



山东省成人高等教育品牌专业建设法学系列教材

刑法学

主编 黄伟明



山东人民出版社

刑法学

主编 黄伟明
审稿 冯殿美

山东人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法学/黄伟明主编. —济南: 山东人民出版社, 2009. 9
ISBN 978-7-209-04899-6

I. 刑… II. 黄… III. 刑法—法的理论—中国 IV. D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 164945 号

责任编辑:李怀德
封面设计:张丽娜

刑法学

黄伟明 主编

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮编:250001

网址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

青岛星球印刷有限公司印装

规格 16 开(184mm×260mm)

印张 20.75

字数 380 千字 插页 2

版次 2009 年 9 月第 1 版

印次 2009 年 9 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04899-6

定价 37.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0532)88194567

《山东省成人高等教育品牌专业建设法学系列教材》

编委会

主任：房绍坤

副主任：陈继忠 汤唯 黄伟明

成员：李杰盛 范李瑛 袁红玉 郭明瑞 陈金钊
冯殿美 孟鸿志 易萍 周长军 孙博
袁瑜琤 程朝阳 王宏选 田华栋

《刑法学》编审人员

主编：黄伟明

参编：初炳东 李涛 陆诗忠 毛海利 王光明

审稿：冯殿美

前 言

成人高等教育是高等教育的重要组成部分。成人高等教育具有教育对象广泛、教育功能多元、办学方式灵活开放等特点。随着我国高等教育改革的不断推进,成人高等教育将担负起更加重要的使命。重视成人高等教育的发展,探求成人高等教育新的发展路径是高度教育发展的必然。

山东省教育厅在国内率先提出建设成人高等教育品牌专业的设想,并提出了具体的规划和要求。2007年11月,烟台大学法学专业获得山东省教育厅批准,启动了“山东省成人高等教育品牌专业建设”工作,开始全面建设法学成人高等教育品牌专业。在建设过程中,我们始终以科学发展观为指导思想,尊重教育发展规律,适应中国法治建设发展需要,广泛开展成人高等教育。同时,以建设省内一流成人高等教育法学专业为目标,以提高在职、从业人员和社会其他人员的法学知识、法学应用能力为目的,为社会各行业培养既有丰富实践经验和技能,又有基本法律素养和知识的法律专门人才,采用现代化教学手段,建立适合本省成人法学高等教育发展的教学模式。我们依托法学院国家特色专业、民商法国家教学团队,发挥民法国家精品课优势、省级重点学科优势、省级人文基地优势、一级学科硕士点优势等有利条件,努力将烟台大学法学专业建成在国内有重大影响、在山东省具有龙头地位的品牌专业。本套教材就是根据成人高等教育品牌建设工作的规划,结合成人高等教育的特点,以法学院教师为主体编写的法学系列教材。

为了编写出一套高质量的教材,我们进行了大量的调研,以掌握成人高等教育教材的编写要求。为了保证教材的高质量,我们制定了详细的教材编写规划,对教材编写的格式、体例、语言规范等提出严格要求,并且责任落实到人。本套教材具有如下特点:第一,体例统一。我们对所有教材统一体例,统一格式要求。第二,突出重点。为了保证教材内容适合不同的教育对象,我们提出了明确的教学要求,并将内容分为基本原理和扩展知识,以基本原理为重点内容。第三,语言简练。为了适应成人教育的特点,我们明确提出教材内容要简练精确,避免晦涩深奥的理论表述。第四,重理解应用。我们在每章编写了案例分析(或事例

分析),通过分析,提高学生对每章重点问题的理解和应用能力。第五,实用多能。我们在教材版式设计中,特别增加了页边笔记区,实现书本结合,方便学生学习。

本套教材由全国首届高校百名国家级教学名师获得者房绍坤教授担任总主编,由法学院骨干教师担任各相关课程主编,并吸收了兄弟院校的高水平教师参加了编写工作。我们还聘请了校内外专家作为审稿人,严把教材质量关。

