

刑法

条文·说理·案例

陈志军 ■ 编著

■ 重点条文说理

■ 典型案例解析

■ 名师鼎力推荐

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

1

刑法条文·说理·案例

陈志军 编著

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法条文·说理·案例/陈志军编著. —北京: 中国法制出版社, 2007. 11

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0255 - 2

I. 刑… II. 陈… III. 刑法 - 基本知识 - 中国
IV. D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 167239 号

刑法条文·说理·案例

XINGFA TIAOWEN · SHUOLI · ANLI

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2007 年 11 月第 1 版

印张/24.25 字数/766 千

2007 年 11 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0255 - 2

定价: 48.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66010406

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

序

赵秉志^①

刑法学作为法学的一个重要分支，无疑属于“经世致用”之学。在刑法学的发展过程中，应当把为刑法的司法适用提供理论支持和指引作为研究的主要方向，以服务于我国建设现代刑事法治的伟大实践。孟子云：“徒法不能以自行”（《孟子·离娄上》）。要把抽象的刑法立法适用于具体的刑事案件，就必须对刑法条文进行解释。刑法解释学决不是低层次的学问。有种颇有见地的观点认为，刑法解释学与刑法哲学同属刑法学的重要组成部分，与刑法哲学也没有明显的界限，而是相互渗透、相互交融的，可以说，没有刑法解释学就没有发达的刑法学。我们欣喜地看到，“条文·说理·案例”丛书中的《刑法》一书的作者陈志军副教授立足于刑法注释学的原理与方法，选取现行刑法立法的重要条文，对相关的重大理论、实务问题进行系统的介绍、研讨，并辅以典型的案例进行剖析，很好地贯彻了理论与实践相结合的这一重要的刑法学研究方法。作为本书的第一位读者，感觉本书具有以下几个主要特征：

第一，重点突出，体例新颖。以往的此类书籍大多将所有的刑法条文作为研究的对象，讲究面面俱到，如果再附加典型案例的话，往

^① 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、法学博士、博士生导师，兼任中国法学会常务理事暨学术委员会委员、中国法学会刑法学研究会会长、国际刑法学协会中国分会常务副主席。

往内容庞大。而实际上,并非所有的刑法条文都存在重大的理论和实务问题,或者说有的条文的理论、实务问题到目前为止还不是很突出。作者选取存在重大理论和实务问题的条文作为研究对象,不涉及其他一般条文,不强求面面俱到,这样反而有利于增强本书的问题针对性。从作者所选取的条文来看,其对哪些条文存在重大理论和实务问题的认识是准确的,反应出作者对刑法理论的研究状况和刑法司法实践的实务的焦点问题把握得较为准确。

第二,注重理论,表述准确。与单纯的条文注释类书籍明显不同的是,本书注重对条文的有关理论问题进行深入地介绍和探讨,具有较高的理论价值。比如对总则部分的很多条文,作者往往同时对外国的相关立法和理论进行介绍,在与我国的立法和理论进行比较鉴别中分析其利弊得失,并提出有关的完善建议。对其中的不少理论问题,作者还提出了不少很有见地的个人见解。全书理论分析观点明确,表述准确。这反映出作者具有扎实的专业功底和理论水平。

第三,案例典型,文笔流畅。本书的选取的案例非常典型,注重对案情的提炼,与相关的理论和实务问题密切相关,有的放矢,分析简练。全书层次清晰,结构合理,文笔流畅。这反映出作者具有较强的驾驭问题的能力和较强的文字素养。

本书的作者陈志军副教授曾经在我的指导下攻读硕士和博士学位,在刑法学的学习研究过程中,非常勤奋,有敏锐的问题意识,敢于创新,打下了扎实的刑法理论基础和科研能力,目前已经推出了不少科研成果。看到昔日自己的学生出成果,是为师者最大的欣慰。在本书即将出版之际,欣然应邀为之作序,向读者朋友推荐这本著作,也希望志军博士继续努力,为刑法学研究的发展做出更多的贡献。

