



XINGFA ZUIXING GUANXI GUIFANLUN
FATIAO ANLI YU YUANLI

刑法罪刑关系规范论 ——法条、案例与原理

李茂久 佘国满 著



中南大学出版社
www.csupress.com.cn



XINGFA ZUIXING GUANXI GUIFANLUN

FATIAO ANLI YU YUANLI

刑法罪刑关系规范论 ——法条、案例与原理

李茂久 佘国满 著



中南大学出版社
www.csupress.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

刑法罪刑关系规范论:法条、案例与原理 / 李茂久, 余国满著.
—长沙: 中南大学出版社, 2017. 5
ISBN 978 - 7 - 5487 - 2776 - 7

I. ①刑… II. ①李…②余… III. ①刑法—中国—资格考试—自学参考资料 IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 104373 号

刑法罪刑关系规范论——法条、案例与原理

李茂久 余国满 著

□责任编辑 谢金伶

□责任印制 易建国

□出版发行 中南大学出版社

社址: 长沙市麓山南路

邮编: 410083

发行科电话: 0731 - 88876770

传真: 0731 - 88710482

□印 装 长沙雅鑫印务有限公司

□开 本 787 × 1092 1/16 □印张 15.75 □字数 390 千字

□版 次 2017 年 5 月第 1 版 □2017 年 5 月第 1 次印刷

□书 号 ISBN 978 - 7 - 5487 - 2776 - 7

□定 价 39.80 元

图书出现印装问题, 请与经销商调换

作者简介

李茂久(1981—):男,江苏徐州人,湖南科技学院人文与社会科学学院副院长,讲师,湖南九子龙律师事务所执业律师,贵州民族大学法制与民族地区发展研究中心兼职研究员,湖南省法学会会员、湖南省律师协会会员。2008年毕业于西南政法大学,获刑法学硕士学位,先后在贵州民族学院、浙江大学等地任职。主要研究刑法学及律师刑事辩护。近年来,先后在《刑事法学研究》《湖北警官学院学报》《法制日报》等各类学术刊物发表学术论文34篇。

余国满(1967—):男,汉族,湖南省武冈人,湖南科技学院教师,湖南九子龙律师事务所主任,一级律师,第八届湖南省律师协会理事,第七届、第八届湖南省律师协会刑事专业委员会委员,第三届、第四届永州市律师协会常务理事,第四届永州市律师协会刑事专业委员会主任,先后评为永州市首届十佳律师、湖南省优秀律师,主要研究刑法学及律师刑事辩护,近年来,先后在《中国律师》等学术刊物发表学术论文近20篇,出版《物权法专论》等著作4部。

序

法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国家的基础。高校教育的基本功能在于育人，在于塑造德才兼备的高素质人才。法学教育的宗旨并非培养只会机械适应法律的“工匠”，更重要的是培养追求正义、知法懂法、忠于法律、廉洁自律的法律人。要完成法学教育的使命，必须有良好的法学著作，良好的法学著作不仅是法学知识传承的载体，也是提高法学教学质量的关键。我欣喜地看到湖南科技学院人文与社会科学学院李茂久副院长、余国满律师编著的《刑法罪刑关系规范论——法条、案例与原理》一书出版，该书的出版是我院法律系法学专业学科建设的一大进步，也是两位老师长年在教学一线工作之中根据地方本科院校的办学目标和法律系学生自身特点系统总结后形成的具有一定前沿性学术思想的著作。

仔细阅读该著作后，发现本著作在编写的框架和内容结构方面独具一格，体现出鲜明的特色，主要有以下几点：

第一，本书的编写突出了传授法学基础知识的工具性特点。本书通过对刑法学知识框架的分析和刑法条文的引用，更好地展示刑法学的知识体系和逻辑结构。一方面，通过对知识点的规范释义，深入浅出地阐释刑法学科的内容精要；另一方面，知识框架结构的分析比较符合大学生的逻辑思维。

第二，本书的编写突出了地方本科院校法学专业应用型的特点。本书立足于地方本科院校的实际情况，重点体现刑法学的实践性与应用型，两位作者都属于“双师双能”型教师，具有一定的理论水平和司法实务经验，因而在本书的编写体例方面更加突出刑法学的实践性和法律的职业性。在本书的编撰中，通过对典型案例的分析，能够把学科的知识点和司法实务案例紧密衔接，有利于更好地培养学生理论联系实际的能力和司法实践技能。