编写成人高等教育教材是一项具有挑战性的工作,编写成人高等教育法学系列教材更是一件难度很大的工作。尽管我们尽一切努力来保证教材的高质量,仍难免会因经验的不足和工作的疏漏而有一定的缺憾。我们诚挚地希望广大读者给予批评指正,我们会在不断的学习中完善我们的教材。

房绍坤

2009年8月26日

目 录

前言	房绍坤(1)
刑法总论	
第一章 刑法概说	(3)
第一节 刑法的概念和性质	(3)
第二节 刑法的目的与任务	(5)
第三节 刑法的体系与刑法解释	(6)
第二章 刑法的基本原则	(11)
第一节 刑法基本原则概述	(11)
第二节 我国刑法的基本原则	(11)
第三章 刑法的效力范围	(19)
第一节 刑法效力范围概述	(19)
第二节 我国刑法的效力范围规定	(21)
第四章 犯罪定义与犯罪构成	(28)
第一节 犯罪定义概述	(28)
第二节 犯罪的特征	(30)
第三节 犯罪构成概述	(31)
第五章 犯罪客体	(37)
第一节 犯罪客体概述	(37)
第二节 犯罪客体与犯罪对象	(38)
第六章 犯罪客观方面	(41)
第一节 犯罪客观方面概述	(41)
第二节 危害行为	(42)
第三节 危害结果	(44)
第四节 刑法上的因果关系	(46)
第五节 行为的时间、地点与方法	(49)
第七章 犯罪主体	(54)
第一节 犯罪主体概述	(54)
第二节 自然人犯罪主体	(55)
第三节 单位犯罪主体	(59)
第八章 犯罪主观方面	(64)
第一节 犯罪主观方面概述	(64)

第一节	刑法分则的罪状与罪名	(169)
第二节	法定刑与宣告刑	(170)
第十八章	危害国家安全罪	(172)
第一节	危害国家安全罪概述	(172)
第二节	危害国家安全罪分述	(173)
第十九章	危害公共安全罪	(178)
第一节	危害公共安全罪概述	(178)
第二节	危害公共安全罪分述	(179)
第二十章	破坏社会主义市场经济秩序罪	(198)
第一节	破坏社会主义市场经济秩序罪概述	(198)
第二节	生产、销售伪劣商品罪	(199)
第三节	走私罪	(202)
第四节	妨害对公司、企业的管理秩序罪	(204)
第五节	破坏金融管理秩序罪	(207)
第六节	金融诈骗罪	(212)
第七节	危害税收征管罪	(217)
第八节	侵犯知识产权罪	(219)
第九节	扰乱市场秩序罪	(221)
第二十一章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	(225)
第一节	侵害公民人身权利、民主权利罪概述	(225)
第二节	侵害公民人身权利、民主权利罪分述	(226)
第二十二章	侵犯财产罪	(243)
第一节	侵犯财产罪概述	(243)
第二节	侵犯财产罪分述	(244)
第二十三章	妨害社会管理秩序罪	(258)
第一节	妨害社会管理秩序罪概述	(258)
第二节	扰乱公共秩序罪	(259)
第三节	妨害司法罪	(267)
第四节	妨害国(边)境管理罪	(271)
第五节	妨害文物管理罪	(273)
第六节	危害公共卫生罪	(274)
第七节	破坏资源环境罪	(277)
第八节	走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(279)
第九节	组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(283)
第十节	制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(285)
第二十四章	危害国防利益罪	(287)
第一节	危害国防利益罪概述	(287)
第二节	危害国防利益罪分述	(288)
第二十五章	贪污贿赂罪	(294)

