

· 卓越法律人才培养系列教材

叶良芳 著

刑法分论

Specific Theories of Criminal Law



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

卓越法律人才培养系列教材

刑法分论

Specific Theories of Criminal Law

叶良芳 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法分论 / 叶良芳著. — 北京:法律出版社,
2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1354 - 6

I. ①刑… II. ①叶… III. ①刑法—分则—中国—高等学校—教材 IV. ①D924.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 217956 号

刑法分论

XINGFA FENLUN

叶良芳 著

责任编辑 吴 昉

装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 28.25

字数 534 千

版本 2017 年 8 月第 1 版

印次 2017 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1354 - 6

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 刑法分论概述	(1)
第一节 刑法分论的研究对象	(1)
第二节 刑法分则的条文结构	(4)
第二章 危害国家安全罪	(13)
第一节 危害国家安全罪概述	(13)
第二节 危害国家安全罪分述	(14)
第三章 危害公共安全罪	(23)
第一节 危害公共安全罪概述	(23)
第二节 危害公共安全罪分述	(24)
第四章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(65)
第一节 破坏社会主义市场经济秩序罪概述	(65)
第二节 生产、销售伪劣商品罪	(66)
第三节 走私罪	(82)
第四节 妨害对公司、企业的管理秩序罪	(96)
第五节 破坏金融管理秩序罪	(108)
第六节 金融诈骗罪	(140)
第七节 危害税收征管罪	(154)
第八节 侵犯知识产权罪	(166)
第九节 扰乱市场秩序罪	(180)
第五章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(195)
第一节 侵犯公民人身权利、民主权利罪概述	(195)
第二节 侵犯公民人身权利、民主权利罪分述	(196)

第六章 侵犯财产罪	(234)
第一节 侵犯财产罪概述	(234)
第二节 侵犯财产罪分述	(235)
第七章 妨害社会管理秩序罪	(268)
第一节 妨害社会管理秩序罪概述	(268)
第二节 扰乱公共秩序罪	(269)
第三节 妨害司法罪	(303)
第四节 妨害国(边)境管理罪	(320)
第五节 妨害文物管理罪	(324)
第六节 危害公共卫生罪	(330)
第七节 破坏环境资源保护罪	(339)
第八节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(353)
第九节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(362)
第十节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(367)
第八章 危害国防利益罪	(374)
第一节 危害国防利益罪概述	(374)
第二节 危害国防利益罪分述	(375)
第九章 贪污贿赂罪	(386)
第一节 贪污贿赂罪概述	(386)
第二节 贪污贿赂罪分述	(387)
第十章 渎职罪	(414)
第一节 渎职罪概述	(414)
第二节 渎职罪分述	(416)
第十一章 军人违反职责罪	(439)
第一节 军人违反职责罪概述	(439)
第二节 军人违反职责罪分述	(440)
后记	(448)

第一章 刑法分论概述

第一节 刑法分论的研究对象

一、刑法分论的研究对象

刑法体系的核心部分是刑法总则和刑法分则。刑法总则对犯罪的构成要件、刑事责任、量刑制度和刑罚适用等作出一般性规定,刑法分则对具体犯罪的构成要件和法定刑作出个别规定。与刑法总则和刑法分则相对应,刑法学体系通常也分为刑法总论和刑法分论。刑法分论,又称罪刑各论,其研究内容是各个具体犯罪的构成要件及其刑罚适用。因此,刑法分论的研究对象是规定具体犯罪的构成要件及其法定刑的法律规范,即各个具体的刑罚法规。其中,最重要的是刑法典分则关于诸多犯罪的具体规定,以其为对象的,称为狭义的刑法分论。除此之外,将刑法典之外的单行刑法和附属刑法等特别刑罚法规一并纳入研究范围的,则称为广义的刑法分论。广义的刑法分论包括刑法典分则、单行刑法和附属刑法。本书的研究范围主要限于狭义的刑法分论,在必要时亦会涉及若干特别刑罚法规。

刑法典分则即《中华人民共和国刑法》的第二编,其系统地规定了具体犯罪的构成要件及其法定刑。刑法总则与分则之间是抽象与具体、一般与个别、普遍与特殊的关系。总则指导、制约分则;分则体现、丰富总则。例如,在确定具体犯罪的构成要件时,应当以总则为指导;当分则条文没有完整地规定某一犯罪的全部构成要件时,应当根据总则的规定予以补充。