第三，本书的编写突出了法学专业学生法律职业考试性的特点。本书编写紧扣国家司法资格考试的内容，通过把握国家司法资格考试的规律精确锁定刑法学的知识点，反映法学知识结构的发展趋势。

第四,本书的编写也突出了法学专业需要传播法律价值理念的特点。好的法学教材不仅仅是传授法学知识,更重要的是传授法律的精神和法治的理念,例如对公平、正义的追求和对权利的保护与尊重。本书的编著,对于法学学生价值观的塑造和健全人格的培养具有重要的意义。

湖南科技学院党委书记



2017年4月

前 言

法律是一个极为奇特的社会现象，它与哲学思想、伦理道德、宗教信仰、风俗习惯等一起维系道德人心，维持社会秩序。法律也是一个博大精深、义理精微的制度，突出反映了人类在认识自身、调解社会、谋求发展各个重要进程中的思想和行动。法律是社会矛盾的调节器，也是人民权利的保障书，它来源于历史，在历史的发展之中可以发现法律制度的相对合理性。刑法是法律体系之中最重要的部门法之一，是统治阶级用以惩罚犯罪、管理国家的一种强制手段。把刑法放在人类文明宏大的历史背景之下，可以看出刑法变革一直遵循着一个“铁血规律”。它随着人类的进步而不断地向前发展，尽管有些制度已经消退在历史的视野之中，但其依稀可见的发展脉络凝聚着人类对自我主体地位的反思，突出了刑法在规范与价值之间的技术性进步。

刑法学是一门职业性、实用性、技术性很强的社会科学，刑法学作为法学的核心课程之一，也是整个法学体系中逻辑体系最强的一门学科。刑法属于阐释什么样的行为，在什么样的条件下，应该受到何种程度处罚的“刑法解释学”的范畴。刑法都是从国民的生活利益出发，通过刑罚法规探求真正值得处罚的行为来说明可罚评价的基准。同时，还从保护犯罪人权的立场出发，明确处罚的界线，为国民提供行动准则。1979年7月1日，第五届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国刑法》，标志着我国刑事法治建设进入一个崭新的时期。随着我国社会政治、经济的发展，犯罪也出现了许多新情况、新问题，1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订了《中华人民共和国刑法》，该刑法成为我国目前的刑法典。在此后又经过九次刑法修正案的修正，对刑法的部分规定作了修改和补充。由于刑法学是以实定规范、实务经验和学理阐释共同构筑的部门法知识体系，刑法学著作的编写要求应该先服务于法学本科教育的一般规律，再突出著作的职业性、应用性和地方性的特点。我们一直侧重刑法学前沿性思想的借鉴与吸收，在编著本书的过程之中，借鉴和吸收了最新的刑法规定、最新的刑事司法解释和最前沿性的学术思想。本书具有以下几个特点：第一，通过知识结构分析，从宏观上理清了刑法学的主要知



识点，使读者能够系统性地从宏观层面掌握所学的知识结构。第二，进一步强化法律条文与规范释义的联系，通过结合刑法条文进行规范释义，建立了刑法条文与刑法规范解释的联系路径，从而有利于刑法条文的规范理解，避免曲解刑法条文的立法原意，能够使读者更好地运用刑法条文进行案件的规范定位。第三，通过典型案例分析，建立了规范与事实的联系，从而使读者学以致用。第四，通过规范释义，能够系统详细地让学生理解刑法学的学科知识点，每一个重点和难点都有列举的案例和难点释义，从而能够对刑法学中的抽象问题进行具体化、案例化，使读者能够更好地掌握与理解刑法知识点。

任何成文法都无法摆脱不断变化的生活，因为它原本就是为这个生活设计的，冰冷冷的文字蕴涵着活生生的正义，希望通过本书的编著能够使读者心中充满正义。书中的不足疏漏之处，恳请各位读者批评指正。