第一节 贪污贿赂罪概述	(294)
第二节 贪污贿赂罪分述	(295)
第二十六章 渎职罪	(307)
第一节 渎职罪概述	(307)
第二节 渎职罪分述	(307)
第二十七章 军人违反职责罪	(319)
第一节 军人违反职责罪概述	(319)
第二节 危害作战利益的犯罪	(320)
第三节 违反部队管理制度的犯罪	(321)
第四节 危害军事秘密的犯罪	(322)
第五节 危害部队物资保障的犯罪	(322)
第六节 侵犯部属、伤病军人、平民、俘虏利益的犯罪	(323)
后记	(325)
第一章 刑法概述	(326)
第一节 犯罪概述	(326)
第二节 犯罪中止	(326)
第三节 共同犯罪	(327)
第一节 共同犯罪的概念和成立条件	(327)
第二节 共同犯罪的形式	(328)
第三节 共同犯罪人的刑事责任	(329)
第四节 共同犯罪人的地位	(330)
第五节 共同犯罪人的刑事责任	(331)
第六节 共同犯罪人的刑事责任	(332)
第七节 共同犯罪人的刑事责任	(333)
第八节 共同犯罪人的刑事责任	(334)
第九节 共同犯罪人的刑事责任	(335)
第十节 共同犯罪人的刑事责任	(336)
第十一节 共同犯罪人的刑事责任	(337)
第十二节 共同犯罪人的刑事责任	(338)
第十三节 共同犯罪人的刑事责任	(339)
第十四节 共同犯罪人的刑事责任	(340)
第十五节 共同犯罪人的刑事责任	(341)
第十六节 共同犯罪人的刑事责任	(342)
第十七节 共同犯罪人的刑事责任	(343)
第十八节 共同犯罪人的刑事责任	(344)
第十九节 共同犯罪人的刑事责任	(345)
第二十节 共同犯罪人的刑事责任	(346)
第二十一节 共同犯罪人的刑事责任	(347)
第二十二节 共同犯罪人的刑事责任	(348)
第二十三节 共同犯罪人的刑事责任	(349)
第二十四节 共同犯罪人的刑事责任	(350)
第二十五节 共同犯罪人的刑事责任	(351)
第二十六节 共同犯罪人的刑事责任	(352)
第二十七节 共同犯罪人的刑事责任	(353)
第二十八节 共同犯罪人的刑事责任	(354)
第二十九节 共同犯罪人的刑事责任	(355)
第三十节 共同犯罪人的刑事责任	(356)
第三十一节 共同犯罪人的刑事责任	(357)
第三十二节 共同犯罪人的刑事责任	(358)
第三十三节 共同犯罪人的刑事责任	(359)
第三十四节 共同犯罪人的刑事责任	(360)
第三十五节 共同犯罪人的刑事责任	(361)
第三十六节 共同犯罪人的刑事责任	(362)
第三十七节 共同犯罪人的刑事责任	(363)
第三十八节 共同犯罪人的刑事责任	(364)
第三十九节 共同犯罪人的刑事责任	(365)
第四十节 共同犯罪人的刑事责任	(366)
第四十一节 共同犯罪人的刑事责任	(367)
第四十二节 共同犯罪人的刑事责任	(368)
第四十三节 共同犯罪人的刑事责任	(369)
第四十四节 共同犯罪人的刑事责任	(370)
第四十五节 共同犯罪人的刑事责任	(371)
第四十六节 共同犯罪人的刑事责任	(372)
第四十七节 共同犯罪人的刑事责任	(373)
第四十八节 共同犯罪人的刑事责任	(374)
第四十九节 共同犯罪人的刑事责任	(375)
第五十节 共同犯罪人的刑事责任	(376)
第五十一节 共同犯罪人的刑事责任	(377)
第五十二节 共同犯罪人的刑事责任	(378)
第五十三节 共同犯罪人的刑事责任	(379)
第五十四节 共同犯罪人的刑事责任	(380)
第五十五节 共同犯罪人的刑事责任	(381)
第五十六节 共同犯罪人的刑事责任	(382)
第五十七节 共同犯罪人的刑事责任	(383)
第五十八节 共同犯罪人的刑事责任	(384)
第五十九节 共同犯罪人的刑事责任	(385)
第六十节 共同犯罪人的刑事责任	(386)
第六十一节 共同犯罪人的刑事责任	(387)
第六十二节 共同犯罪人的刑事责任	(388)
第六十三节 共同犯罪人的刑事责任	(389)
第六十四节 共同犯罪人的刑事责任	(390)
第六十五节 共同犯罪人的刑事责任	(391)
第六十六节 共同犯罪人的刑事责任	(392)
第六十七节 共同犯罪人的刑事责任	(393)
第六十八节 共同犯罪人的刑事责任	(394)
第六十九节 共同犯罪人的刑事责任	(395)
第七十节 共同犯罪人的刑事责任	(396)
第七十一节 共同犯罪人的刑事责任	(397)
第七十二节 共同犯罪人的刑事责任	(398)
第七十三节 共同犯罪人的刑事责任	(399)
第七十四节 共同犯罪人的刑事责任	(400)
第七十五节 共同犯罪人的刑事责任	(401)
第七十六节 共同犯罪人的刑事责任	(402)
第七十七节 共同犯罪人的刑事责任	(403)
第七十八节 共同犯罪人的刑事责任	(404)
第七十九节 共同犯罪人的刑事责任	(405)
第八十节 共同犯罪人的刑事责任	(406)
第八十一节 共同犯罪人的刑事责任	(407)
第八十二节 共同犯罪人的刑事责任	(408)
第八十三节 共同犯罪人的刑事责任	(409)
第八十四节 共同犯罪人的刑事责任	(410)
第八十五节 共同犯罪人的刑事责任	(411)
第八十六节 共同犯罪人的刑事责任	(412)
第八十七节 共同犯罪人的刑事责任	(413)
第八十八节 共同犯罪人的刑事责任	(414)
第八十九节 共同犯罪人的刑事责任	(415)
第九十节 共同犯罪人的刑事责任	(416)
第九十一节 共同犯罪人的刑事责任	(417)
第九十二节 共同犯罪人的刑事责任	(418)
第九十三节 共同犯罪人的刑事责任	(419)
第九十四节 共同犯罪人的刑事责任	(420)
第九十五节 共同犯罪人的刑事责任	(421)
第九十六节 共同犯罪人的刑事责任	(422)
第九十七节 共同犯罪人的刑事责任	(423)
第九十八节 共同犯罪人的刑事责任	(424)
第九十九节 共同犯罪人的刑事责任	(425)
第一百节 共同犯罪人的刑事责任	(426)

