

刑法学讲座之二

罪 刑 各 論

王作富 赵长青

第六期全国法律专业《刑法学》师资进修班
南政法学院刑法教研室

一九八五年四月

刑法学讲座之二

罪 刑 各 论

中国人民大学法律系刑法教研室 王作富
西南政法学院刑法教研室 赵长青

(根据录音整理 未经本人审阅)

第六期全国法律专业《刑法学》师资进修班
西南政法学院刑法教研室

——一九八五年四月印

说 明

司法部于一九八四年九月至一九八五年一月，在西南政法学院举办第六期全国法律专业《刑法学》师资进修班。根据该进修班教学内容汇编的刑法学讲座分以下几辑：1.刑法学总论；2.刑法学罪刑各论；3.《刑法学》问题解答与执行刑法中的若干问题；4.比较刑法研究；5.国外刑法；6.中国刑法史（已另由群众出版社出版、发行）。

本辑《刑法学罪刑各论》，系中国人民大学法律系刑法教研室王作富同志、西南政法学院刑法教研室赵长青同志（以讲授先后为序）讲授，由西南政法学院刑法教研室的同志根据录音整理，未经本人审阅，仅供内部参考。

第六期全国法律专业《刑法学》师资进修班

西南政法学院刑法教研室

一九八五年四月 重庆

《刑法学》罪刑各论目录

第一讲	关于刑法分则研究中的几个问题·····	王作富 (1)
第二讲	反革命罪·····	王作富 (20)
第三讲	危害公共安全罪·····	王作富 (61)
第四讲	破坏社会主义经济秩序罪·····	王作富 (99)
第五讲	侵犯公民人身权利、民主权利罪·····	王作富 (144)
第六讲	侵犯财产罪·····	赵长青 (204)
第七讲	妨害社会管理秩序罪·····	赵长青 (278)
第八讲	妨害婚姻、家庭罪·····	赵长青 (359)
第九讲	渎职罪·····	赵长青 (383)
第十讲	军人违反职责罪·····	赵长青 (432)

第一讲 关于刑法分则研究中 的几个问题

大家知道,刑法分为总则与分则两大部分,这两部分是紧密联系、相辅相成的。我们在学了刑法总则后,紧接着便要学习分则。这就有必要了解学习刑法分则的意义何在。大家给学生讲课。也需要讲明学习刑法分则的意义。关于这个问题,我想简单地说一下,这就是我们掌握了刑法总则的基本原理、原则,固然是很重要的。但是,从某种意义上讲,更重要的还是需要掌握刑法分则。因为总则主要解决的是有关刑法的适用以及定罪判刑的一般原理、原则,是普遍性的问题。但是矛盾的普遍性是寓于特殊性之中的。而且,现实生活中的刑事案件是具体的。处理案件的任务,也就是要解决一个人到底是否犯了罪、犯的是什么罪,应该对被告人给予什么样的惩罚。这是需要我们解决的很具体的问题。这些具体的问题要靠刑法分则来解决。因为分则就是规定哪些具体的行为是犯罪以及每一种犯罪应该判处什么样的刑罚。毛主席在《矛盾论》中讲了认识矛盾的普遍性的意义之后接着指出:“尤其重要的,成为我们认识事物基础的东西,则是必须注意它的特殊性”。“如果不研究矛盾的特殊性,就无从确定一事物不同于他事物的特殊的质,就无从发现事物运动

发展的特殊的原因，或特殊的根据，也就无从辨别事物，无从区分科学研究的领域”。所以，只有学好分则，才能掌握犯罪与刑罚的特殊性，也只有这样才能掌握区分罪与非罪界限的具体标准，才能做到正确量刑。同时，对分则的研究又有助于加深对总则中有关原理的理解。在这方面的意义，我不多讲，大家可以思考。