著 者

2017 年 4 月



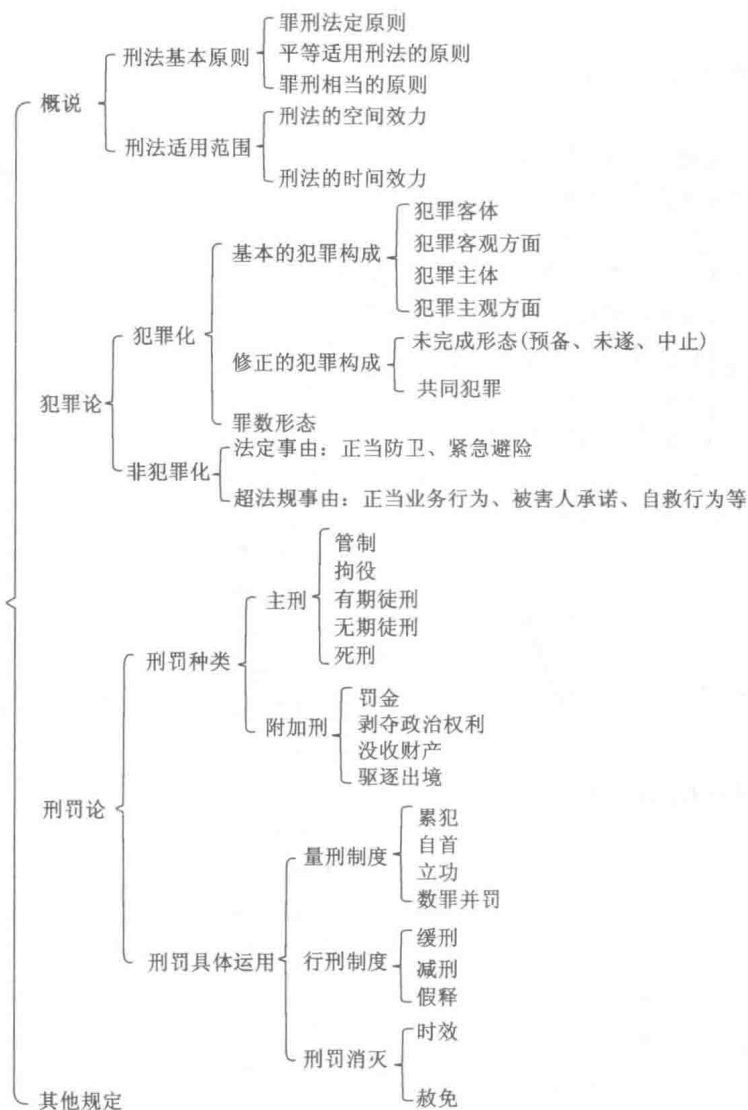
目 录

刑法总则知识体系结构图	(1)
第一章 刑法概说	(2)
第一节 刑法概念、渊源、性质与机能	(4)
第二节 刑法解释	(10)
第二章 刑法的基本原则	(17)
第一节 罪刑法定原则	(19)
第二节 平等适用刑法原则	(25)
第三节 罪刑相当原则	(26)
第三章 刑法的效力范围	(29)
第一节 刑法的空间效力	(30)
第二节 刑法的时间效力	(34)
第四章 犯罪概念与犯罪构成	(37)
第一节 犯罪概念	(38)
第二节 犯罪构成	(41)
第五章 犯罪客体	(48)
第一节 犯罪客体	(50)
第二节 犯罪对象	(52)
第六章 犯罪主观方面	(55)
第一节 危害行为	(57)
第二节 危害结果	(63)
第三节 因果关系	(65)

第七章 犯罪主体	(72)
第一节 自然人犯罪	(74)
第二节 单位犯罪	(77)
第八章 犯罪主观方面	(82)
第一节 犯罪主观方面的概述	(83)
第二节 犯罪故意	(85)
第三节 犯罪过失	(88)
第四节 犯意转化与另起犯意	(92)
第五节 犯罪目的与动机	(94)
第六节 与罪过有关的几个特殊问题	(95)
第九章 排除犯罪性事由	(99)
第一节 正当防卫	(101)
第二节 紧急避险	(107)
第三节 其他排除犯罪性事由	(109)
第十章 故意犯罪停止形态	(114)
第一节 故意犯罪停止形态的概述	(116)
第二节 犯罪预备	(117)
第三节 犯罪未遂	(119)
第四节 犯罪中止	(125)
第五节 犯罪既遂	(128)
第十一章 共同犯罪	(133)
第一节 共同犯罪成立条件	(135)
第二节 共同犯罪的种类及处罚原则	(144)
第十二章 罪数形态	(153)
第一节 罪数形态概述	(155)
第二节 单纯的一罪	(159)
第三节 实质的一罪	(161)
第四节 法定的一罪	(163)
第五节 处断的一罪	(165)
第六节 数罪	(169)
第十三章 犯罪法律后果论——刑事责任与刑罚概说	(172)
第一节 法律后果与刑事责任	(174)

