

主
编
马
克
昌

百罪通论

【上卷】

出版本书是我国刑法学界泰斗、蜚声海内外的著名刑法学家马克昌教授的遗愿。马先生直至生命垂危之际，对《百罪通论》的撰写依然牵挂在心。本书策划与撰写宗旨，是为了与《犯罪通论》《刑罚通论》（均为马先生主编）相媲美，从而为我国理论上能够与前一“两通论”相媲美，从而为我国理论与实务界提供一套体系完整的刑法学专题研究著作。考虑到我国刑法分则规定的个罪有四百余种，且较全面、系统研究个罪的著述已有多部，为了既能避免篇幅过大，又能凸显内容的深入性，我们对个罪进行了严格的筛选。本书筛选出的一百一十二种个罪，力求能够结合境内外相应立法和刑法理论研究成果，进行既有理论深度亦有实务针对性的探讨。本书筛选个罪的原则是：首先以常见性、多发性作为一

HUNDREDS OF
CRIME THEORY

执行王编

吴振兴 莫洪宪



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

般原则。依此原则，危害国防利益罪和军职罪中的个罪均未筛选，其他类罪中多数个罪亦未入选。其次，以相对多发性、危害性作为特例原则，如危害国家安全罪，因其危害的是国家安全，相对比其他刑事犯罪对社会危害性大；同时，其中的资助危害国家安全犯罪活动罪、间谍罪，比起本类罪中的其他个罪，相对发生率较高。依此原则，本书筛选了五个危害国家安全的个罪。再次，以争议性、疑难性作为特别原则，如1997年《刑法》施行以来，通过八个“刑法修正案”增设了几十个罪名。这些新增的个罪，有些是争议性、疑难性较大的，例如危险驾驶罪、利用影响力受贿罪等，也入选其中。这几个筛选原则，以及所筛选的个罪是否妥当，敬请国内实务部门和教学研究部门的同仁不吝指正。本书筛选后的一百一十二种个罪分为三种类型，即一级罪、二级罪和三级罪。

主
编
马克昌

百罪通论

【上
卷】

HUNDREDS OF
CRIME THEORY

执 行 主 编
吴 振 兴 莫 洪 宪



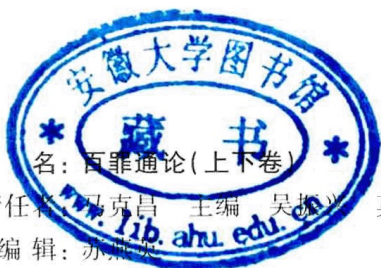
北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

百罪通论(上下卷)/马克昌主编. —北京:北京大学出版社,2014.6
ISBN 978-7-301-24143-1

I. ①百… II. ①马… III. ①刑法-研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第074686号



书名:百罪通论(上下卷)

著作责任者:马克昌 主编 吴振武 莫洪宪 执行主编

责任编辑:苏斌

标准书号:ISBN 978-7-301-24143-1/D·3560

出版发行:北京大学出版社

地址:北京市海淀区成府路205号 100871

网址:<http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博:@北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱:yandayuanzhao@163.com

电话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印刷者:北京中科印刷有限公司

经销者:新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 81.25印张 1583千字

2014年6月第1版 2014年6月第1次印刷

定价:230.00元(上下卷)

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

前 言

出版本书是我国刑法学界泰斗、蜚声海内外的著名刑法学家马克昌教授的遗愿。马先生直至生命垂危之际,依然对《百罪通论》的撰写牵挂在心。

本书策划与撰写宗旨,是为了与《犯罪通论》《刑罚通论》(均为马先生主编)相配套,且在质量与影响上能够与前“两通论”相媲美,从而为我国理论与实务界提供一套体系完整的刑法学专题研究著作。考虑到我国刑法分则规定的个罪有四百余个,且较全面、系统研究个罪的著述已有多部^①,为了既能避免篇幅过大,又能凸显内容的深入性,我们对个罪进行了严格筛选。本书筛选出的112种个罪,力求能够结合境内外相应立法和刑法理论研究成果,进行既有理论深度亦有实务针对性的探讨。