第一章 刑法概说

【教学要求】

一、专科生:掌握刑法的概念、刑法的性质、刑法解释的分类和概念;了解刑法的目的与任务,刑法的体系。

二、本科生:掌握刑法的概念、刑法的性质、刑法的目的与任务,刑法的体系;了解刑法的创制与完善,刑法中的“但书”的含义。

【基本原理】

第一节 刑法

一、刑法的概念

“刑法是规定犯罪和刑罚的法律规范”是最一般的,为多数人可以接受的所谓刑法的形式定义。刑法的基本组成部分。根据马克思主义的阶级实质,这就是所谓的实质定义。刑法是统治阶级,为了维护本阶级的统治,以国家的名义,规定什么样的行为是犯罪并应给予什么样的刑罚的法律规范。我国刑法是社会主义刑法,体现以工人阶级为领导的广大人民的意志,坚持辩证唯物主义、毛泽东思想为指导,以宪法为根据,总结我国的具体经验和实际情况,规定犯罪与刑罚的法律规范的总和。^①

根据刑法的表现形式,刑法有广义和狭义之分。狭义的刑法仅指刑法典。我国的刑法典是指1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过,1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订的《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)。广义的刑法包括刑法典以及单行刑法和附属刑法。单行刑法是指为补充、修改刑法典而出