2007年11月于北京师范大学

目 录

第一编 刑法总则

第3条	罪刑法定原则	1
第6条	属地管辖权	8
第7条	属人管辖权	22
第8条	保护管辖权	28
第9条	普遍管辖权	35
第10条	对外国刑事判决的消极承认	50
第12条	刑法的溯及力	56
第14条	故意犯罪	66
第15条	过失犯罪	77
第16条	不可抗力和意外事件	84
第17条	刑事责任年龄	88
第18条	精神病人与醉酒人的刑事责任能力	107
第19条	又聋又哑的人或者盲人犯罪的刑事责任	117
第20条	正当防卫	121
第21条	紧急避险	132
第22条	犯罪预备	140
第23条	犯罪未遂	144
第24条	犯罪中止	152

第 25 条	共同犯罪的概念	162
第 26 条	主犯	180
第 27 条	从犯	187
第 28 条	胁从犯	191
第 29 条	教唆犯	195
第 30 条	单位犯罪的成立范围	201
第 31 条	单位犯罪的处罚原则	211
第 47 条	有期徒刑刑期的计算与折抵	218
第 48 条	死刑的适用条件及核准程序	230
第 49 条	死刑适用对象的限制	238
第 50 条	死缓的法律后果	244
第 52 条	罚金数额的裁量	250
第 63 条	减轻处罚情节的适用	257
第 65 条、第 66 条	累犯	262
第 67 条	自首	271
第 68 条	立功	282
第 69 条	数罪并罚的一般原则	287
第 70 条、第 71 条	刑罚执行期间发现漏罪或者犯新罪时的 并罚	294
第 72 条、第 74 条	缓刑的适用条件	302
第 77 条	缓刑的撤销及其法律后果	309
第 78 条	减刑的适用条件	315
第 81 条	假释的适用条件	327
第 87 条	追诉时效的期限	336
第 88 条	追诉期限的延长	341
第 89 条	追诉期限的计算与中断	347

第 93 条 国家工作人员的含义	353
------------------	-----

第二编 刑法分则

第 111 条 为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪	369
第 114 条、第 115 条 放火罪 决水罪 爆炸罪 投放危险物质罪 以危险方法危害公共安全罪等	378
第 116 条 破坏交通工具罪	387
第 133 条 交通肇事罪	392
第 134 条 重大责任事故罪 强令违章冒险作业罪	402
第 140 条 生产、销售伪劣产品罪	410
第 153 条 走私普通货物、物品罪	418
第 163 条 非国家工作人员受贿罪	433
第 170 条 伪造货币罪	438
第 180 条 内幕交易、泄露内幕信息罪	446
第 191 条 洗钱罪	453
第 193 条 贷款诈骗罪	460
第 198 条 保险诈骗罪	468
第 201 条 偷税罪	475
第 204 条 骗取出口退税罪	485
第 205 条 虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪	492
第 217 条 侵犯著作权罪	499
第 234 条 故意伤害罪	509
第 236 条 强奸罪	518

第 238 条	非法拘禁罪	526
第 239 条	绑架罪	532
第 240 条	拐卖妇女、儿童罪	538
第 243 条	诬告陷害罪	546
第 247 条	刑讯逼供罪 暴力取证罪	550
第 258 条	重婚罪	555
第 261 条	遗弃罪	560
第 263 条	抢劫罪	566
第 264 条	盗窃罪	586
第 266 条	诈骗罪	605
第 267 条	抢夺罪	611
第 269 条	转化型抢劫罪	618
第 270 条	侵占罪	623
第 271 条	职务侵占罪	629
第 274 条	敲诈勒索罪	636
第 275 条	故意毁坏财物罪	640
第 277 条	妨害公务罪	644
第 279 条	招摇撞骗罪	650
第 280 条	伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪 盗 窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章罪 伪造、变 造、买卖国家机关公文、证件、印章罪 伪造、变 造居民身份证罪	654
第 293 条	寻衅滋事罪	664
第 303 条	赌博罪 开设赌场罪	670
第 305 条	伪证罪	676
第 310 条	窝藏、包庇罪	679