本书筛选个罪的原则是:首先,以常见性、多发性作为一般原则。依此原则,危害国防利益罪和军职罪中的个罪均未筛选,其他类罪中多数个罪亦未入选。其次,以相对多发性、危害性作为特例原则,如危害国家安全罪,因其危害的是国家安全,相对比其他刑事犯罪的社会危害性大;同时,其中的资助危害国家安全犯罪活动罪、间谍罪,比起本类罪中的其他个罪,相对发生率较高。依此原则,本书筛选了5个危害国家安全的个罪。再次,以争议性、疑难性作为特别原则,如1997年《刑法》施行以来,通过八个“刑法修正案”增设了几十个罪名。这些新增的个罪,有些是争议性、疑难性较大的,例如危险驾驶罪、利用影响力受贿罪等,也入选其中。这几个筛选原则,以及所筛选的个罪是否妥当,敬请国内实务部门和教学研究部门的同仁不吝指正。

本书筛选后的112种个罪分为三种类型,即一级罪、二级罪和三级罪。为了使本书的内容能够达到前述“两能”的要求(能避免篇幅过大;能凸显内容的深入性),我们对这三种类型的个罪进行了必要的文字限制,其中一级罪2万字左右;二

^① 例如王作富教授主编的《刑法分则实务研究》(上、中、下),赵秉志教授任总主编的《最新刑法典适用丛书》,熊选国任总编的《中国刑案侦、诉、辩、审办案通》,鲜铁可主编的《定罪与量刑丛书》等。

级罪1万字左右;三级罪5000字以内。可以说书中的绝大多数个罪在字数上满足了这一要求。其中有几个一级罪,如诈骗罪等篇幅较长,仅从字数上看,似乎在本书中显得不甚协调,但考虑到这几个一级罪,无论在实务中还是理论上都确属争议性、疑难性较大的个罪,内容上删削有一定难度,便维持了现状。如果以后有机会再版,可根据反馈的信息决定“取舍”。

本书尽管由马先生统一主持,但作者毕竟有十余人,在一些问题的观点上,如财产犯罪侵犯的客体和对象,可能会出现歧义,这是正常现象,强求统一反倒不利于学术研究。为此,本书本着“正视歧义、文责自负”的精神,将其一并呈现于读者和同仁面前。

本书的作者由马先生选定,除了现任的武汉大学法学院的刑法教授、副教授等教师以外,还有几位是武大刑法专业毕业的研究生,他们或在公安、检察、法院等部门从事刑事实务领导工作,有着丰富的司法实务经验;或在兄弟院校从事刑法教学研究工作的,有着深厚的理论功底,这几位作者的稿件为本书增添了亮色。全书的分工如下(以撰写章节先后为序):

马克昌(武汉大学资深教授、博士生导师,生前兼任中国法学会刑法学研究会名誉会长):第一章,第二章第一节至第四节;

莫洪宪(武汉大学法学院教授、博士生导师,兼任中国刑法学研究会副会长):第二章第五节至第十一节、第十三节、第十四节,第三章第十一节;

何荣功(武汉大学法学院副教授):第二章第十二节,第三章第四节至第七节、第十节、第十二节、第十九节、第二十章、第二十五章、第二十九章;

刘艳红(东南大学法学院教授、博士生导师,兼任中国刑法学研究会理事):第三章第一节至第三节、第八节、第九节,第六章第十八节;

王晨(武汉市中级人民法院院长,武汉大学法学院教授、博士生导师):第三章第十三节至第十八节;

皮勇(武汉大学法学院教授、博士生导师):第三章第二十一节至第二十四章,第四章第十四节,第六章第三节、第九节、第二十六节、第二十七节;

陈金林(武汉大学法学院讲师、法学博士):第三章第二十六节、第二十八节;

林亚刚(武汉大学法学院教授、博士生导师,兼任中国刑法学研究会常务理事):第三章第二十七节,第五章第一节、第四节,第六章第二节、第十三节至第十七节、第十九节;

叶小琴(武汉大学法学院副教授、法学博士):第四章第一节至第五节;

陈家林(武汉大学法学院教授、博士生导师,兼任中国刑法学研究会理事):第四章第六节至第十节、第十三节;

郭泽强(中南财经政法大学刑事司法学院副教授):第四章第十二节、第十五节至第十七节,第五章第八节;

吴振兴(武汉大学法学院教授、博士生导师、刑事法研究中心学术委员会主任):第五章第二节、第三节、第五节至第七节;

鲜铁可(最高人民检察院刑事申诉厅副厅长、法学博士):第六章第一节、第四节、第五节、第八节、第十节至第十二节;

柯良栋(湖北省公安厅党委副书记、副厅长,公安局局长):第六章第六节、第七节;

张军(中央纪委副书记,中国人民大学法学院教授、博士生导师,兼任中国刑法学研究会副会长):第六章第二十二节、第二十三节,第七章第一节、第二节、第六节、第七节;