单行刑法一般仅规定具体犯罪的构成要件及其法定刑,较少有总则性规定。因此,单行刑法与刑法典分则基本处于平行并列的地位,都应当以刑法典总则为指导和补充。刑法^{〔1〕}第101条规定:“本法总则适用于其他有刑罚规定的法律,但是其他法律有特别规定的除外。”可见,单行刑法原则上也受刑法总则规定的指导和制约。不过,单行刑法属于特别法,刑法典属于普通法,如果某种犯罪行为同时触犯单

〔1〕 本书中所述“刑法第×条”均指“《中华人民共和国刑法》第×条”。

行刑法与刑法典分则时,根据特别法优于普通法的原则,应当适用单行刑法。在个别情况下,单行刑法可能也有总则性的特别规定,对此,亦应适用该特别规定,而不应适用刑法典总则的有关规定。

严格意义上的附属刑法,应当对具体犯罪的构成要件和法定刑作出详细规定,其地位亦相当于刑法典分则,适用时只需以刑法总则为指导即可。宽泛意义上的附属刑法,只是笼统地宣示“依法追究刑事责任”,缺乏相应的明确的罪刑内容,通常需要借助刑法典分则对应的罪刑规范条款,才能追究相关犯罪行为的刑事责任;如果刑法典分则亦没有对应的罪刑规范条款,则该附属刑法完全可能成为“无箭之弩”。

在刑法分论中,关于具体犯罪的构成要件的解释,是研究的重点;而关于具体犯罪的刑罚,由于其种类、范围都已经法定化,因而缺乏理论上进一步研究的余地。不过,明确与具体犯罪行为相适应的法定刑的适用标准,也是刑法分论的研究课题之一。

研究刑法分论对促进刑事司法、刑事立法和丰富刑法理论,都具有极其重要的意义。首先,通过学习和研究刑法分论,可以掌握各种具体犯罪的定罪量刑标准,有助于在司法实践中正确适用刑法。其次,通过学习和研究刑法分论,可以发现具体罪刑规范中可能存在的缺陷疏漏,并提出相应的修改建议,有助于刑事立法的完善和发展。最后,通过学习和研究刑法分论,可以加深对刑法总论中犯罪概念、犯罪构成、犯罪形态、刑罚制度等原理的理解,有助于推动刑法总论向精细化方向发展。

二、刑法分论的体系

刑法分论体系有两种建构方式:一是以刑法分则体系为根据,逐条论述各个具体犯罪,并在体系上基本保持一致;二是以侵犯的法益为标准,将犯罪分为侵犯个人法益的犯罪、侵犯社会法益的犯罪和侵犯国家法益的犯罪,进而逐一论述各个具体犯罪。为便于阅读和查找,本书采取第一种建构方式。

刑法分则体系,是指刑法分则对具体犯罪的分类及其排序。刑法分则规定具体犯罪的构成要件及其法定刑,而具体犯罪的种类繁多,因而需要根据一定的标准,将这些犯罪分成若干类,再根据一定的标准将这些类罪排序,然后对这些类罪中的具体犯罪进行排序。经过分门归类后,每一个具体犯罪在刑法分则中均有了自己的“座位”。这样,不仅有利于对刑法分论的学习,而且便于司法机关适用。

我国刑法典分则共有十章,每一章规定一类犯罪,从而将所有具体犯罪分为十类。这十类犯罪(大类罪名)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。其中,在第三章破坏社会主义市场经济秩序罪和第六章妨害社会管理秩序罪两个罪章之下,又划分出若干节罪(小类罪名)。具体地说,破坏社会主义市场经济秩序罪罪章分为八节,分别是:生产、销售伪劣产品罪;走私罪;妨害对公司、企业的管理秩序罪;破坏金融管理秩序罪;金融诈骗罪;危害税收征管罪;侵犯知识产权罪;扰乱市场秩序罪。妨害社会管理秩序罪罪章分为九节,分别是:扰乱公共秩序罪;妨害司法罪;妨害国(边)境管理罪;妨害文物管理罪;危害公共卫生罪;破坏环境资源保护罪;走私、贩卖、运输、制造毒品罪;组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪;制作、贩卖、传播淫秽物品罪。这些类(节)罪,各自包含了诸多具体犯罪,并按照一定的标准排序,从而完成了刑法分则体系的建构。