第 335 条 医疗事故罪	683
第 336 条第 1 款 非法行医罪	686
第 347 条 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	690
第 348 条 非法持有毒品罪	700
第 358 条 组织卖淫罪 强迫卖淫罪	703
第 382 条 贪污罪	708
第 384 条 挪用公款罪	718
第 385 条 受贿罪	729
第 395 条第 1 款 巨额财产来源不明罪	744
第 397 条 滥用职权罪 玩忽职守罪	748

第一编 刑法总则

第一章 刑法总则 (一)

第一章 刑法总则 (一)

第一章 刑法总则 (一)

第3条 法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。

规范阐释

本条是关于罪刑法定原则的规定。罪刑法定原则是刑法诸原则中的“帝王原则”。其基本内涵是“法无明文规定不为罪”、“法无明文规定不处罚”。在刑法典中规定罪刑法定原则，是中国刑事法治事业的重大进步。

关联理论 →

罪刑法定原则被奉为现代刑法的首要原则，现代各国法律普遍地规定了罪刑法定原则，该原则也逐渐被不少国际公约所确认。1948年

12月10日联合国大会通过的《世界人权宣言》第12条第2项规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得被判为犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪时适用的法律规定。”1966年12月16日联合国大会通过的《公民权利和政治权利国际公约》第15条重申了前述规定。

（一）罪刑法定原则的立法模式

目前世界上大多数国家都实行罪刑法定原则，但这一原则在各国法律上的规定形式不尽相同。大致可以分为以下三种立法模式：

1. 宪法规定模式

采用这一立法模式的国家把罪刑法定原则作为一项宪法原则加以规定，在刑法中不再做具体规定。该原则的效力不但及于刑法，而且及于其他部门法。采用这一模式的国家有加拿大、日本、印度等。

2. 宪法刑法同时规定模式

采用这一立法模式的国家既在宪法中规定罪刑法定原则，也在刑法中规定罪刑法定原则。采用这一模式的国家有西班牙、意大利、俄罗斯、泰国、韩国等。

3. 刑法规定模式

采用这一立法模式的国家宪法中不规定罪刑法定原则，而只在刑法中加以规定。采用这一模式的国家有法国、德国、新加坡等。

（二）罪刑法定原则的内涵

罪刑法定主义的核心内涵用一句法律谚语来表达就是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。”罪刑法定原则的核心内涵一直为各国所坚持，但在具体内涵上随着时代的发展有所变化。罪刑法定原则是反对封建罪刑擅断的产物，因而早期的罪刑法定主义过于偏重形

式合理性，奉行绝对禁止法律溯及既往、禁止类推解释、绝对确定法定刑等立场。法国1791年刑法典奉行绝对确定法定刑主义的理想主义做法很快就被证明是行不通的，1810年法国刑法典即改采相对罪刑法定主义的立场。相对罪刑法定主义力求在坚持法律的明确性、安定性与社会的易变性之间寻求平衡，根据有利于被告人的原则这一现代人权理念，对传统的刑事被告人相对国家而言处于绝对弱势地位的刑法制度设计进行微调，提出了允许有利于被告人的溯及既往、允许有利于被告人的类推等新的理念，并逐渐被各国刑法立法所接受。相对罪刑法定主义的具体内涵（也有人称为派生原则）主要包括：

1. 排斥习惯法 不是指在刑法的渊源上必须坚持成文法主义，而不能将不成文的习惯等作为定罪处刑的依据。其原因在于，刑法规范只有是用文字写下来的、成文的制定法，才能保障人们对处罚的预测可能性，才不会因为处罚的不确定性而陷人不安之中，才不会因为不敢行为而窒息社会发展的活力。