康均心(武汉大学法学院教授、博士生导师,兼任中国刑法学研究会理事):第六章第二十四节、第二十五节,第八章;

许发民(武汉大学法学院教授、博士生导师,湖北省人民检察院副检察长):第七章第三节、第五节;

贾宇(西北政法大学法学院教授、博士生导师,兼任中国刑法学研究会副会长):第六章第二十节、第二十一节,第七章第四节。

本书撰写过程中,曾得到陈磊博士、赵志华博士的大力支持,博士生陈烨、靳宁为全书的校对做了大量的工作,在此谨表谢意。此外,北京大学出版社副总编蒋浩先生,对本书的出版极为关注,曾多次催稿,这也推动了本书稿的进程,这里一并致谢。

本书虽不是马先生的个人专著,但从指导思想到全书布局;从书名确定到个罪筛选;从编撰体例到技术规格,无不凝聚着马先生的心血。可以说,没有马先生,就没有本书的面世。

谨以此书敬祭马克昌先生的在天英灵!

《百罪通论》编委会

二〇一二年十二月三十日

目 录

上 卷

第一章 危害国家安全罪	0001
第一节 背叛国家罪	0001
第二节 武装叛乱、暴乱罪	0006
第三节 资助危害国家安全犯罪活动罪	0011
第四节 间谍罪	0016
第五节 为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪	0021
第二章 危害公共安全罪	0028
第一节 放火罪	0028
第二节 爆炸罪	0042
第三节 投放危险物质罪	0045
第四节 以危险方法危害公共安全罪	0050
第五节 破坏交通工具罪	0054
第六节 组织、领导、参加恐怖组织罪	0063
第七节 资助恐怖活动罪	0068
第八节 劫持航空器罪	0073
第九节 非法持有、私藏枪支、弹药罪	0081
第十节 丢失枪支不报罪	0092
第十一节 交通肇事罪	0103
第十二节 危险驾驶罪	0126
第十三节 生产、作业重大安全事故罪	0145
第十四节 生产设施、条件重大安全事故罪	0163
第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪	0175
第一节 生产、销售伪劣产品罪	0175
第二节 生产、销售假药罪	0185

第三节	生产、销售有毒、有害食品罪	0189
第四节	走私普通货物、物品罪	0194
第五节	虚报注册资本罪	0214
第六节	虚假破产罪	0220
第七节	非国家工作人员受贿罪	0226
第八节	伪造货币罪	0238
第九节	妨害信用卡管理罪	0246
第十节	非法吸收公众存款罪	0251
第十一节	内幕交易、泄露内幕信息罪	0259
第十二节	洗钱罪	0266
第十三节	集资诈骗罪	0282
第十四节	贷款诈骗罪	0296
第十五节	票据诈骗罪	0312
第十六节	信用证诈骗罪	0330
第十七节	信用卡诈骗罪	0345
第十八节	保险诈骗罪	0369
第十九节	逃税罪	0388
第二十节	虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪	0402
第二十一节	假冒注册商标罪	0413
第二十二节	假冒专利罪	0419
第二十三节	侵犯著作权罪	0425
第二十四节	侵犯商业秘密罪	0435
第二十五节	虚假广告罪	0448
第二十六节	合同诈骗罪	0455
第二十七节	组织、领导传销活动罪	0469
第二十八节	非法经营罪	0481
第二十九节	强迫交易罪	0493
第四章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	0503
第一节	故意杀人罪	0503
第二节	过失致人死亡罪	0517
第三节	故意伤害罪	0521
第四节	强奸罪	0534
第五节	强制猥亵、侮辱妇女罪	0549
第六节	非法拘禁罪	0556

第七节 绑架罪	0567
第八节 拐卖妇女、儿童罪	0591
第九节 组织残疾人、儿童乞讨罪	0602
第十节 诬告陷害罪	0609
第十一节 侮辱罪	0619
第十二节 诽谤罪	0625
第十三节 刑讯逼供罪	0630
第十四节 侵犯通信自由罪	0636
第十五节 暴力干涉婚姻自由罪	0641
第十六节 重婚罪	0649
第十七节 遗弃罪	0660