刑 法 总 论

① 杨春洗、杨敦先、郭自力主编:《中国刑法论》,北京大学出版社2005年11月第3版,第4页。

② 杨春洗、杨敦先、郭自力主编:《中国刑法论》,北京大学出版社2005年11月第3版,第5页。

第一节 贪污贿赂罪概述 (305)

第二节 贪污贿赂罪分述 (307)

第二十六章 渎职罪 (307)

第一节 渎职罪概述 (307)

第二节 渎职罪分述 (307)

第二十七章 军人违反职责罪 (319)

第一节 军人违反职责罪概述 (319)

第二节 危害作战利益的犯罪 (320)

第三节 违反部队管理制度的犯罪 (321)

第四节 危害军事秘密的犯罪 (322)

第五节 危害部队治安利益的犯罪 (322)

第六节 侵犯部队公民、俘虏利益的犯罪 (323)

后记 (325)

刑法学
总论

第一章 刑法概说

【教学要求】

专科生:掌握刑法的概念,刑法的性质,刑法解释的分类和概念;了解刑法的目的与任务,刑法的体系。

本科生:掌握刑法的概念,刑法的性质,刑法解释的分类和概念,刑法的目的与任务,刑法的体系;了解刑法的机能,我国刑法的创制与完善,刑法中的“但书”的含义。

【基本原理】

第一节 刑法的概念和性质

一、刑法的概念

“刑法是规定犯罪和刑罚的法律规范的总和。这是最一般的,为多数人接受的所谓刑法的形式定义。”^①根据该定义,犯罪与刑罚是刑法的基本组成部分。根据马列主义观点还要求在定义中揭示刑法的阶级实质,这就是所谓的实质定义。一般认为,刑法是掌握国家政权的统治阶级,为了维护本阶级的统治,以国家名义规定什么行为是犯罪并应给以什么样的刑罚惩罚的法律规范的总和。我国刑法是社会主义刑法,体现以工人阶级为领导的广大人民的意志,是以马列主义、毛泽东思想为指导,以宪法为根据,总结我国的具体经验和实际情况,规定犯罪与刑罚的法律规范的总和。^②

根据刑法的表现形式,刑法有广义和狭义之分。狭义的刑法仅指刑法典。我国的刑法典是指1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过、1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订的《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)。广义的刑法包括刑法典以及单行刑法和附属刑法。单行刑法是指为补充、修改刑法典而由

① 杨春洗、杨敦先、郭自力主编:《中国刑法论》,北京大学出版社2005年11月第3版,第4页。

② 杨春洗、杨敦先、郭自力主编:《中国刑法论》,北京大学出版社2005年11月第3版,第5页。

最高立法机关颁布的刑法规范。附属刑法是指非刑事法律中有关犯罪及其处罚的规定。

近些年来,西方许多国家采取刑事法律后果的双轨制,即除刑罚外,还出于预防犯罪,保护社会的需要,对有犯罪倾向的人和有害社会行为的精神病人采取保安处分。我国刑法典中也规定了非刑罚处罚方法。因此,犯罪与刑罚已经不是刑法的全部内容。

二、刑法的性质

从刑法的本质属性上讲,刑法具有阶级性和法律性。

1. 刑法的阶级性是指刑法是由统治阶级制定的,反映了统治阶级的意志。刑法所规定的犯罪主要针对的是侵害统治阶级利益的行为。其中,惩罚危害国家安全的犯罪是直接维护统治阶级利益的体现。惩罚危害公共安全的犯罪以及侵害个人权益的犯罪则是通过对公共安全和个人的保护来实现维护统治阶级秩序的。刑法规定的刑罚措施都是以剥夺犯罪人的某种权益为内容的,具有较强的惩罚性,以达到维护统治的目的。当然,刑法体现的统治阶级意志是统治阶级的整体意志,而不是其中个别人的意志,因此,对于统治阶级内部出现的危害统治的行为,刑法也会以犯罪来惩处,如贪污、渎职等行为。另外,刑法在主要反映掌握国家政权的统治阶级的意志的同时,也在一定范围、一定程度上反映社会各阶级的某些共同利益和要求。