2. 禁止不利于被告人的类推解释 立法要保持其稳定性，就必须维持一定程度的抽象性。而要把抽象的立法运用到具体的案件中去，就必须对刑法条文进行解释。字面解释与扩张解释是允许的解释方法，但必须禁止类推解释。扩张解释与类推解释的区别就在于是否超出了条文的最大可能含义，前者虽然超出条文的通常含义但未超出最大可能含义，而后者已经超出了最大可能含义。传统的罪刑法定主义反对一切形式的类推解释，但相对罪刑法定主义只反对有罪类推等不利于被告人的类推解释。

3. 禁止重法溯及既往 传统的罪刑法定原则否认一切刑法法规的溯及力，认为刑法只能适用于其生效后的犯罪行为，对发生在其生效前但生效后正在处理或

尚未处理的案件也不能适用。这样确实是维护人们对刑罚处罚预测可能性的客观要求，避免了事后的立法将原先合法的行为规定为犯罪进行处罚之不合理情况的出现。但是，可能出现新的刑法更有利于被告人情形，这时候对被告人适用旧法反而对其不利。本着有利于被告人的人权观念，允许新法在有利于被告人的情况下具有溯及力逐渐被接受，即现代的罪刑法定主义只禁止不利于被告人的重法溯及既往，允许轻法溯及既往。

4. 排斥绝对不定期刑

罪刑法定具体包括罪的法定与刑的法定两个方面。法定刑可以分为绝对不定期刑、相对不定期刑和绝对定期刑三种类型。绝对的罪刑法定主义主张立法上采取绝对定期刑，排斥不定期刑（包括绝对不定期刑和相对不定期刑），法官对刑罚的种类与期限、数量没有任何自由裁量的余地。这种做法走向了与封建刑罚擅断相对应的极度僵化的另一个极端，忽略了犯罪行为的复杂性与具体差异性，被证明是行不通的。相对罪刑法定主义只反对绝对不定期刑，以相对不定期刑为主，不排斥极少量的绝对定期刑（如刑法第239条规定绑架并杀害被绑架人的处死刑）。这样既维护了刑法立法的统一性，又照顾到了具体案件的差异性。

（三）罪刑法定原则之中国实践

1. 立法实践

1979年刑法基本上贯彻了罪刑法定原则，但存在一个重大不足，即该法第79条规定了类推制度。1997年刑法废除了类推制度，将罪刑法定原则立法化，在整部法典中也较为全面地贯彻了这一原则，如犯罪构成要件的规定更加明确化，取消分解了流氓罪、投机倒把罪与渎职罪三个口袋罪，这是我国刑事立法的重大进展。但是，我们在贯彻

罪刑法定原则的道路上还有很长的路要走，一些立法还不能很好地体现这一原则，如非法经营罪、寻衅滋事罪等“准口袋罪”还存在，需要不断地在立法上加以完善。

2. 司法实践

罪刑法定不仅是刑事立法必须遵守的基本原则，而且是刑事司法必须遵守的基本原则。在某种意义上而言，该原则最初的宗旨就是限制刑事法官的自由裁量权，强调法官对立法的服从。在刑事司法活动中，应当严格依据刑法的规定来认定罪与非罪、此罪与彼罪、罪轻与罪重的界限，不能随意出入人罪。我国的刑事司法实践较好地贯彻了这一原则，但也存在一些需要继续改进的地方，司法解释制度的科学化就是其中之一。根据1981年全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》，只有最高人民法院与最高人民检察院才有刑法司法解释权，但实际上最高司法机关的内部工作部门乃至行政机关等非法定有权主体也广泛地参与制定发布刑法司法解释。此外还存在一些超出条文含义的不利于被告人的类推解释等越权解释。

典型案例 →

◆案情

2003年11月下旬，犯罪嫌疑人某小学男教师叶某以“作业不认真要重写”为由，让该校两名五年级男生（均年满14周岁）到其房间补做作业。到房间后，叶某先对两少年训斥了一番，声称要罚打屁股。其间，叶某心生歹念。叶某连吓带诱对两名少年在椅子和床上先后实施了“鸡奸”，两少年只能忍着泪任其摆布。一少年回家告诉家长，家长报警。

