述越详细越具体越好,而罪名则是越概括越抽象越好。

刑法分则中的罪名有其不同的表现形式,归纳起来,有以下三类别:

1. 类罪名与具体罪名。所谓类罪名,就是一类犯罪所共有的名称。刑法分则规定的十章犯罪,每章犯罪的名称就是这一类犯罪共有的罪名,如第 2 章危害公共安全罪是刑法分则第 114 条至第 139 条所规定犯罪的类罪名,第 5 章侵犯财产罪是刑法分则第 263 条至第 276 条的类罪名。具体罪名是每一种具体犯罪的名称。每一种犯罪都有其独自的罪名,有多少种刑法意义上的犯罪就有多少个罪名。具体罪名不仅是区别于其他犯罪的一种名称,更是司法实践和法律文书所运用的名称。在一个类罪名之下,有数量众多的具体罪名,有的甚至达到上百个具体罪名,如刑法分则第 3 章和第 6 章分别规定的具体犯罪有上百种,其罪名也就有上百种,所以在刑法分则中,类罪名只有十个,而具体罪名却有四百多个。

2. 单一罪名和选择罪名、概括罪名。单一罪名是指在一个犯罪规定之中只能有一个罪名的情况。单一罪名所包含的犯罪行为只有一种,如故意杀人罪、盗窃罪、贪污罪等等,其行为方式可以有多种多样,但就行为性质或种类而言只有一种,也不能分解成多种。在刑法分则中,绝大多数犯罪是单一罪名。选择罪名是指在一个犯罪规定中,有多种行为或者有多种对象的情况。在选择罪名的情况中,既可以将同一法律条文所规定的多种行为概括成一个罪名,也可以将多种行为分解成数个罪名,择一行为或选择其中几个行为定罪名的情况。选择罪名所包含的犯罪行为有多种,如《刑法》第 347 条规定的走私、贩卖、运输、制造毒品罪,就包含有四种行为,如果行为人为实

施了这四种行为,即以走私、贩卖、运输、制造毒品罪一罪论处。如果行为人仅实施了贩卖毒品的行为,则可以以贩卖毒品罪论处。如果既有贩卖,又有运输毒品行为,则以贩卖、运输毒品罪论处,不数罪并罚。刑法中的选择性罪名,有的是行为的多种选择,有的是对象的多种选择,如公文、证件、印章等,还有的则是行为和对象在一个条文中都有多项选择,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。概括罪名是指在一个犯罪的规定中,有多种不同的犯罪行为但只能以一个罪名定罪的情况。在概括罪名的情况中,虽然有多种行为,如《刑法》第224条规定的合同诈骗罪中,有以虚假的单位或者冒用他人名义签订合同的行为,也有以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假产权证明作担保的行为等五种合同诈骗行为,但这五种行为都只有合同诈骗罪这一个统一的罪名。概括罪名仅一个罪名,这与单一罪名相同,但是概括罪名有多种行为,则是单一罪名所没有的。概括罪名有多种行为,这同选择罪名有相同性,但是概括罪名仅一个统一罪名,则与选择罪名不同。

3. 包容罪名与并列罪名。与前述一个分则条文只有一个罪名情况不同的是,这两种情况都是在一个分则条文中有多多个罪名存在。包容罪名是在一个条文中有两个以上的罪名,其中一个罪名被另一个罪名所包容的情况。如《刑法》第240条所规定的拐卖妇女、儿童罪中包括了强奸、强迫妇女卖淫罪等多个罪名,如果行为人实施了该条文所包含的多个罪名的行为,在认定该犯罪时只能定一个拐卖妇女、儿童罪,不能数罪并罚。并列罪名是指在分则一个条文中并列规定了几个罪名的情况。如《刑法》第114条并列规定有放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪四个罪名,当行为人实施了并列罪名中的一个行为,即以一个罪名定罪处罚;当实施两种以上行为,如实施了放火、爆炸行为,对行为人应以放火罪、爆炸罪两罪并罚论处。这与选择罪名中行为人实施了选择罪名中的多种行为不以数罪论处有明显不同,也与包容罪名中即使实施了多种行为也以一个罪名定罪不同。

三、法定刑

刑法分则条文的罪刑结构是由罪状和法定刑这两部分组成的。所谓法定刑,是指刑法分则和其他单行刑事法律对各种具体犯罪所规定的刑罚种类和刑罚幅度。它是刑法分则根据刑法总则对主刑、附加刑及其运用的规定,依据罪刑相适应的原则对各种具体犯罪的危害状况 and 危害程度所确定的。

(一) 法定刑的种类

在刑事立法和刑法理论中,法定刑一般有以下三种形式:

1. 绝对确定的法定刑。即在条文中只规定单一的刑种和固定的刑度。如我国《刑法》第383条第1款规定犯贪污罪“情节特别严重的,处死刑”。这种形式的法定刑往往只有一种刑种和一个刑度,显然缺乏灵活性,使法院难以针对不同情况适用相对不同的法定刑。当然,我国刑法中的绝对确定的法定刑只限于少数几个罪,并且是这几个罪中情节特别严重者。

2. 绝对不确定的法定刑。即在条文中不规定具体的刑种和刑度,只笼统规定对某种犯罪应“依法惩处”或“依法追究刑事责任”。这种形式的法定刑由于法律没有明确应适用的刑种和刑度,留给了法官以极大的自由裁量权,从而使刑事司法因缺乏统一标准而导致处刑的混乱与不公,最终不利于罪刑相适应原则的贯彻和法制的统一。据此,包括我国刑法在内的各国刑法已不再采用此种法定刑形式。

3. 相对确定的法定刑。即在条文中对某种犯罪规定一定的刑种与刑度,并明确规定最低刑与最高刑。此种形式的法定刑,既有明确的刑种与刑度,又有一定的灵活限度,这对于保持量刑的相对统一是有利的,并且也有利于刑事司法根据案件的具体情况酌情裁量刑罚。因此我国刑法和其他国家刑法均采用这种法定刑形式。

我国刑法分则采用的相对确定的法定刑,又有以下几种不同形式:

(1) 规定最高限度的法定刑。即刑法分则条文仅规定刑罚的最高限度,刑罚的最低限度则根据刑法总则的规定。例如《刑法》第429条规定的“拒不救援友邻部队罪”的法定刑是“处五年以下有期徒刑”。该罪的法定刑种为有期徒刑,其最高刑度分则规定为5年有期徒刑,其最低限度依据刑法总则第45条的规定为6个月有期徒刑。

(2) 规定最低限度的法定刑。即刑法分则条文仅规定刑罚的最低限度,刑罚的最高限度则根据刑法总则的规定。例如《刑法》第105条第2款规定的煽动颠覆国家政权罪中对“首要分子或罪行重大的,处五年以上有期徒刑”。这里的最低刑度为5年有期徒刑,其最高限度依据刑法总则第45条的规定为15年有期徒刑。

(3) 规定最低限度和最高限度的法定刑。即分则条文同时规定刑罚的最低刑期和最高刑期。刑法分则中常见的3年以上10年以下或者3年以上7年以下有期徒刑,即是此种法定刑形式。

(4) 规定两种以上主刑或者同时规定一种或两种以上附加刑的法定刑。例如《刑法》第240条规定:“拐卖妇女、儿童,有下列情形之一的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。”

我国刑法除个别犯罪的某些特别严重情节适用绝对确定的法定刑和绝大多数犯罪适用相对确定的法定刑之外,还有一些犯罪没有直接规定其应适用的法定刑,而是规定依照本法×××条的规定处罚,这可以说是一种特殊的法定刑形式。

需要指出的是,我国刑法对主刑与附加刑有不同的规定形式。对主刑适用的法定刑,刑法主要采用相对确定的法定刑。对附加刑适用的法定刑,则主要采用不确定的法定刑形式,如法律对单位犯罪所规定的罚金,没有明确的罚金数额。理论上对此称为“浮动的法定刑”,意即没有明确的量的规定性。这种不明确的罚金法定刑规定产生的主要原因,是法律很难作出具体的明确规定,所以采用“对单位处罚金”或者“并处或者单处罚金”等的规定形式。不可否认,这种所谓的“浮动法定刑”所产生的不利后果是现实存在的。一方面使行为人在犯罪前无法预知其所犯之罪会产生法律后果,另一方面则使司法机关有特别大的自由裁量权,更容易产生同案不同罚金处罚的不公正。所以对此类不明确的附加刑法定刑,应当如何加以规范,应是需要进一

步研究的问题。

(二) 法定刑与宣告刑

宣告刑,是人民法院根据法律规定的刑罚和具体的犯罪状况,对犯罪分子判处的刑罚。法定刑与宣告刑不同:法定刑是立法者确定的刑罚,有一定的刑种选择和幅度选择;宣告刑是司法机关对案件处理时确定的刑罚,只限于特定的刑种和刑度。宣告刑以法定刑为依据,是法定刑的具体运用。

第三节 刑法分则的法条竞合

一、法条竞合的概念和特征

法条竞合,是指一个犯罪行为同时符合数个法条规定,在法律适用上发生重合,只能选择适用其中一个法条,排斥其他法条适用的情况。法律往往为了给某种对象以特别保护,或者对某种行为以特别的禁止,把在原先某罪中的一部分分离出来单独设罪,或者与其他犯罪合起来规定,从而形成了有的犯罪是另一犯罪的一部分,或者有的犯罪的部分同时也是另一犯罪的部分。当行为人实施这样的行为时,就出现法律适用上的竞合。法条竞合一般表现为两种形式,其一是同一法律内部数个法条的竞合,这是法条竞合的常见形式。其二是异种刑事法律或法规中的法条竞合(也称法规竞合),此种形式的竞合在新刑法颁布以前多有存在,新刑法颁布之后暂时不存在,但如有新的刑事决定或补充规定等单行刑事法律的出现,这种竞合可能还会出现。