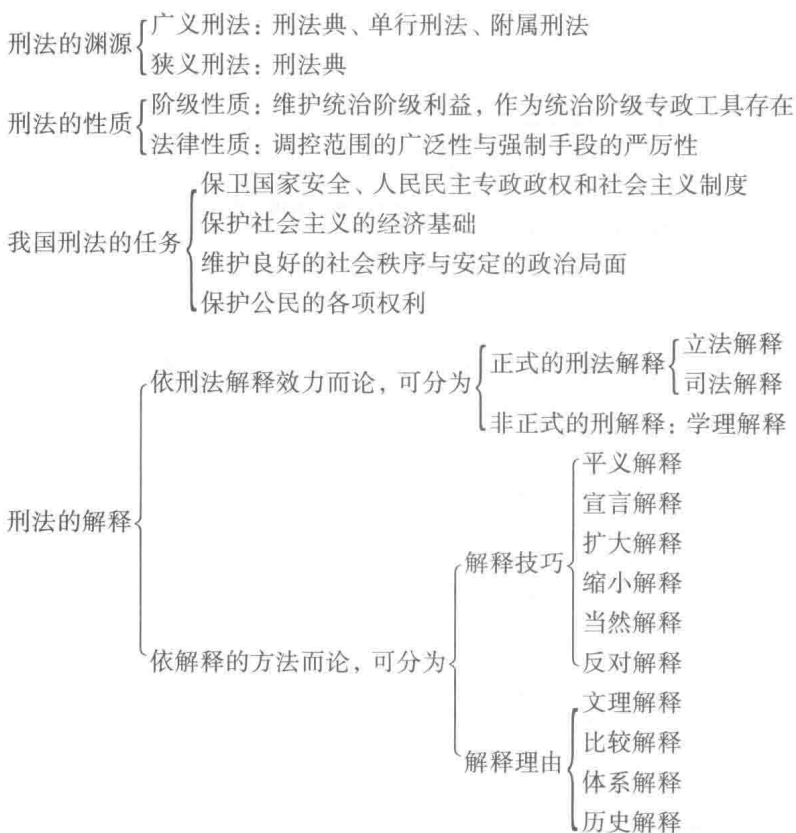
第二节 法律后果与刑罚	(178)
第十四章 刑罚的体系	(183)
第一节 刑罚体系概述	(188)
第二节 主刑	(189)
第三节 附加刑	(194)
第四节 非刑罚处罚方法	(200)
第十五章 量刑制度	(203)
第一节 量刑概述	(206)
第二节 累犯	(211)
第三节 自首与立功	(213)
第四节 数罪并罚	(216)
第十六章 刑罚执行制度	(222)
第一节 缓刑	(225)
第二节 减刑	(229)
第三节 假释	(231)
第十七章 刑罚的消灭	(235)
第一节 刑罚消灭的概述	(236)
第二节 时效	(237)
第三节 赦免	(239)
参考文献	(241)

刑法总则知识体系结构图



第一章 刑法概说

知识结构



法条规范

第1条 [立法目的与根据] 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。

第2条 [刑法的任务] 中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，

维护社会秩序、经济秩序,保障社会主义建设事业的顺利进行。

典型案例

【基本案情】

浙江判决首例男性卖淫案^①

通过开设网站,招募男性“技师”,并通过网络寻找同性嫖客,提供性服务。日前,经湖州吴兴区检察院提起公诉,湖州市吴兴区人民法院对浙江首例“组织男性卖淫案”作出判决,两名组织者均被判处5年以上有期徒刑。

被告人郑某某案发时35岁,浙江长兴人。2007年8月10日,郑某某注册了“nannanboy.com”域名,在互联网上开设了“浙江湖州男男-BOY男子养生堂”的网站,在网上招聘男性卖淫者。被告人徐某某应招后,每当郑某某不在湖州时,他就作为店长联系嫖客,尽力撮合,并代为收取管理费和提成费。其在郑某某经营该网站期间,在全国各地共招募了20余名技师,并在网站上开设“技师风采专栏”,公开男性卖淫者照片,预留QQ号或电话号码招揽男性嫖客。他先后租用两套房屋作为固定的卖淫场所,组织招募的男性卖淫者以200元至400元不等的价格,提供同性卖淫活动,同时采用统一编号取名、提供住宿、收取提成和管理费、禁止私自接客等手段对男性卖淫者进行控制。被告人吴某某曾是郑某某联系的嫖客。2008年3月7日,郑某某以3万元的价格将网站转给吴某某进行经营,吴某某用同样的方法继续组织男性卖淫。此外,被告人谢某某于2008年2月在江苏常州疾病预防控制中心进行体检时发现自己患有隐性梅毒后,仍多次为嫖娼者提供男性性服务,已构成传播性病罪。