◆问题

叶某的行为是否构成强奸罪、猥亵儿童罪等犯罪？

◆研讨

1979年刑法第160条规定了流氓罪。1984年11月2日《最高人民法院、最高人民检察院关于当前办理流氓案件中具体应用法律的若干问题的解答》，将流氓罪界定为“流氓罪是聚众斗殴，寻衅滋事，侮辱妇女或者进行其他流氓活动，破坏公共秩序，情节恶劣的行为。”明确规定：“鸡奸幼童的；强行鸡奸少年的；或者以暴力、胁迫等手段，多次鸡奸，情节严重的”，属于上述“其他流氓活动”。可见，在1979年刑法条件下，叶某的行为可以构成流氓罪。但1997年刑法废除了流氓罪的罪名，将其中的聚众斗殴、寻衅滋事、侮辱妇女、聚众淫乱、猥亵儿童等规定了独立的罪名，但不再把鸡奸少年等流氓行为作为犯罪予以规定。

在1997年刑法中，叶某的行为与强奸罪与猥亵儿童罪两罪较为接近。但根据罪刑法定原则“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”的精神，叶某的行为不符合强奸罪和猥亵儿童罪的构成要件：

(1) 叶某的行为不构成强奸罪。我国刑法第236条第1款明确规定：“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。”这就明确地把强奸罪的犯罪对象限定为妇女，男性不能成为强奸罪的犯罪对象。(2) 叶某的行为不构成猥亵儿童罪。我国刑法第237条第2款规定了猥亵儿童罪。其犯罪对象包括男童与女童。根据司法解释的规定，我国刑法上的“儿童”是指不满14周岁的人。由于本案中的两名被害人都已年满14周岁。因而不符合猥亵儿童罪的犯罪对象条件。对于这种猥亵已满14岁的男童的行为，2005年8月28日通过的《治安管理处罚法》第44条规定：“猥亵他人的，或者在公共场所故意裸露身体，情节恶劣的，处五日以上十日以下拘留；猥亵智力残疾人、精神病人、不满十四周岁的人或者有其他严重情节的，处十日以上十五日以下拘留。”

法规链接 →

最高人民法院关于依法不再核准类推案件的通知（1997年9月22日）
各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院：

修订后的《中华人民共和国刑法》于1997年10月1日起施行。现就1997年10月1日以后审理此前发生的适用类推案件的有关问题，通知如下：

一、1997年10月1日以后，各级人民法院一律不再适用修订前的刑法第七十九条的规定向我院报送类推案件。

二、1997年9月30日以前已经报送但在10月1日前尚未核准的类推案件，应当根据修订后的刑法第三条的规定，分别不同情况作出处理：对于按照修订前的刑法需要类推定罪，修订后的刑法没有规定为犯罪的行为，一律不得定罪判刑；对于按照修订前的刑法需要类推定罪，修订后的刑法也规定为犯罪的行为，如需追究刑事责任的，应适用修订后刑法第十二条的规定处罚。

三、1997年10月1日以后，各级人民法院审理发生在1997年9月30日以前，按照修订前的刑法需要类推定罪的案件，应当按照本通知第二条的规定办理。

最高人民法院印发《最高人民法院关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》的通知（2007年1月15日）

17. 加强刑事司法领域的人权保障。依法尊重被告人的人格尊严，保障被告人依法享有的诉讼权利，充分听取被告人及其辩护人的意见，保证被告人受到合法、公正、文明的审判；坚持实体处理的正确性与诉讼程序的正当性的统一，既坚持重证据、不轻信口供原则，切实做到认定案件事实清楚、证据确实充分，又坚持罪刑法定和罪刑相适应原则，切实做到定罪准确，量刑适当，确保无罪的人不受刑事追究。