刑法公布以来，全国经过法制的宣传，广大司法干部与理论工作者对刑法进行了比较充分的研究。可以说，刑法研究的深度和广度大大超过了“文化大革命”以前。理论研究的成果很丰富，出版了许多教材、发表了很多论文。但是，在研究中，我们发现还有许多问题有争论，大家的认识还不很统一，有待于进一步研究。我感觉到，在涉及刑法分则的研究中。存在着这样或那样的观点，其中涉及到刑法分则的一些一般性问题。如何解决这些分歧、统一大家的认识、求得问题的解决。这需要大家努力。我想就根据当前存在的分歧问题，提出几点，供大家参考。

我认为有以下几个问题值得我们注意。这些问题解决好，有助于消除一部分分歧，也有助于正确执行法律，正确地定罪判刑。

一、总则与分则的关系

提出这一问题，似乎有点多余。因为大家都知道，总则解决一般的原理、原则，分则解决具体的犯罪与具体的判刑幅度，执行分则的规定不能违反总则确定的基本原则。但是，我认为，在理论上与实践中出现的某些分歧，涉及到两者的关系。在我看来，在对某些问题的讨论中，有些观点却

恰恰违背了总则制约分则的原则。下面我举几个具体的例子来说明这一问题。

大家知道，刑法第十条对犯罪下了一般的定义。根据这一定义，一切犯罪都是危害社会的、违反刑法的、应受刑罚惩罚的行为。在这一定义中，社会危害性是犯罪的带有决定性的、本质特征。而分则规定了各种各样的具体犯罪及其构成要件。应该说分则的犯罪构成是以总则的犯罪概念为基础的，是第十条的犯罪概念的具体化。换句话说，刑法分则规定的具体的犯罪构成是以犯罪的社会危害性为基础的。不能把分则的规定看成是形式的，没有实质内容的东西。因此，分则的任何犯罪的构成都是同社会危害性不可分割的。分则的罪状描述了各种犯罪的主观和客观要件。但是，我们决不能认为，只要形式上符合这些特征就具备了犯罪构成，因而也就构成了犯罪，而是必须达到一定的危害程度，才能认为是犯罪。因此，对每一行为定罪量刑，都必须以一定的社会危害性为基础，脱离了社会危害性就谈不上犯罪构成。这就是总则的犯罪概念与分则的犯罪构成的关系。与此相联系，在理论上与实践中就提出了一个问题：既然犯罪构成总是以社会危害性为基础的，总是要达到一定的危害程度才能定罪判刑，但是，我们知道，分则有一部分条文不仅指明了某罪的构成要件，而且还明确规定是“情节严重”、“情节恶劣”、“数额较大”才能构成犯罪，而多数条文却未作这样的要求。有人便提出，写明的“情节严重”、“情节恶劣”是否犯罪构成的要件？是属于哪一种要件？对此，有两种不同的看法。

一种观点认为，如果写上了“情节严重”、“情节恶

“劣”就是构成要件，没有写明则不是构成要件、不能按这种犯罪处刑。另一种观点则认为，写上“情节严重”、“情节恶劣”并不意味着是构成要件。后一种观点的理由是：①如果说写上了“情节严重”、“情节恶劣”就是构成要件，不写就不是构成要件，就会得出这样的结论，即没写上“情节严重”的条文就意味着不需要情节严重。但是，显然我们处理案件是不能不考虑情节的。②如果说写上了“情节严重”就是要件，那么它是哪一种要件呢？是归于客体、主体还是归于客观方面的要件呢？有的书上把“情节严重”归为客观要件。但是，这种归法也成问题。因为“情节严重”、“情节恶劣”并不只是指客观方面，也还包括主观情节即动机、目的等，应该说是主、客观因素的综合情节。把这列入客观要件显然不妥。

对于这一问题，我的看法是，还是应该从犯罪的一般概念来理解。刑法第十条明文规定情节显著轻微、危害不大的不认为是犯罪。这一原则是适用于所有案件、所有条文的。这就是说，我们在处理案件、执行任何一个分则条文时，都应考虑其违法的情节、其社会危害性，决不能说条文写了“情节严重”就需要考虑“情节严重”，没有写就不需要考虑“情节严重”。试举一例：刑法第185条所规定的受贿罪，法律并未写国家工作人员利用职务收受贿赂，“数额较大”才构成犯罪，而刑法第151条则写明盗窃、诈骗、抢夺公私财物“数额较大”按该条处罚。那么，是否说处理盗窃、诈骗、抢夺等案件需要考虑数额，处理受贿案件则不需要考虑数额呢？能否说受贿三、五十元钱也要判罪？显然不能。再如：第151条规定了“数额较大”，而第155条对贪污罪却未