2. 刑法的法律性是指刑法是部门法的一个分支,具有内在的法律规范性和法律文化的共同性与历史继承性。作为重要的部门法,刑法具有特殊的规范性,即,刑法条文以特有的逻辑规范规定犯罪和刑罚。通常,每一个刑法分则条文都由两个基本部分构成:犯罪构成行为描述;刑罚种类和幅度规定。刑法所规定的所有犯罪行为都具有明确的行为内容,每一种犯罪都有相应的刑罚处罚措施。这是刑法规范与其他法律规范的重要区别。此外,刑法文化也具有共同性和历史继承性。不论在任何历史时期、任何统治之下,刑法都被作为国家统治的重要手段,形成了许多共同的刑法观念和刑法制度。这些观念和制度已经不再受时间和空间的局限,成为了人类的共同遗产。例如,罪刑法定原则首先由资产阶级思想家提出,现在已经成为世界性的刑法基本原则。各国也根据自己国家的特点,对历史上的刑法制度予以继承。

从刑法与其他部门法的比较来看,刑法具有下列特性:

1. 调整对象和范围的广泛性。刑法调整的是受到犯罪侵害的各方面的社会关系,存在犯罪侵害的地方都属于刑法调整的范围。其他部门法根据调整对象的性质划分各自的调整范围,有明确的界限。例如,民法调整平等主体之间的财产和人身关系;行政法调整公民与行政机关之间的行政关系。刑法的调整范围不受调整对象性质的限制,其他部门法无法调整的社会关系都可能成为刑法调整的对象。

2. 任务和实现任务的方法不同。刑法是用刑罚的方法同犯罪行为作斗争。其他部门法律不能处理犯罪行为,也不能使用刑罚方法调整各自调整的社会关系。例如,轻微的伤害行为可以通过民事赔偿解决,但是严重的伤害行为就只能通过刑罚来处罚。

3. 刑法具有最高的强制性。刑法的强制性表现在两个方面:一方面,刑事违法必须通过刑事诉讼来解决,不允许私人之间的和解。犯罪的认定和刑罚的处罚是国家司法机关的特权,是以国家强制力保障实施的;另一方面,对犯罪的处罚——刑罚——具有最高的强制性,国家可以通过适用刑罚,剥夺犯罪人的财产、自由甚至生命,这是其他法律所不具有的。违反民法承担的民事责任最重也只限于金钱赔偿;违反行政法承担行政处罚的最严厉形式是行政拘留 15 天。

第二节 刑法的目的与任务

一、刑法制定的目的和根据

刑法制定的目的,是指国家立法机关通过制定刑法和实施刑法所期望达到的目标。我国《刑法》第 1 条就规定了制定刑法的目的:“为了惩罚犯罪,保护人民”。该条还规定了我国刑法制定的根据,包括两个方面的内容:一是宪法根据;二是事实根据。即“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”。

二、刑法的任务

我国《刑法》第 2 条规定了刑法的任务。“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。”

我国刑法的任务包括两个方面:一是惩罚方面,二是保护方面。其中,惩罚犯罪是手段,保护人民是目的。我国刑法惩罚的对象只能是实施了犯罪行为的人。我国刑法的打击重点是严重危害国家安全的犯罪和其他刑事犯罪。我国刑法保护的内容可以分为五个方面:保卫国家安全,即国家的独立、统一,国家领土的完整和安全和其他基本利益安全;保卫人民民主专政的政权和社会主义制度;保护社会主义公共财产和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。

第三节 刑法的体系与刑法解释

一、刑法的体系

刑法的体系就是指刑法的组成和结构。我国《刑法》分为总则、分则和附则三个部分。其中总则、分则各为一编,在编之下,再根据法律规范的性质和内容有次序地划分为章、节、条、款、项等层次。