我国刑法分则体系的特点是:(1)根据犯罪侵犯的同类法益对犯罪进行分类。例如,放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪、破坏交通工具罪等具体犯罪,侵犯的法益均是公共安全,因而均归入危害公共安全罪罪章中。又如,虚报注册资本罪、妨害清算罪、虚假破产罪、背信损害上市公司利益罪等具体犯罪,侵犯的法益均是公司的管理秩序,因而均归入妨害对公司、企业的管理秩序罪罪节中。不同种类的犯罪所侵犯的法益不同,因而其危害程度不同;根据犯罪的同类法益对犯罪进行分类,有利于正确把握犯罪的性质和特征。(2)根据犯罪侵犯的主要法益对犯罪进行分类。如果某种犯罪同时侵犯了两种以上的法益,则根据该犯罪侵犯的主要法益将其归入不同的罪章(节)。例如,抢劫罪,既侵犯了他人的财产权益,也侵犯了他人的人身权益,但其侵犯的主要法益是财产法益,因而将其归入侵犯财产罪罪章之中,而未归入侵犯人身权利、民主权利罪罪章之中。(3)根据各类犯罪的危害程度对类罪进行排序。例如,危害国家安全罪侵犯的是国家安全,而国家安全是我国的根本利益,是最重要的法益,因而这类犯罪的危害最为严重,故而刑法将其排在各罪章之首。类罪的排列反映了立法者对各类犯罪的认识与态度。我国刑法基本上是以各类犯罪的法益重要程度为根据,按由重到轻的顺序进行排列。(4)根据具体犯罪的危害程度以及各罪之间的内在联系对个罪进行排序。例如,在危害国家安全罪罪章中,背叛国家罪的危害性最为严重,故而立法者将其排在该罪章之首。刑法分则在安排具体犯罪的序位时,优先考虑的因素也是具体犯罪的危害程度。但是,在有的情况下,也会兼顾具体犯罪彼此之间的逻辑联系,予以必要的微调。例如,故意杀人罪排在侵犯公民人身权利、民主权利罪之首,紧接其后的是过失致人死亡罪,而危害程度更大的故意伤害罪、绑架罪等却排在过失致人死亡罪之后。这种排序就是考虑到故意杀人罪和过失致人死亡罪均是侵犯公民生命权利的犯罪,二者的犯罪性质更具同质性,因而将其编排在一起。

第二节 刑法分则的条文结构

一、刑法分则条文结构概述

刑法分则通常由罪状和法定刑两个部分组成,通常的表述方式为:“……的,处……”。“……的”部分,表述的内容是罪状(假定条件);“处……”部分,表述的内容是法定刑(法律后果)。例如,刑法第392条第1款规定:“向国家工作人员介绍贿赂,情节严重的,处三年以下有期徒刑。”其中,“向国家工作人员介绍贿赂,情节严重的”这部分内容为罪状;“处三年以下有期徒刑”这部分内容为法定刑。这种规范被认为是典型的罪刑规范。除典型的罪刑规范外,刑法分则也有一些非典型的罪刑规范。例如,刑法第391条第2款规定:“单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。”

基于简明的需要,刑法分则条文对罪刑规范的表述往往是不完整的。这主要表现为刑法分则对罪状的规定只是包含成立具体犯罪所必备的特有的构成要件要素,而共通的构成要件要素则由刑法总则来规定。如上述第392条规定的介绍贿赂罪的罪状,只限于客观构成要件要素的部分内容,至于主体要素和责任要素等内容则需根据刑法总则的相关规定予以确定。此外,一些法定刑的具体期限,往往也由刑法总则来规定。如上述第392条规定的介绍贿赂罪的法定刑,仅规定了最高期限为3年有期徒刑,其最低期限则需根据刑法总则第45条的规定来确定,即为6个月。

除罪状和法定刑外,有的刑法分则条款规定的内容是具体犯罪的定义。例如,刑法第382条第1款规定:“国家工作人员利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的,是贪污罪。”但这仅限于个别罪名,绝大多数犯罪的定义,刑法分则都没有规定。

二、罪状

(一) 罪状的定义

罪状,是指刑法分则罪刑规范对具体犯罪的最主要的构成特征的描述。罪状指明了适用特定分则条文的条件,行为事实只有符合该条文的罪状,才能适用该罪刑规范。

刑法分则条文中的“……的,”是罪状的标识。只要一个刑法分则条文规定的是具体犯罪及其法定刑,则“处……”之前的“……的,”所表示的就是罪状。“……的,”通常表示分则条文对某种具体犯罪的罪状的表述已经完结,逗号之后的部分则