下 卷

第五章 侵犯财产罪	0675
第一节 抢劫罪	0675
第二节 盗窃罪	0719
第三节 诈骗罪	0769
第四节 抢夺罪	0818
第五节 侵占罪	0826
第六节 职务侵占罪	0846
第七节 挪用资金罪	0857
第八节 敲诈勒索罪	0871
第六章 妨害社会管理秩序罪	0880
第一节 妨害公务罪	0880
第二节 招摇撞骗罪	0898
第三节 破坏计算机信息系统罪	0910
第四节 聚众扰乱社会秩序罪	0925
第五节 编造、故意传播虚假恐怖信息罪	0931
第六节 聚众斗殴罪	0936
第七节 寻衅滋事罪	0941
第八节 组织、领导、参加黑社会性质组织罪	0948
第九节 赌博罪	0967
第十节 伪证罪	0972

第十一节	窝藏、包庇罪	0983
第十二节	掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪	0992
第十三节	组织他人偷越国(边)境罪	1010
第十四节	故意损毁文物罪	1019
第十五节	妨害传染病防治罪	1024
第十六节	非法组织卖血罪	1037
第十七节	医疗事故罪、	1047
第十八节	非法行医罪	1060
第十九节	污染环境罪	1069
第二十节	非法采矿罪	1076
第二十一节	盗伐林木罪	1080
第二十二节	走私、贩卖、运输、制造毒品罪	1083
第二十三节	非法持有毒品罪	1094
第二十四节	组织卖淫罪	1103
第二十五节	引诱、容留、介绍卖淫罪	1113
第二十六节	制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪	1117
第二十七节	组织淫秽表演罪	1128
第七章	贪污贿赂罪	1132
第一节	贪污罪	1132
第二节	挪用公款罪	1150
第三节	受贿罪	1167
第四节	利用影响力受贿罪	1191
第五节	行贿罪	1197
第六节	巨额财产来源不明罪	1205
第七节	私分国有资产罪	1213
第八章	渎职罪	1218
第一节	滥用职权罪	1218
第二节	玩忽职守罪	1229
第三节	徇私枉法罪	1240
第四节	民事、行政枉法裁判罪	1249
第五节	非法批准征用、占用土地罪	1254
索引		1263

第一章

危害国家安全罪

第一节 背叛国家罪

一、本罪的概念及特征

背叛国家罪,是指中国公民勾结外国,或者与境外机构、组织、个人相勾结,危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全的行为。本罪是由“背叛祖国罪”演变而来。1951年《中华人民共和国惩治反革命条例》第3条规定:“勾结帝国主义背叛祖国者,处死刑或者无期徒刑。”1979年《刑法》第91条规定:“勾结外国,阴谋危害祖国的主权、领土完整和安全的,处无期徒刑或者十年以上有期徒刑。”当时此条的罪名为“背叛祖国罪”。1997年《刑法》第102条第1款将该规定修改为“勾结外国,危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全的,处无期徒刑或者十年以上有期徒刑”,罪名改为“背叛国家罪”,因为原来条文中的“祖国”被“中华人民共和国”代替。我国《宪法》第28条规定:“国家维护社会秩序,镇压叛国和其他危害国家安全的犯罪活动,制裁危害社会治安、破坏社会主义经济和其他犯罪的活动……”可见,《宪法》将危害国家安全的犯罪置于其他各种犯罪之前,特别提出叛国罪即背叛国家罪,且将之置于危害国家安全罪之首。可见背叛国家罪是最严重、最危险的犯罪。

(一) 本罪的客体要件

本罪客体是中华人民共和国的主权、领土完整和安全,这已为许多学者所认同;但也有教材认为,本罪“侵犯的客体是中华人民共和国国家的安全”。^①在笔者看来,本罪属于危害国家安全罪的一种,它虽然侵犯了中华人民共和国的国家安全,但国家安全只是本罪的同类客体,而不是其直接客体。固然有些犯罪,主要由于行为方式的不同而互相区分,直接客体也就是同类客体,但本罪并非这种情况。因为《刑法》第102条明确规定本罪危害的是国家的主权、领土完整和安全,所以本罪应以国家的主权、领土完整和安全为直接客体,这才揭示出本罪客体的特殊性和严重危害性。

^① 高铭喧主编:《刑法学》(新编本),北京大学出版社1998年版,第259页。

所谓主权,是国家具有的独立自主地处理自己的对内和对外事务的最高权力。国家主权具有两方面的特性,即在国内是最高的,对外是独立的。对内的最高权力包括其对境内的人和物的属地优越权,以及对其国民的属人优越权。主权对外方面,表现为国家在国际社会的独立地位,不受任何其他国家的管辖和支配。主权是国家的固有属性,是构成国家的要素之一。一个地域虽有政府组织,如果没有主权,则只能是一个国家的省份或者属地。^① 主权包括立法权、司法权、行政权、外交权等方面。例如,在旧中国西方列强在我国某些大城市设有领事裁判权,其领事依照其本国法律审理在我国的侨民发生的案件,就侵犯了我国的司法权,亦即侵犯了我国的主权。