这样写明，能否说，贪污公款的，不论数额多少都应判罪呢？显然不能这样认为。因此，从这个角度来说，不管条文是否写明“情节严重”，我们都应考虑情节是否严重，可以说，这是总则第十条规定的犯罪概念所要求的。没有相当的情节就达不到相当的危害程度，也就构不成犯罪。

那么，为什么有的条文写明“情节严重”，而有的条文却不写呢？我认为，这是一个立法技术问题。而且，这种立法技术也是我国特有的。在其他国家的法律中几乎见不到有关于“情节严重”、“情节恶劣”的规定。写上“情节严重”、“情节恶劣”等是考虑到在实践中，有些犯罪发案率高，即是常见罪，为了控制打击面，提醒司法人员注意处理案件的政策界线，不要把打击面搞得过宽，这是一种考虑。另一种考虑是有些犯罪涉及到违反刑法与违反行政法规之间的关系问题，也就是涉及到犯罪与一般违法的界限问题。如：走私、投机倒把就涉及到违反刑法还是违反海关法、工商管理法规的问题。对此类案件就需要掌握情节是否严重的问题。情节严重的按犯罪处理，不严重的由有关行政部门处理。对此类犯罪，在条文上标明一下“情节严重”等，便从立法标明了—一个区分犯罪与一般违法行为的界限，这样有助于执行法律。但是，决不能说其他条文没有标明“情节严重”等，就不需考虑情节是否严重。正如刑法分则有四个条文写明严禁，即严禁刑讯逼供、严禁聚众打、砸、抢、严禁诬告陷害、严禁非法拘禁，能不能据此得出结论：其他犯罪行为就不严禁呢？显然不能。之所以写明严禁，无非是因为这四种行为在“文革”中频繁发生，造成了很大危害，广大群众迫切要求依法禁止这些行为，不允许此类情况再发

生。而立法则表达了群众的愿望，规定了严禁这四种行为，这是很有针对性的，决不能理解为其他条文就不严禁。我想，道理是一样的。

关于涉及到总则与分则的关系问题，再举一例。刑法第64、65、66条规定了数罪并罚，特别是第64条规定的数罪并罚的方法，是适用于一切数罪并罚情况的。不管犯什么罪，只要是数罪并罚，就应受第64条的约束，不应有例外。但是，在讨论到第161条关于脱逃罪之“加处”时，却有人提出，总则的数罪并罚规定，在分则中可以有例外。甚至说，刑法总则规定，数罪并罚有期徒刑最高不超过二十年不适用于脱逃的案件。他们认为，在脱逃案中，第161条规定的“加处”就是不折不扣的相加，如果是数罪并罚，可以超过二十年有期徒刑。另一种意见则认为，第161条的“加处”不意味着不折不扣的相加。前一种理解的理由是如果不相加，就不能严厉打击脱逃犯。按照这种理解，比如某个犯罪分子被判处二十年有期徒刑，又逃跑被判五年，就可以加判到二十五年。我认为这涉及到总则与分则的关系问题。我觉得总则的数罪并罚原则在分则中不能突破。即使原来的罪被判二十年有期徒刑，刚关起来又脱逃，又判了五年。并罚后也不能超过二十年。主张“加处”就是相加，显然是否定了刑法总则规定对分则的约束性。如果说“加处”就是相加，那么就可以作出这样的结论，即条文没有写“加处”的就不需这样相加。这样，我们就要试问：刑法分则规定的组织越狱罪，条文并未写“加处”，而在脱离监管场所这一点上，脱逃与组织越狱并无不同，能否说对脱逃要不折不扣地加处，而组织越狱罪则不需要甚至不应该一概不折不扣地相加呢？