属于法定刑。如果“……的,”之后还有其他表述,则既可能是另一种罪状,也可能是具体犯罪的另一种情形,甚至可能是立法者的笔误。究竟属于哪种情况,需要根据具体情况确定。例如,刑法第385条第1款规定:“国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪。”本款中的第一个“的”字,应属于立法者的笔误,“为他人谋取利益”应是索贿或收贿成立受贿罪的必要要素。这是因为,索取他人财物和收受他人财物,同属于受贿罪,而受贿罪的本质特征则是权钱交易——利用职权为他人谋利以换取对方的财物。如果行为人在获取他人财物的同时,并无为他人谋取利益的,不能谓之“受贿”。这一理解,亦有相关立法条文佐证。例如,刑法第163条第1款规定:“公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处五年以上有期徒刑,可以并处没收财产。”该条规定的非国家工作人员受贿罪,与受贿罪的区别在于犯罪主体的身份不同,在行为构造方面同属权钱交易,并无本质差异。但该罪“索取他人财物”的后面,则并无“的”字与“或者非法收受他人财物”相分隔。因此,“为他人谋取利益”是本条规定的索贿构罪的必要要素。

此外,如果分则条文表述两种以上罪状或者具体的犯罪情形,但在表述第一种罪状时没有使用“……的”,在第二种罪状的表述后,又有补充或递进规定时,则应当注意判断这一补充或递进规定是否也适用于第一种罪状。通常,这一补充或递进规定是限制整个法条所规定的行为的,因而其亦属于之前的罪状的内容。例如,刑法第159条规定:“公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权,虚假出资,或者在公司成立后又抽逃其出资,数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下罚金。”根据“……的,”这一标识,本条所规定的“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节”,都是虚假出资和抽逃出资这两种行为构罪的必要要素。

(二) 罪状的分类

1. 基本罪状和加减罪状

这是根据罪状所描述的内容不同对其所作的分类。基本罪状,是指对具体犯罪的成立条件所作的描述。加减罪状,是指对具体犯罪的加重或减轻法定刑的适用条件所作的描述。加减罪状,可以进一步划分为加重罪状或减轻罪状。例如,刑法第236条第1款和第2款规定的罪状,是对强奸罪构成要件的描述,不符合这一描述情形的,不能构成强奸罪,故其属于基本罪状。而该条第3款规定的五项内容,是对强奸行为法定刑升格条件的描述,故属于加重罪状。又如,刑法第239条第1款关于绑架罪的规定,前半段属于基本罪状,后半段规定的“情节较轻”,则属于减轻罪状。

刑法分则对所有具体犯罪都规定了基本罪状,但并非所有具体犯罪都有加减罪状。刑法分则对加重罪状的规定有以下三种情况:(1)设立专条规定,如刑法第115条关于放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪等结果犯的规定;(2)设立专款规定,如刑法第260条关于虐待罪的结果犯的规定;(3)同款规定,即在基本罪状和法定刑之后,紧接着在同款内规定加重罪状与法定刑,如刑法第263条关于抢劫罪的结果加重犯和情节加重犯的规定。加重罪状的内容主要有:特殊身份、特殊对象、致人重伤死亡、造成严重后果、造成特别严重后果、情节恶劣、情节特别恶劣、情节严重、情节特别严重、犯罪数额巨大、犯罪数额特别巨大等。刑法分则对减轻罪状的规定,通常设立在规定基本罪状与法定刑的同一条款内,并不设立专条或专款予以规定。减轻罪状的内容都是“情节较轻”。

2. 简单罪状、叙明罪状、引证罪状和空白罪状

这是根据分则条文对基本罪状的描述方式不同,对基本罪状所作的分类。简单罪状,是指分则条文只是简单地描述了犯罪行为的基本特征的基本罪状。例如,刑法第232条“故意杀人的”,第233条“过失致人死亡的”,都是简单罪状。之所以采用简单罪状,是因为具体犯罪的构成特征为公众所熟知,因而无需作具体描述。简单罪状的特点是,简单概括,避免烦琐。

叙明罪状,是指分则条文对具体犯罪的构成特征予以详细的描述的基本罪状。例如,刑法第224条之一规定:“组织、领导以推销商品、提供服务等经营活动为名,要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格,并按照一定顺序组成层级,直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据,引诱、胁迫参加者继续发展他人参加,骗取财物,扰乱经济社会秩序的传销活动的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节严重的,处五年以上有期徒刑,并处罚金。”本条对组织、领导传销罪的构成要件作了相当详细的描述,是典型的叙明罪状。之所以采用叙明罪状,往往是具体犯罪的构成特征不为一般人所知,因而需要作详细描述。叙明罪状在经济刑法规范、行政刑法规范等法定犯中采用的较多,其特点是,要件明确,避免歧义。