“国家领土是指隶属于国家主权的地球表面的特定部分”(奥本海的定义),它“包括一国的领陆、领水,领陆和领水之下的底土,以及领陆和领水之上的领空。……是国家的构成要素之一,是国家行使权力的空间范围”。^② 没有领土,也就没有国家的存在。领土完整指我国领土的不容分割或侵占。

这里所谓的“安全”,如何理解,观点有所不同。一种观点认为,这里的“安全”,“仅指军事安全,不是广义的国家安全”。^③ 另一种观点认为,“这里所说的‘安全’,是指除国家主权、领土完整以外的关系到中华人民共和国整体稳定存在与发展的保障”。^④ 我们认为,军事安全当然是国家安全的重要内容,但这里的“安全”并非从军事、政治、经济等方面而言的,所以第一种观点值得研究。第二种观点对“安全”作了概括的解释,但过于抽象,难以掌握。在笔者看来,这里所说的“安全”,是领土的安全,即领土的不可侵犯性。例如,国外飞机侵入我国领空进行侦察,就侵犯了我国的领土安全。

主权和领土是构成国家的要素,侵犯我国的主权、领土完整和安全,即侵犯了我国作为国家的存在。所以,背叛国家罪是危害国家安全罪中最严重的犯罪。

(二) 本罪的客观方面

本罪的客观方面是勾结外国或者与境外机构、组织、个人相勾结,危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全的行为。这种行为包含两方面的内容:一是勾结外国或者与境外机构、组织、个人相勾结;二是危害中华人民共和国的主权、领土完整与安全。两者密切相连,前者是后者的手段,后者是前者的直接目的。“这两个行为必须同时具备,才能构成本罪。”^⑤

① 参见周鲠生:《国际法》(上册),武汉大学出版社2009年版,第64页;邵津主编:《国际法》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第36页。

② 夏征农主编:《辞海》缩印本(音序),上海辞书出版社2002年版,第1049页。

③ 周道鸾等主编:《刑法罪名精释》,人民法院出版社2007年第3版,第32页。

④ 王作富主编:《刑法》,中国人民大学出版社1999年版,第243页。

⑤ 胡康生、郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2004年第2版,第97页。

第一,勾结外国或者与境外机构、组织、个人相勾结。首先,如何理解“外国”,观点也不一致。一种观点认为,“这里的‘外国’,是指外国政府、外国政党以及敌视、破坏我国社会主义制度的外国敌对势力”。^① 第二种观点认为,这里的“外国”,指外国官方机构,如政府、军队和其他国家机构,以及这些机构在我国的代表机构如外国政府驻我国的使馆、领馆等,而且包括外国的政党组织、社会团体及其他组织,如外国的公司、企业组织,还包括外国的个人,即与外国官方机构、组织无关的纯粹以个人身份出现的人。^② 可以看到,二者的差别主要在于“外国”是否也指外国的个人。笔者认为,《刑法》第102条第1款虽然仅仅规定了“外国”,但第2款规定“境外机构、组织、个人”。从第2款的规定看,“外国”应当不仅指外国的机构、组织,也应当指外国的个人。其次,“境外机构、组织、个人”如何理解,观点上也有分歧。一种观点认为,“这里所说的‘境外机构’,是指中华人民共和国边境以外的国家或者地区的官方性组织;‘境外组织’,是指中华人民共和国边境以外的国家和地区的社会性团体等;‘境外个人’,是指外国公民、无国籍人士以及外籍华人等”。^③ 另一种观点认为,“境外机构、组织、个人”是指“台湾等地区的官方机构、非政府组织和个人。香港、澳门虽然分别于1997年7月1日和1999年12月回归祖国,但在目前情况下仍可视为‘境外’。与某些国际组织勾结,应视为‘勾结外国’,不是这里的‘勾结境外机构、组织’。对‘境外机构、组织、个人’更不应笼统地解释为‘中华人民共和国边境以外的国家和地区的官方性组织、社会性团体及外国公民、无国籍人、外籍华人’”。^④ 笔者认为,第一种观点值得商榷。因为按照它的解释,境外就是中华人民共和国边境以外的国家或地区,而边境以外的国家就是外国,这就将《刑法》第102条第1款规定的“外国”包括进去,这样该款的规定便是多余的规定。再者,将境外解释为边境以外的地区与立法原意也不相符。境外,在词语上虽可解释为边境以外的地区,但这里不是泛指,而是特指我国台湾、香港、澳门地区。这是根据当前的实际情况作的规定,至于台、港、澳以外的地区则属于“外国”的范围。因而在笔者看来,第二种观点是正确的。简言之,境外机构、组织和个人,是指我国台湾、香港、澳门地区的机构、组织和个人。