如果是这样，显然很不合理。因为反革命越狱罪比脱逃罪在性质上要严重得多，为什么对后者要不折不扣地加处，而对前者却反而只能按一般的数罪并罚方法处理呢？这是不合理的。所以我认为，碰到这种问题时，必须执行总则的规定，按照第64条的规定处理。

再举一例，大家知道，刑法第186条规定的泄露机密罪，未写明罪过形式，对此罪到底是只能由故意还是也可以由过失构成，存在分歧。第一种意见认为，故意与过失都可以构成泄密罪，统编教材就是主张这种观点。第二种观点，包括我们教研室的意见，是主张泄密是指故意泄密，不包括过失。之所以这样认为，是因为刑法总则第12条第2款的规定应该适用于所有分则条文，即没有规定处罚过失行为的，就不能处罚。换言之，我国刑法是以处罚故意为原则。没有写明处罚过失就只能处罚故意。前一种意见的理由是，刑法第186条没有写明过失可以构成泄密罪，这是立法技术问题。我们认为，处罚过失泄密行为未偿不可，但不能按泄密罪处罚。说刑法第186条没有规定“过失泄密罪”是立法技术问题，没有法律根据。有人认为过失泄密罪过去的法律有过规定，因而应作为处罚“过失泄密罪”的根据。我们认为在立法者没有作出正式解释前，没有理由认为这是立法技术问题，没有理由认为立法者不是对过去处罚过失泄密作了修改。破坏军婚罪不就作了修改吗！过去认为只要有通奸行为就可以构成，但现在却规定只有同居与结婚才能构成。当然，关于过失泄密没有规定，到底是作了修改还是立法上的疏忽，应由立法者作出解释。在没有解释前，我们遵守总则第12条的规定。否则，如果以过失泄密罪判决，律师就可能

在法庭上提出，如何解释第12条第2款的问题，这就很难回答，总不好回答是立法技术问题吧！如果在涉及总则与分则的重大原则问题上，可以借口立法技术问题作出与总则相矛盾的解释，那就会给规避法律的人制造借口、违背法律而滥用刑罚，这对提倡严格依法办事是不利的。这是个人的看法，仅供大家参考。

总之，我认为维护总则的基本原则，对于加强严格依法办事观念有着重大意义。上述问题在有权机关作出有权解释之前，只有正确处理总则与分则的关系才能正确解决。

二、关于刑法分则条文之间的关系

要正确定罪，就要分清罪与非罪、罪与罪的界限，这是两个原则性的界限。为此，常常需要对分则某些条文进行比较研究，只有这样，才能搞清不同条文之间的关系。也只有这样，才能搞清楚某个条文的真正含意与此条与彼条的区别，才能对案件作出正确的处理。

在研究分则条文时，有哪些关系要处理好呢？我认为如下两个问题应注意：

（一）法规竞合或称法条竞合的关系

法条竞合比较复杂，在我国研究还不充分。所谓法条竞合又称法规竞合指的是一个条文与另一个条文之间有着部分与整体关系或者逻辑上的从属关系。它不属于数罪，而是两个条文的关系，遇到这种情况，触犯了一个条文就必然触犯了另一个条文。因此，它与数罪并罚有着原则性的区别，它是两个条文间的重合或交叉，要解决的问题是对某一行为适用哪一条文，而不是数罪并罚。例如《惩治军人违反职责罪条例》就

存在法条竞合问题。也就是说,军人泄露了军事机密,既触犯了《条例》也触犯了《刑法》中的泄密罪。因为军事机密可以作为国家机密,也就是说前者是后者的一部分。这样就产生了当军人泄露国家机密时,到底按照哪一条处罚,即是按刑法第186条处罚,还是按《条例》处理的问题。

一般地说,法规竞合有两种形式:一种是刑法条文与其他单行法规条文的重合,如刚才讲的军人泄密罪就属这种情况。另一种是刑法分则内部一个条文与另一个条文的重合,如招摇撞骗罪(166条)与诈骗罪(151、152条)之间的重合。前者按照特别法优先于普通法的原则,一般容易解决,但后者却比较复杂、问题更值得研究。