最后,法院依法判决被告人郑某某、吴某某犯组织卖淫罪,分别判处有期徒刑5年6个月和5年,并处罚金6000元和4000元;被告人徐某某犯协助组织卖淫罪,判处有期徒刑2年6个月,并处罚金2000元;被告人谢某某犯传播性病罪,判处有期徒刑1年6个月,并处罚金2000元。

【法律问题】本案中涉及的“男性技师提供性服务”是否属于法定的“卖淫”行为,成为本案定罪的关键。

【案例分析】本案争论核心在于同性性交易算不算组织卖淫罪中的“卖淫”行为。公安部对于卖淫的解释是:以营利为目的、出卖肉体的行为。公安部的这个解释,适用于同性卖淫、异性卖淫、无性人卖淫和两性人卖淫,只要是人就可以了,不包括动物在内。但是公安部的解释也存在模糊的地方,主要是对“出卖肉体”的理解,给10元钱摸摸手算卖淫吗?澳门刑法对“卖淫”的解释就非常有利于对本案进行界定,它认为,卖淫是以营利为目的,出卖肉体,足以满足他人性欲,或者对于满足他人性欲具有相当重要作用的行为。如果达不到这个程度,只能叫普通的色情行为。这就把“卖淫”和生活中的“色情”区别开来了。

^① 新华网. 浙江判决首例组织男性卖淫案[EB/OL]. http://www.zj.xinhuanet.com/newscenter/2008-10/22/content_14705841.htm. 2015-3-9.

法院审理后认为,刑法中的“组织他人卖淫”,并没有把“他人”限定为妇女,也可指男人,且“卖淫”并不是特指异性之间的真正性交,同性之间以金钱、财物为媒介,发生不正当性关系的行为都属于卖淫行为。因此,法院依法判决被告人郑某某、吴某某犯组织卖淫罪;被告人徐某某犯协助组织卖淫罪。

规范释义

第一节 刑法概念、渊源、性质与机能

一、刑法的概念

刑法是规定犯罪及其法律后果(主要是刑罚)的法律规范^①。即规定什么样的行为是犯罪,对这种行为应科处什么样的刑罚的法律。

各种学术著作关于刑法的定义大同小异,主要有以下几种观点:刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律^②;刑法是规定犯罪和刑罚及罪刑关系的法律关系的法律^③;刑法是规定什么是犯罪以及与犯罪相对应的刑罚的种类和量的法规,也称刑罚法规^④。

释义1. 关于刑法的称谓问题

刑法规定犯罪的法律效果主要是刑罚,所以我国通常称为“刑法”。国外关于刑法的称谓各不一样。例如,日本、德国、意大利、俄罗斯等称为刑法。在英美法系中的一些国家称之为“criminal law”(犯罪法)。在法国,刑法与犯罪法对半使用。对于刑法的称谓问题,日本学者团藤重光指出:以规范一面为重点会使用“刑法”;以事实一面为重点会使用“犯罪法”。因此,在规范色彩浓厚的德国法学中使用“刑法”,在重视事实要素的英美法学中使用“犯罪法”绝非偶然。目前,我国对于刑法的称谓还是使用“刑法”这一约定俗成的概念,即“刑随罪至,罪因刑显”。

二、刑法的渊源

刑法的渊源又称为刑法的形式,是指以某种形式表现出来的对司法裁判具有约束力的法律规范。在我国,现有的刑法均来源于国家立法机关,即全国人民代表大会及其常务委

① 张明楷. 刑法学(第4版)[M]. 北京:法律出版社,2011:19.

② 高铭喧,马克昌. 刑法学(第2版)[M]. 北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2000:9.

③ 陈兴良. 规范刑法学(教学版)[M]. 北京:中国人民大学出版社,2015:3.

④ 韩友谊. 2013年国家司法考试万国授课精华·刑法[M]. 北京:中国法制出版社,2013:3.