法条竞合有以下几个特征:

1. 行为人实施了一个犯罪行为,而不是数个犯罪行为。这个特征决定了最终处理只能适用一个法条的原因所在。虽然行为人实施的行为涉及有多个法律条文,表面上看行为似乎触犯了数个罪名,具有数个行为。但实际上行为人仅实施了一个行为。

2. 行为人所实施的行为仅具有一个犯罪构成,但却被规定在数个法条之中。形式上行为分别在数个法条中均有规定,具备数个法条规定的犯罪构成,但究其实质而言,仅有一个犯罪构成。法条竞合的这一特征,也是同想象竞合犯的区别所在。因为法条竞合犯的行为主观客观四个要件都在一个犯罪构成的范围之内,没有超出一个犯罪构成的范围之外。而想象竞合犯虽然也是只有一个行为,但行为所实施的结果却超出了一罪犯罪构成所容纳的范围之外,比一罪多却又不具备两罪的犯罪构成。

3. 只能择一个法条适用,即选择数个法条中的一条定罪处罚,而排斥其他法条的适用。在法条竞合中,行为人实施的行为所符合的两个法条之间,通常认为存在包容与被包容的关系,即其中一个法条被另一个法条所包含,如《刑法》第 224 条规定的合同诈骗罪被《刑法》第 266 条的普通诈骗罪所包容。因为存在包容与被包容的关

系,其实质就是一个罪,因此对法条竞合的处理,也必须选择其中一个法条适用。

法条竞合的原因,一般认为有多种竞合原因:有因犯罪主体形成的竞合;因犯罪对象形成的竞合;因犯罪目的形成的竞合;因犯罪手段形成的竞合;因危害结果形成的竞合;同时因手段、对象等形成的竞合。

二、法条竞合的适用原则

由于法条竞合必须在数个法条中择一适用,因此应当选择哪一个法条,国内外刑法理论对此有过许多看法和意见,有的根据法条竞合的表现情况选用不同的择一适用原则,有的则依据法条竞合形成的关系分别选择不同的适用原则。所适用的原则往往是特别法优于普通法;基本法优于补充法;完全法优于不完全法;重法优于轻法;实害法优于危险法等,众说纷纭,令人颇感茫无头绪。我们认为,在罪刑法定原则已被明文确立之时,认识和研究法条竞合的适用原则,应当以刑事立法规定为基本前提,尤其在我国新刑法对法条竞合择一适用的规定比之原刑法已极为详尽之时,更应以刑事立法的规定为基点。

从新刑法对涉及法条竞合的适用规定看,对法条竞合适用的原则可以表现为以下几种:

1. 特别法优于普通法原则,即当法条竞合时,应当适用特别法,排斥普通法的适用。普通法是指在一切场合普遍适用的法条,特别法是在特定范围内适用的法条。特别法条的产生往往是立法者在设立普通法条之后,出于种种原因需要对普通法条规定的某些特殊情况作专门规定而分离形成,因此特别法条所针对的是特定的人、地、时、事、结果,其效力限于有限的特定范围。在刑法的规定中,普通法条与特别法条在刑罚的轻重方面,表现为轻于、等于、重于三种情况。例如《刑法》第266条的普通法条诈骗罪之刑轻于特别法条的第195条信用证诈骗罪;诈骗罪之刑与特别法条的第244条合同诈骗罪刑罚相等;诈骗罪之刑又重于第198条特别法的保险诈骗罪。由于特别法已经体现了法律的特别要求和特定评价,因此当普通法与特别法发生竞合时,我国刑法理所当然地选择适用特别法,这在《刑法》第233条规定的过失致人死亡罪、第234条第2款规定的故意伤害罪、第266条规定的诈骗罪和第397条规定的玩忽职守罪及滥用职权罪中是极为明显的例证。在这些普通法条中,立法均明确规定:“本法另有规定的,依照规定”,不再适用普通法条。

2. 重法优于轻法原则。当发生法条竞合时,适用重法而排斥轻法的适用。这项原则的适用同样存在于特别法条与普通法条竞合的情况下,但应以法律规定为限。我国《刑法》第149条第2款规定:“生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品,构成各该条规定的犯罪,同时又构成本节第一百四十条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”《刑法》第140条规定的生产、销售伪劣产品罪,包括各种各样的伪劣产品,属于普通法条。《刑法》第141条至第148条规定的是各种具体的生产、销售伪劣产品罪,诸如生产、销售假药罪,生产、销售不符合卫生标准的食品