解决法条竞合关系的一条重要原则是,当普通法与特别法竞合时,特别法优于普通法,按照特别法定罪量刑。如军人泄露军事机密的,第186条是普通法,而《条例》是特别法,这样就按《条例》即特别法来处理,而不按第186条即普通法的规定处理。但是,我想提出一个问题,即除此原则之外,还有没有其他可以遵循的原则呢?为了回答这个问题,让我们先看一看刑法第166条的招摇撞骗罪与刑法第151、152条的诈骗罪之间有没有重合关系。我认为这两条有重合关系,也就是说招摇撞骗包括有冒充国家工作人员身份诈骗财物。就诈骗财产这一点来说,第166条中的骗取财物是包括在后者之中的。即是说,诈骗罪的手段可以是多种多样的,如伪造证件、冒充身份等等。因此,从广义上讲,可以把招摇撞骗看作诈骗的一部分,两者存在部分与整体的关系。这就是两者之间的重合关系。我们可以认为第166条是特别法,第151与第152条是普通法。按照一般原则,特别法优于普

通法，那么，冒充国家工作人员诈骗财物的，在一般情况下，应该按第166条定招摇撞骗罪而不定诈骗罪，因为刑法已把它从诈骗罪中分离出来，作了特殊规定。但是，如果我们再进一步看看这两个条文，就会发现一个问题、产生一个矛盾。第152条规定诈骗财物数额巨大的判处五年以上、十年以下有期徒刑，又规定情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，而第166条规定的招撞骗罪，情节严重的处三年以上十年以下有期徒刑，法定最高刑只有十年。这两个条文法定刑相差很大。如果只能按照上述一个原则处理，就会产生这样的情况：假定某人冒充国家工作人员，诈骗的财物数额特别巨大，情节特别严重，最高只能判处十年有期徒刑。而用其他方法骗取财物，数额、情节一样，按第152条则可判无期徒刑。比较以上两种情况，就不难看出，对前者的处罚过轻，不能做到罚当其罪，不利于有力打击重大的犯罪分子。但是，如果对前者按152条判，是否违反了特别法优于普通法的原则？应该如何解释？

我主张应该确立另一条原则，即重法优于轻法的原则。即如果形式上看来符合特殊法的规定，但是由于情节特别严重，又符合普通法的规定，我认为可以按照普通法即重法来判。因为第166条没有规定情节特别严重，而这却规定在第152条中。有的同志不同意这种看法。理由是：既然立法已经把招摇撞骗从诈骗罪中分离出来作了单独规定，就不能说有的招摇撞骗按第166条判，有的招摇撞骗则按152条的诈骗罪来判。否则就等于给了司法机关很大的权利，可以随意改变罪名。它认为严重就可以定诈骗，它认为不严重就定招摇撞骗。我认为，司法工作人员执行法律不能为了加重处罚一

个人而把其罪名改变为另一个罪名，不能为了加重处罚而随意改变罪名。但是，在法条竞合时情况则有所不同。因为既然是竞合，就证明两者之间有着一种内在的联系，有其本质相同的方面。它们之间有相通的东西。如果两个罪名之间毫无内在联系，毫无本质相通之处，硬要把一个罪名改变为其风马牛不相及的罪名，这是绝对不能容许的。比如把一个抢夺案硬要改为抢劫案，这就显然是错误的，因为两者在手段上有着重大差别。而在竞合情况下的两种罪有着部分与整体的关系、有着本质共同之处，按重罪处理并不违反按罪量刑原则，也不冤枉被告。所以，我认为当普通法与特别法竞合，而前者的处罚轻于后者时，如果被告人的行为符合普通法重法的条件，允许采用重法优于轻法原则，在一定程度上可以防止重罪轻判现象。当然，这是我个人的意见，也许不成熟，也可能是错误的，愿提出来请大家研究。