引证罪状,是指引用同一法律的其他条款来说明和确定具体犯罪的构成特征的基本罪状。例如,刑法第370条第1款规定了故意提供不合格武器装备、军事设施罪的罪状与法定刑,其第2款规定:“过失犯前款罪,造成严重后果的,处三年以下有期徒刑或者拘役;造成特别严重后果的,处三年以上七年以下有期徒刑。”该款引用了第1款的罪状的部分内容来说明过失提供不合格武器装备、军事设施罪的罪状。之所以采用引证罪状,是因为具体犯罪的部分构成特征在同一法律的其他条款中已有规定,不必再重复描述。引证罪状的特点是,条文简练,避免重复。

空白罪状,又称参见罪状,是指分则条文没有具体规定具体犯罪的构成特征,但

指明了必须参照的其他法律法规的基本罪状。规定空白罪状的法条,在理论上称为空白法条或白地法条。空白罪状,有绝对空白罪状和相对空白罪状之分,二者的区别在于空白的程度不同。绝对空白罪状,是不包含具体犯罪的任何构成特征的罪状;相对空白罪状,是指部分构成要件的内容必须参照其他法律法规来确定的罪状。从我国刑法的规定来看,绝大多数空白罪状都属于相对空白罪状,在指明应当参照的法律法规的同时,也描述了具体犯罪的部分构成特征。例如,刑法第131条规定:“航空人员违反规章制度,致使发生重大飞行事故,造成严重后果的,处三年以下有期徒刑或者拘役;造成飞机坠毁或者人员死亡的,处三年以上七年以下有期徒刑。”根据该条规定,在认定某一行为是否构成重大飞行事故罪时,既要审查该行为有无违反有关航空管理法规的规定,又要确定该行为是否造成严重后果。之所以采用空白罪状,一般是因为这些犯罪的成立以触犯其他法律法规为前提,行为内容在其他法律法规中已有规定,分则条文又难以作简短描述。空白罪状的特点是,参照其他法规,避免重复表述。

3. 单一罪状和混合罪状

这是根据分则条文对罪状描述方式的单复进行的分类。单一罪状,是指分则条文仅采用简单罪状、叙明罪状、引证罪状、空白罪状中的一种方式对具体犯罪的构成特征进行的描述。分则条文中的大多数罪状,都属于单一罪状。

混合罪状,是指分则条文采用简单罪状、叙明罪状、引证罪状、空白罪状中的两种以上的方式对具体犯罪的构成特征进行的描述。例如,刑法第338条规定:“违反国家规定,排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质,严重污染环境的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;后果特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”本条罪状中“违反国家规定”,属于空白罪状,指出确定污染环境罪的构成要件需要参照国家环保法律法规;后半段的规定则属于叙明罪状,详细描述了污染环境罪的行为方式、特定污染物质等要素。本条使用了两种方式具体描述污染环境罪的罪状,因而属于混合罪状。之所以采用混合罪状,通常是因为具体犯罪的构成特征较为复杂,需要结合多部法律法规来确定。

三、法定刑

(一)法定刑的定义

法定刑,是指刑法分则性条文对各种具体犯罪所规定的刑种(刑罚种类)和刑度(刑罚幅度)。法定刑,是刑法分则性条文的重要组成部分,反映了罪与刑之间的质和量的对应关系,是审判机关裁量适用刑罚的依据。

法定刑不同于宣告刑。宣告刑,是指审判机关在审理具体案件时确定的对罪犯

实际适用的刑罚。法定刑是立法的共通规定,有可供选择的刑种和刑度;宣告刑则是法定刑的具体适用,必须以法定刑为依据,表现为特定的刑种和固定的刑度。与一般意义上的刑度不同,这种固定的刑度,实际上只有一个确定的数值,而非一个可供选择的区间,不妨谓之“刑量”。

法定刑也不同于执行刑。执行刑,是对罪犯实际执行的刑罚。宣告刑,是对罪犯应当执行的刑罚,因而宣告刑是执行刑的依据。执行刑既可能与宣告刑相等,也可能因为减刑、赦免等原因而低于宣告刑。法定刑与执行刑存在明显的区别:法定刑是刑法规定的刑种与刑度,执行刑则是罪犯实际被执行的刑罚。执行刑受制于宣告刑,宣告刑又受制于法定刑,而执行刑在实际执行过程中又只有减轻而无加重的可能,因而执行刑只能低于或者等于法定刑。