员会(以下简称全国人大及其常委会)制定的成文法律。

(一) 刑法典

刑法典是国家以刑法名称颁布的,系统规定犯罪及其法律后果的法律。我国于1979年7月1日颁布《中华人民共和国刑法》,1980年10月1日起施行。1997年,我国对该刑法典进行了大规模的修订,并于1997年10月1日起施行。经过1997年修订后的《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)是现行有效的刑法典。与此对应,1979年刑法被称为“修订前的刑法”。

释义2. 刑法典称为典的原因

典有源泉的意思,一是因为该部法律比较全面系统地规定了犯罪和刑罚的内容;二是因为其他刑事法律(刑事条文)都适应刑法典关于总则的规定。

我国现行刑法典于1997年10月1日起施行,由两编和附则组成。第一编为总则,第二编为分则,最后为附则。编下设章、节、条、款、项等层次。第一编总则共五章,依次为:刑法的任务、基本原则和适用范围;犯罪;刑罚;刑罚的具体运用;其他规定。第二编分则共十章,依次为: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;军人违反职责罪。附则由刑法最后一个条文(第452条)和两个附件组成,与总则、分则并列,但不另立一编。

刑法修正案作为对刑法条文的具体修正,与现行刑法具有同等法律效力,属于刑法典的组成部分。目前共有九个刑法修正案,分别是:1999年12月25日通过的《中华人民共和国刑法修正案(一)》、2001年8月31日的《中华人民共和国刑法修正案(二)》、2001年12月29日的《中华人民共和国刑法修正案(三)》、2002年12月28日的《中华人民共和国刑法修正案(四)》、2005年2月28日的《中华人民共和国刑法修正案(五)》、2006年6月29日的《中华人民共和国刑法修正案(六)》、2009年2月28日的《中华人民共和国刑法修正案(七)》、2011年2月25日的《中华人民共和国刑法修正案(八)》和2015年8月29日的《中华人民共和国刑法修正案(九)》。

释义3. 刑法修正案的性质

刑法修正案是指1997年现行刑法颁布以来,全国人大及其常委会对刑法条文的修改和补充。刑法理论与实践的发展是刑法修正的前提和基础。刑法修正案是对刑法典进行修改,其中既有新型犯罪的增加,也有构成要件的修改、量刑制度以及法定刑的调整。基于刑法修正案的名称中有“刑法”的用语,并且在判决书中援用刑法修正案条文的时候,是将刑法修正案的内容理解为刑法典增加的条文,即表述为“根据《刑法》第XX条,判决如下……”,这种援引不同于单行刑法,因此刑法修正案属于刑法

典的组成部分。^①

(二) 单行刑法

单行刑法是国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的,规定某一类犯罪及其法律后果或者刑法某一事项的法律。目前我国生效的单行刑法只有一部,即全国人民代表大会常务委员会(以下简称全国人大常委会)于1998年12月29日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。

面对司法实践中出现的新情况和新问题,目前,我国立法机关已经采用了“刑法修正案”的形式,对现行刑法进行了必要补充,单行刑法已不多见。

释义4.《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》规定的行为及罪名

该单行刑法规定了具体的行为所对应的罪名分别为:骗购外汇的行为构成骗购外汇罪;逃汇行为构成逃汇罪;非法买卖外汇的行为构成非法经营罪。

(三) 附属刑法

附属刑法指在其他性质的法律(如民法、经济法、行政法等)中附带规定犯罪和刑罚的条文。与国外的附属刑法不同,我国的所谓“附属刑法”都没有直接规定犯罪的构成要件和法定刑。在1979年至1997年间出现的130余个附属刑法条文已经被1997年刑法所吸收,本身已经失去效力。现行的刑法颁布以后,在行政法、经济法法律中的一些条款,只是形式上概括性地重申了刑法的相关内容^②,如在《商业银行法》《公司法》等法律法规中会出现“有下列情形之一……构成犯罪的,依法追究刑事责任……”之类的文字,只是对刑法条文进行重述并没有独立的实际意义,不是真正意义上的附属刑法。

三、刑法的地位

(一) 刑法属于公法

公法与私法的划分是由古罗马的法学家乌尔比安提出的。“公法是关于罗马帝国的法律,私法是关于个人利益的法律。”何谓公法,例如刑事责任和行政责任有共通之处。刑事责任是由法院判处的,而行政责任是由行政机关课以的,两者在这点上存在差异。但两者都是由国家机关令诸如甲、乙这样的自然人承担刑罚或行政上的不利益。像这样调整国家与个人关系的法,称为公法。民事责任关注的是诸如甲、乙这种个人与个人之间的关系,即调整个人与个人之间关系的法,称为私法。^③

① 韩友谊. 2013年国家司法考试万国授课精华·刑法[M]. 北京:中国法制出版社, 2013: 4.

② 张明楷. 刑法学(第4版)[M]. 北京:法律出版社, 2011: 21.

③ [日]山本敬三. 民法讲义I·总则(第3版)[M]. 解亘,译. 北京:北京大学出版社, 2012: 7.