“勾结”在语义上,指“为了进行不正当的活动暗中互相串通、结合”。^⑤ 在这里,“勾结”,指行为人与外国或境外机构、组织、个人进行联络、密谋、串通、结合。勾结的具体方式是多种多样的,可以是主动与对方联络,争取支持;也可以是接受对方

① 孙国祥主编:《刑法学》,科学出版社2002年版,第288页。

② 参见周道鸾等主编:《刑法罪名精释》,人民法院出版社2007年第3版,第32页。

③ 胡康生、郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2004年第2版,第98页。

④ 周道鸾等主编:《刑法罪名精释》,人民法院出版社2007年第3版,第32页。

⑤ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》第5版,商务印书馆2005年版,第481页。

要求,与之合作,具体的方式如何,不影响本罪的构成。但勾结必须表现为行为,否则,只有勾结的意图而未付诸行动的,不能认为是勾结。

第二,危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全。这是勾结外国或境外机构、组织、个人的特定内容。否则,如果勾结外国是为了走私、贩毒,则会构成其他犯罪,而不构成本罪。危害国家主权,例如擅自允许外国在我国享有司法权,擅自允许外国军队进驻我国等。危害领土完整和安全,例如,擅自将我国的领土割让给外国,或者策动外国军队对我国发动武装进攻等。需要指出,本罪是行为犯,构成本罪并不要求实际发生了危害我国主权、领土完整和安全的结果,只要就危害我国主权、领土完整和安全实行勾结外国或境外机构、组织、个人的行为,即构成本罪。

(三) 本罪的主体要件

本罪的主体是特殊主体,即年满 16 周岁具有刑事责任能力的中国公民,外国人不能成为本罪的实行犯,只可能成为本罪的共犯(教唆犯、从犯、胁从犯)。

具体到什么人能成为本罪的主体,则存在不同意见。一种意见认为:“本罪的主体……通常是在党和国家机构中具有较高地位和较大政治影响的人,普通公民一般没有实施上述背叛国家行为的能力和条件。”^①第二种意见认为,由本罪行为的性质决定,能够实施背叛国家罪的人一般是本国掌握党、政、军权力的人物,但并非绝对如此,有些行为,普通中国公民也可以成为本罪的主体。^②笔者认为,第二种意见是妥当的。的确,许多背叛国家的行为,只有掌握国家实权的人才可能实施,例如,与外国签订条约,割让土地;承认外国在本国行使司法权,一般公民是不可能实施的;但并非任何背叛国家的行为一般公民都不可能实施,例如勾结外国军队,使之对我国发动进攻,一般公民即可能实施;而且《刑法》第 102 条也未对本罪的主体作限制性规定,所以,不应排除一般公民可能成为本罪的主体。据此,应当说在通常情况下,能够成为本罪主体的人,主要是在党和国家机构中具有较高政治地位和较大政治影响的人;但在一定条件下,一般公民也可能成为本罪的主体。

(四) 本罪的主观方面

本罪的主观方面为故意,对此没有异议;但对以下两个问题,则存在争论:

第一,本罪的故意只能是直接故意或者也可能是间接故意?对此有两种意见:一种意见认为:“本罪在主观方面表现为直接故意。这一点毫无疑问。”^③第二种意见认为:“本罪主观方面由故意构成,即明知自己勾结外国或者境外机构、组织、个人实施的行为会危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全,而希望或者放任这

① 孙国祥主编:《刑法学》,科学出版社 2002 年版,第 288 页。

② 参见周道鸾等主编:《刑法罪名精释》,人民法院出版社 2007 年第 3 版,第 33 页。

③ 于志刚主编:《危害国家安全罪》,中国人民公安大学出版社 2003 年版,第 76 页。

种危害结果的发生。”^①这里提到“放任”，意味着本罪也可以由间接故意构成。笔者赞同第一种意见，即本罪只能由直接故意构成。理由是：本罪是由原来的阴谋背叛祖国罪演变而成，阴谋背叛祖国罪，过去均认为主观方面由直接故意构成，由此演变而成的背叛国家罪自然也应作同样的认定。