与上述条文相类似的，大家还可以研究一下投机倒把罪与第164条制造、贩卖假药罪之间的关系。制造贩卖假药同投机倒把有很多共同之处，因为投机倒把也包括粗制滥造、以假充真、以次顶好，而且，投机倒把也包括贩卖；两者也都是以营利为目的。所不同的是投机倒把可以是制造、贩卖生产资料、生活资料，而第164条所指的只是假药。从广义上来说，制造、贩卖假药也可以属投机倒把。但两者的法定刑相差很大。投机倒把罪现在可以判死刑，而制造贩卖假药至多只能处七以下有期徒刑。法定刑相差是如此之大，那么，如果制造贩卖大量假药，获取了巨额暴利，甚至严重危害了人民的健康和生命，只判处七以下有期徒刑，而一般的投机倒把严重的可以杀头，有什么理由对前者比一般的投机倒把罪

处罚轻那么多呢？要解决这一矛盾，只有采取重法优于轻法的原则，按照投机倒把罪处罚，才能罚当其罪。河南省判过一个案子，制造假药，数量很大，销售至全国很多地方，最后发现是假药。这种案件可否定投机倒把？此案法院判的是十四年有期徒刑，而按第164条最多只能判七年。显然，法院是按第118条判的。我认为这是正确的。因为这种情况超出了第164条的规定。

（二）法条牵连关系

我所讲的法条牵连关系既不是指法条竞合，也不是通常所说的结合犯、牵连犯，而是指的这样一种情况，即刑法规定中甲罪的手段可以包含乙罪的罪名，换言之，甲罪以乙罪为条件之一。如第157条妨害公务罪的规定中，使用暴力是妨害公务罪的构成要件。而用暴力就可能造成伤害，触犯第134条关于故意伤害罪之规定。在这种情况下，便发生了是定妨害公务罪还是定伤害罪，或者分别定罪进行并罚的问题。这样，实施暴力妨碍公务就可能涉及二个罪，但又不属于法条竞合。这就涉及到如何理解条文所说的“暴力”，其内涵应如何解释。一般地说，暴力这个概念可作广义理解，对身体进行的强力行动、拳打脚踢、拘禁乃至伤害、杀死都可以说是暴力。刑法中有许多条文包括暴力，如抢劫罪、强奸罪、干涉婚姻自由罪等等。能否对这些条文中的暴力作一个统一的解释、认为所有的暴力都是一个含意呢？我认为不能作这样的解释。应该说在不同条文中不同含意，应该分别解释。不然就会混淆罪与罪的界线，有可能重罪轻罚，也可能轻罪重罚。那么，又如何解释其含意呢？一般地说，可以通过条文对比，对比其法定刑就可以知道立法者的意图。比如以妨碍

公务罪来说，其暴力一般只能指殴打、轻伤，但不能包括重伤。如果为妨害公务而重伤国家工作人员就只能按故意伤害罪处罚。为什么这样说呢？因为157条的法定刑最高是三年，故意伤害罪第一款的最高刑也是三年，两者的法定刑是相同的。因此，把伤害作为妨害公务的情节处罚是不会造成重罪轻判的。但是，刑法第134条第2款规定，重伤是判三年以上有期徒刑，致死的可以判无期徒刑，要是从1983年9月2日的《决定》来看，还可以判死刑。因此，重伤显然超出了妨碍公务罪的范围。可以按重罪吸收轻罪，以重伤罪处罚，而不能只判妨碍公务罪。那么，抢劫罪的“暴力”又是什么呢？有不同看法。我们的看法是，它包括殴打、轻伤甚至于杀害。也就是说，把被害者杀死而抢走财物的，可以按第150条第2款来判，这不发生数罪并罚的问题。我之所以这样看，是因为第150条的最高刑是死刑，与杀人罪是一样的。不仅如此，抢劫罪还可以没收财产，在这个意义上，抢劫比杀人处罚还重。因此，杀人抢劫的按抢劫罪判处，不会重罪轻判。再例如：第179条干涉婚姻自由罪也是如此，必然是以暴力干涉他人婚姻自由。那么，这一条的暴力是否包括伤害、重伤和杀人在内呢？凡是涉及到上述条文之间的牵连关系的案件，如何定罪量刑，都很值得研究。要在理论上作出完整的说明，并不简单，建议大家在学习时注意这类问题。

三、刑法与全国人大常委会《决定》的关系

根据宪法，全国人大常委会有权解释和修改法律。自1981年以来，人大常委会已颁布三个决定，对部分分则条文