(二) 法定刑的分类

根据立法实践,在刑法理论上通常以法定刑的刑种、刑度是否确定为标准,将法定刑分为绝对确定的法定刑、绝对不确定的法定刑和相对确定的法定刑。

1. 绝对确定的法定刑

绝对确定的法定刑,是指分则条文对具体犯罪仅规定单一的刑种和刑量的法定刑。例如,1951年2月21日中央人民政府颁布的《惩治反革命条例》第5条规定:“持械聚众叛乱的主谋者、指挥者及其他罪恶重大者处死刑;其他积极参加者处五年以上徒刑。”该条前段规定的法定刑即为绝对确定的法定刑。绝对确定的法定刑缺乏灵活性,审判机关没有自由裁量的余地,难以针对案件的具体情况判处轻重适当的刑罚,因而在刑事立法中极少采用。我国1979年刑法并未规定这种法定刑,但此后的个别单行刑法曾有少量规定。现行规定亦有相关条款涉及绝对确定的法定刑,且通常为死刑。例如,刑法第121条规定:“以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑;致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的,处死刑。”该条后段规定的法定刑就是绝对确定的法定刑。类似的条款还有:刑法第240条第1款后段规定的拐卖妇女、儿童具有八种加重情形之一,且“情节特别严重的,处死刑,并处没收财产”;刑法第317条第2款后段规定的暴动越狱或者聚众持械劫狱的首要分子和积极参加者,“情节特别严重的,处死刑”。应当说明的是,上述规定的绝对确定的法定刑并非适用于具体犯罪的所有情节,而是适用于后果特别严重或者情节特别严重的情形,法官仍有一定的自由裁量空间,因而与严格意义上的绝对确定的法定刑有所不同。

2. 绝对不确定的法定刑

绝对不确定的法定刑,是指分则条文仅规定追究某种犯罪行为的刑事责任,但不规定具体的刑种和刑度的法定刑。例如,分则条文对具体犯罪只规定“依法制裁”“依法严惩”“依法追究刑事责任”等,至于如何具体处罚,则完全由审判机关决定。

绝对不确定的法定刑在建国初期曾经出现过,但由于这种法定刑没有统一的量刑幅度和处刑标准,不利于贯彻罪刑相适应原则,因而现行刑法没有采用。应当指出的是,在我国行政法律、经济法律中的刑事责任条款往往规定有“依法追究刑事责任”。例如,《专利法》第58条规定:“假冒他人专利的,除依法承担民事责任外,由管理专利工作的部门责令改正并予公告,没收违法所得,可以并处违法所得三倍以下的罚款;没有违法所得的,可以处五万元以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”本条后段规定了刑事责任,但这并非绝对不确定的法定刑。因为“依法追究刑事责任”,实际上是依照刑法来追究刑事责任,而刑法第216条对假冒他人专利的行为已经规定了相应的法定刑,上述条款只是重申、提示刑法的有关规定而已。

绝对不确定的法定刑不同于援引法定刑。所谓援引法定刑,是指分则条文不直接规定某种具体犯罪的刑种和刑度,而仅指明适用其他具体犯罪的法定刑。例如,刑法第386条规定:“对犯受贿罪的,根据受贿所得数额及情节,依照本法第三百八十三条的规定处罚。索贿的从重处罚。”绝对不确定的法定刑,是法定刑未作任何规定;援引法定刑,是法定刑未直接规定。因此,通常情况下二者并不难区分,但个别刑法条文规定的法定刑较为特殊,需要仔细甄别。例如,1979年刑法第138条规定:“严禁用任何方法、手段诬告陷害干部、群众。凡捏造事实诬告陷害他人(包括犯人)的,参照所诬陷的罪行的性质、情节、后果、量刑标准给予刑事处分。”从形式上看,该条既未规定诬告陷害罪应当适用的刑种,也未规定应当适用的刑度,似乎是一种绝对不确定的法定刑。但实际上,对于诬告陷害罪的法定刑,该条规定是参照所诬陷的罪行的量刑标准予以处罚,即参照所诬陷的罪行的法定刑给予处罚。因此,该条实际上规定的是一种援引法定刑。

3. 相对确定的法定刑

相对确定的法定刑,是指分则条文对某种犯罪规定了一定的刑种与刑度,并明确规定最高刑与最低刑。其特点是立法上有确定的刑种和刑度,司法上又有一定的裁量空间。这种法定刑适应打击犯罪的需要,有利于实现刑罚个别化原则;适应法制的协调统一,有利于实现罪刑相适应原则;适应犯罪危害程度的变化,有利于保证刑法的相对稳定。相对确定的法定刑主要有以下情形:

(1) 规定最高限度的法定刑。即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确定。例如,刑法第431条前段规定:“以窃取、刺探、收买方法,非法获取军事秘密的,处五年以下有期徒刑。”根据刑法总则的规定,有期徒刑的最低期限为6个月,因此,审判机关应当在6个月以上5年以下有期徒刑的幅度内裁量刑罚。

(2) 规定最低限度的法定刑。即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确定。例如,刑法第316条第2款后一段规定:劫夺押

解途中的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人,“情节严重的,处七年以上有期徒刑”。根据刑法总则的规定,有期徒刑的最高期限为15年,因此,审判机关应当在7年以上15年以下有期徒刑的幅度内裁量刑罚。

(3)规定最高限度与最低限度的法定刑。即分则条文同时规定了刑罚的最高限度和最低限度,审判机关在适用时无须再根据刑法总则的规定确定法定最高刑或者法定最低刑。例如,刑法第371条前段规定:“聚众冲击军事禁区,严重扰乱军事禁区秩序的,对首要分子,处五年以上十年以下有期徒刑”。对此,审判机关应当在5年以上10年以下有期徒刑的幅度内裁量刑罚。

(4)规定两种以上主刑或者两种以上主刑并规定附加刑的法定刑。这种情况,由于分则条文规定了两种以上的刑种,因而在适用时较为复杂。例如,刑法第131条前段规定:“航空人员违反规章制度,致使发生飞行事故,造成严重后果的,处三年以下有期徒刑或者拘役”。这里规定了两种主刑,其中有期徒刑的最高刑期为3年,最低刑期则根据刑法总则的相关规定应为6个月;拘役的刑期幅度,根据刑法总则的相关规定应为1个月以上6个月以下。又如,刑法第277条第1款规定:“以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。”这里规定了三种主刑和一种附加刑,法院可以根据案件具体情节选择适用其中的一种主刑或者附加刑。

(5)规定浮动法定刑。即分则条文不直接规定某种犯罪的法定刑的具体刑度或具体数量,而是根据一定的标准处于升降不居的游移状态。其特点是,法定刑的最高限度和最低限度并非一个确定的数值,而是根据某个参数乘以一定的倍数或比率来确定。这种法定刑主要见于罚金这一附加刑。例如,刑法第227条第2款规定:“倒卖车票、船票,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处票价金额一倍以上五倍以下罚金。”该款规定的法定刑,除主刑外,还规定了罚金。而罚金的最低限度和最高限度均非一个固定的数值,而是将具体案件的票价金额,分别乘以1倍和5倍,所得出的数值才是罚金的法定最低限度和最高限度。又如,刑法第228条前段规定:“以牟利为目的,违反土地管理法规,非法转让、倒卖土地使用权,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处非法转让、倒卖土地使用权价额百分之五以上百分之二十以下罚金”。本段的法定刑,除主刑外,还规定了附加刑罚金。罚金的最低限度和最高限度都不是一个确定的数额,而是将非法转让、倒卖土地使用权价额分别乘以5%和20%,所得出的数值才是罚金的法定最低限度和最高限度。应当注意的是,刑法分则条文规定的罚金并非都是浮动法定刑,有的条文规定的是无限额罚金。这种罚金刑类似于一种绝对不确定的法定刑。例如,刑法第360条第1款规定:“明知自己患有梅毒、淋病等严重性病卖淫、嫖娼的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金。”该款规定的罚金刑,既未直接

赋予一个数值,也未设置一个确定的计算公式,因而是一种无限额罚金。

(6)规定援引法定刑。即分则条文不直接规定某种犯罪的法定刑,而是指明依照其他条款规定的具体犯罪的法定刑来处罚。例如,刑法第237条第3款规定:“猥亵儿童的,依照前两款的规定从重处罚。”根据该款规定,猥亵儿童罪的法定刑,与强制猥亵、侮辱罪的法定刑完全相同,均是5年以下有期徒刑或者拘役;如果是聚众或者在公共场所当众猥亵儿童的,或者有其他恶劣情节的,处5年以上有期徒刑。

四、罪名

(一)罪名的定义

罪名,即犯罪的名称,是对犯罪本质特征的高度概括。罪名有广义和狭义之分,广义的罪名包括类罪名、节罪名和具体罪名。狭义的罪名仅指具体罪名。这里讲的罪名,是指狭义的罪名。

(二)罪名的分类

1. 立法罪名、司法罪名和学理罪名

这是根据罪名是否具有法律效力而对其所作的分类。立法罪名,是指最高立法机关在刑法分则条文中明确规定的罪名。如贪污罪、受贿罪、挪用公款罪、行贿罪等都是由刑法典分则条文明确规定的罪名。立法罪名具有普遍的法律效力,司法机关在刑事审判实践中不得使用与立法罪名不同的罪名。