第二，本罪是否应当具有危害国家的目的？对此也有两种意见：一种意见认为，本罪“具有危害国家安全的目的”^②，或者说，本罪“具有危害中华人民共和国主权、领土完整和安全的目的”。^③另一种意见认为：“背叛祖国罪同其他‘反革命罪’一样，在犯罪构成要件上要求行为人具有‘反革命的目的’。由于前面已经对‘反革命目的’要件如何不适应新的形势作出了说明，所以这里不再重复。总之，新刑法典对这种犯罪行为（按指背叛国家罪——引者）不再把‘反革命目的’作为构成要件。”^④这里所说的“反革命目的”，也就是第一种意见所说的“危害国家安全的目的”。笔者赞同第二种观点。理由是：1979年《刑法》的“反革命罪”一章首先规定了“反革命目的”，因而本章各个反革命罪，都以具有反革命目的为必要。1997年修订刑法时，根据国家社会情况的变化，将“反革命罪”修改为“危害国家安全罪”，同时取消了“反革命目的”的规定，而未改为“危害国家安全的目的”，因而背叛国家罪也就不以“危害国家安全的目的”为构成要件。

二、本罪的认定

（一）本罪是不是阴谋犯

1979年《刑法》中的“背叛祖国罪”，条文规定了“阴谋危害”，1997年刑法将“背叛祖国罪”修改为“背叛国家罪”时，将“阴谋”删去，只保留“危害”，因而引起本罪是不是阴谋犯的争论。肯定说认为：“尽管本条删去了‘阴谋’一词，在理论上仍然将本罪理解为阴谋犯为好。”^⑤还有学者明确提出：“本罪是阴谋犯，即只要与外国勾结进行密谋、策划，意欲危害我国的主权、领土完整与安全，就足以构成本罪。”^⑥否定说认为：“1979年刑法典对这种犯罪客观行为表述是‘阴谋危害’。所谓‘阴谋危害’，是密谋策划危害之意，只要有勾结外国进行谋划的行为即可构成犯罪。但如果行为人的行为已超出谋划阶段而进入具体的实施阶段，则对该行为不宜定性为‘阴谋危害’，否则与语言习惯不符。可见，‘阴谋危害’改为‘危害’，则包括了各个阶段的犯罪行为，对于‘阴谋危害’的，可以作为背叛国家罪的预备行

① 周道鸾等主编：《刑法罪名精释》，人民法院出版社2007年第3版，第33页。

② 王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社1999年版，第244页。

③ 孙国祥主编：《刑法学》，科学出版社2002年版，第288页。

④ 赵秉志主编：《新刑法典的创制》，法律出版社1997年版，第148页。

⑤ 陈兴良：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997年版，第212页。

⑥ 张穹主编：《新刑法罪与非罪此罪与彼罪的界限》，中国检察出版社1998年版，第1页。

为来处理。”^①笔者认为,否定说是正确的。因为1997年修订《刑法》时,在“背叛国家罪”中已将“阴谋”一词删去,就不应再说本罪是阴谋犯。理由是所谓阴谋犯均为在《刑法》分则条文明文规定“阴谋”才能成立,否则不能称为阴谋犯。例如《日本刑法》分则条文中规定了三种阴谋罪,条文中均规定有“阴谋”一词;此外,条文中未规定“阴谋”一词的,均未称为阴谋罪。如果条文中未规定“阴谋”一词,却要理解为阴谋犯,也有悖于罪刑法定原则。

(二) 本罪既遂的认定

如前所述,本罪是行为犯,不以发生危害国家主权、领土完整和安全的结果为既遂要件。行为人只要着手实行以上述危害为内容勾结外国或境外机构、组织、个人的行为,即构成本罪的既遂。如果阴谋或准备勾结外国或境外机构、组织、个人,而因意志以外的原因未付诸实行的,构成本罪的预备犯;行为人自动中止未付诸实行的,构成本罪的中止犯。上述情况,均不宜认为构成本罪的既遂。

三、本罪的处罚

根据《刑法》第102条、第113条的规定,犯本罪的,处无期徒刑或者10年以上有期徒刑;对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的,可以判处死刑,可以并处没收财产。根据《刑法》第56条的规定,犯本罪的,应当附加剥夺政治权利。