司法罪名,是指最高人民法院或最高人民检察院以司法解释的形式所确定的罪名。例如,最高人民法院于1997年12月16日发布的《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》所规定的罪名,即属于司法罪名。司法罪名对司法机关办理刑事案件具有法律约束力。据统计,1979年刑法典共有129个罪名,经修订保留了116个;单行刑法和附属刑法增加了133个罪名,经修订保留了132个;修订中又新设了164个罪名,因此,1997年修订的刑法典共有412个罪名。之后,一个单行刑法增加了1个罪名,九个刑法修正案新增了57个罪名、合并2个罪名,取消1个罪名,因此,现行刑法规定的罪名总数为468个。

学理罪名,是指非官方机构或专家、学者、司法从业人员等根据刑法分则条文规定的内容,对犯罪所概括的罪名。学理罪名没有法律效力,但对司法实践确定罪名具有指导和参考价值。

2. 单一罪名、选择罪名和概括罪名

这是根据罪名所包含的犯罪构成内容的数量单复所作的分类。单一罪名,是指所包含的犯罪构成的具体内容单一,仅反映一种行为类型,不能分解拆开使用的罪名。例如,故意杀人罪、故意伤害罪、强奸罪等。

选择罪名,是指所包含的犯罪构成的具体内容复杂,反映出多种行为类型,既可

概括使用也可分解拆开使用的罪名。例如,窝藏、包庇罪是一个罪名,但它既包括窝藏罪犯的行为,也包括包庇罪犯的行为,因而可以拆分为三个罪名。仅窝藏罪犯的,定窝藏罪;仅包庇罪犯,定包庇罪;既窝藏又包庇罪犯的,定窝藏、包庇罪(不实行数罪并罚)。选择罪名大致可分为以下三种情形:(1)行为选择,即罪名中包括了多种行为方式,如走私、贩卖、运输、制造毒品罪;(2)对象选择,即罪名中包括了多种行为对象,如拐卖妇女、儿童罪;(3)行为与对象同时选择,即罪名中包括了多种行为与多种对象,如非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪,包括五种行为和三种对象,可以分解成诸多罪名。

概括罪名,是指所包含的犯罪构成的具体内容复杂,反映出多种行为类型的罪名,但只能概括使用,不能分解拆开使用的罪名。例如,信用卡诈骗罪,包括使用伪造的信用卡或者使用以虚假的身份骗领的信用卡、使用作废的信用卡、冒用他人信用卡、恶意透支等具体行为类型。无论行为人实施其中一种或数种行为,均认定为信用卡诈骗罪。如冒用他人信用卡的,认定为信用卡诈骗罪,而非冒用信用卡罪;既使用作废的信用卡又冒用他人信用卡的,仍认定为信用卡诈骗罪(不实行数罪并罚)。

(三) 罪名的确定

关于罪名的规定,主要有两种模式:(1)标题式,即在分则条文中以标题方式明确规定罪名;(2)定义式,即在分则条文中以定义的方式规定罪名。刑法分则对罪名的确定,部分采用的是定义式。例如,刑法第382条规定:“国家工作人员利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的,是贪污罪。”这种定义式罪名在我国刑法分则中很少,绝大多数刑法分则条文均未明确规定罪名。对于这些未明确规定罪名的条文,司法机关应当根据分则的具体规定概括其具体罪名,此即罪名的确定。

罪名的确定,需要明确以下三点内容:(1)刑法分则条文规定的是一个罪名还是数个罪名?如刑法第236条规定的是一个罪名还是两个罪名?刑法第415条规定的是一个罪名还是两个罪名?这些条文罪名的确定不仅直接影响一罪与数罪的认定,而且会影响此罪与彼罪的区分。(2)结果加重犯、结合犯等,应否确定为独立的罪名?例如,是否存在抢劫致死罪、绑架杀人罪的罪名?(3)如何确定一个具体犯罪的名称?例如,刑法第201条所规定的犯罪,是概括为偷税罪合适,还是概括为逃税罪合适?

在确定罪名时,应当遵循合法性原则、概括性原则和科学性原则。现行刑法颁布之初,刑法理论界对部分罪名的确定曾经存在争议。后来,最高司法机关以司法解释的形式确定分则条文中的所有罪名,从而平息了争论。应当肯定的是,司法解释确定的罪名绝大多数是比较合理的,但对个别条文的罪名的确定,则缺乏合理性,有待改进。