第二节 武装叛乱、暴乱罪

一、本罪的概念及特征

武装叛乱、暴乱罪,是指组织、策划、实施武装叛乱、武装暴乱或者策动、胁迫、勾引、收买特定人员进行武装叛乱、武装暴乱的行为。

本罪是1997年《刑法》规定的罪名,但其规定的内容却有其历史的渊源。远的不说,新中国建立初期的《惩治反革命条例》曾分别规定了阴谋、实行武装叛乱罪和武装暴乱罪。1979年《刑法》分别规定了策动叛变、叛乱罪(第93条)、持械聚众叛乱罪(第95条)和组织、领导反革命集团罪(第98条)。1997年修订的《刑法》,根据新的情况,对1979年《刑法》的规定作了重大修改:不仅在文字上有增删,而且将原来的几个条文合并为一个条文,相应地将罪名改为“武装叛乱、暴乱罪”。

(一) 本罪的客体要件

本罪的客体是什么,学者们的意见还不一致:甲说认为:“本罪侵犯的客体是人

^① 赵秉志主编:《新刑法典的创制》,法律出版社1997年版,第149页。

民民主专政的政权。”^①乙说认为:“本罪的客体是国家的安宁、稳定。”^②丙说认为:“本罪的客体是中华人民共和国的国家安全。”^③丁说认为:“本罪侵犯的客体是复杂客体。既侵害我国人民民主专政的政权,又同时侵害国家和人民的财产安全以及公民的人身安全,但主要侵害的是我国人民民主专政的政权。”^④在笔者看来,甲说抓住了本罪客体的主要内容,应予肯定;但不够全面,有待补充。乙说也有一定道理,不过“国家的安宁、稳定”,只是本罪自然产生的影响,而不是本罪所要侵犯的客体。丙说所揭示的是本罪的同类客体,而未揭示本罪的直接客体。须知本罪虽然也侵犯国家安全,但它直接侵犯的却另有所指,因而需要将“国家安全”具体化。丁说既揭示了本罪的主要客体,即我国人民民主专政的政权,同时揭示了本罪的次要客体,即国家和人民的财产安全以及公民的人身安全;论述比较全面,符合本罪实际。因为武装叛乱、暴乱,虽然主要指向我国人民民主专政的政权,但同时总会伴随杀人、伤害、放火、抢劫等暴力活动,因而我们赞同丁说的表述。

(二) 本罪的客观方面

本罪的客观方面表现为组织、策划、实施武装叛乱、武装暴乱或者策动、胁迫、勾引、收买特定人员进行武装叛乱、武装暴乱的行为。可以看到,本罪的客观方面表现为两种形式,现分别阐述如下:

1. 组织、策划、实施武装叛乱或者武装暴乱

武装是指“用武器来装备”^⑤,就本罪而言,指行为人在实施犯罪行为时携带、使用枪炮、梭镖、棍棒等武器。需要说明,这里所谓武装,是就行为人犯罪活动整体而言的,并非要求行为人每个人都携带、使用武器,只要其中一部分人携带、使用武器,即可成为这里所说的武装。“所谓‘武装叛乱’,是指以投靠境外组织或境外敌对势力为背景,或者意图投靠境外组织或境外敌对势力,而采取武装对抗的形式,反叛国家或者政府的行为。所谓‘武装暴乱’,是指采取武装的形式,进行暴力骚乱,与国家和政府对抗的行为。”^⑥武装叛乱与武装暴乱有共同点,也有区别。二者的共同点在于:① 都有武装,即不论武装叛乱或武装暴乱,均要求行为人实施犯罪活动时携带、使用武器;否则,如果行为人只是徒手进行活动,或者个别人临时使用砖头乱扔,不构成本罪。是否构成其他犯罪,应根据具体情况认定。② 都归结为一个“乱”字:叛乱、暴乱都归结为“乱”,即,使用打、砸、抢、烧、杀等暴力手段进行骚乱,其表现形式是多种多样的,例如,冲击国家机关,占领政府机构、电视台、交通

① 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(最新修订),中国法制出版社2007年第2版,第338页。

② 孙国祥主编:《刑法学》,科学出版社2002年版,第291页。

③ 高铭喧、马克昌主编:《中国刑法解释》,中国社会科学出版社2005年版,第930页。

④ 周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释》,人民法院出版社2007年版,第38页。

⑤ 《现代汉语词典》(2002年增补本),商务印书馆2002年修订第3版,第1336页。

⑥ 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(最新修订),中国法制出版社2007年第2版,第388页。