《刑法》第一编总则分设五章,即刑法的任务、基本原则和适用范围;犯罪;刑罚;刑罚的具体运用;其他规定。第二编分则分设十章,即危害国家安全罪;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。刑法除总则编和分则编外,第三部分为附则。刑法附则部分仅一个条文,即《刑法》第 452 条。该条的内容一是规定修订后的刑法开始施行的日期;二是规定修订后的刑法与以往单行刑法的关系,宣布在修订刑法生效后某些单行刑法的废止以及某些单行刑法中有关刑事责任的内容的失效。

刑法规范都以条文的形式出现。配置在各编、章、节中的刑法条文,全部用统一的顺序号码进行编号。刑法条文采用统一编号,既可以达到系统化的目的,又可以保证查阅方便,引用准确。条文之下分款、项。

二、刑法的解释

刑法的解释就是对于刑法规范含义的阐明。刑法的解释,可以从不同方面进行分类,主要有以下两种分类:

1. 按解释的效力分类,刑法的解释可分为立法解释、司法解释和学理解释。

立法解释,就是由最高立法机关即全国人大及其常委会对刑法的含义所作的解释。例如《刑法》第 357 条规定:“本法所称的毒品,是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺(冰毒)、吗啡、大麻、可卡因以及国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。”司法解释,就是由最高司法机关对刑法的含义所作的解释。学理解释,就是由国家宣传机构、社会组织、教学科研单位或者专家学者从学理上对刑法含义所作的解释。如刑法教科书、专著、论文、案例分析以及对刑法典的注释等,都属于学理解释。学理解释在法律上没有约束力。

2. 按解释的方法分类,刑法的解释可分为文理解释和论理解释。

文理解释,就是对法律条文的语义,包括单词、概念、术语,从文理上所作的解释。论理解释,就是按照立法精神,联系有关情况,从逻辑上所作的解释。论理解释又分为当然解释、扩张解释和限制解释。

【扩展知识】

一、刑法的定义

关于刑法的定义,有学者定义为“掌握政权的阶级,为了维护其阶级利益,根据本阶级的意志,以国家名义颁布的、规定犯罪及其刑事责任的法律规范的总和”^①。也有学者简单定义刑法是“规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律”^②。对于刑法的定义,“不反映刑事责任,自属有所不足;不反映刑罚,更难认为妥当;只有将犯罪、刑事责任和刑罚完全反映出来,才符合我国刑法以及上述其他国家刑法规定的实际”^③。

二、刑法的机能

刑法的机能是指刑法作为一个系所具有的作用与功效。“现代刑法的思想体系,由刑法谦抑的基本理念出发,而发展出三项具体的刑法准则,即罪刑法定主义、法益保障主义与责任主义,配合这三项刑法准则产生了刑法的三个基本机能,即保障机能、保护机能、规制机能”^④。人权保障机能就是刑法通过限制国家刑罚权的发动以保障公民活动自由不受国家侵犯。法益保护机能是指刑法具有保护法益不受犯罪行为侵害的机能。行为规制机能是指刑法具有规制公民行动自由的机能。但是,刑法的上述机能并不是协同发展、并驾齐驱的。人权保障机能的发挥是通过限制国家刑罚权来实现的,而限制国家刑罚权就必然限制国家对犯罪的追诉,就会妨碍对法益的保护;反之,强调对法益保护机能的发挥,就不能限制国家刑罚权的应用,就可能因此侵犯公民活动的自由,因而侵犯人权。所以,如何协调人权保障与法益保护的关系是世界范围内刑法学的重要课题。

三、我国刑法的创制与完善

我国刑法的创制经历了一个长期曲折的过程。刑法典最初的起草工作是由中央人民政府法制委员会主持进行的。自1950年至1954年9月,法制委员会写出两个草案文本,但因为历史原因没有提交立法程序。1954年9月召开了第一届全国人民代表大会第一次会议,通过了《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国人民法院组织法》以及《中华人民共和国人民检察院组织法》等五部法律。此后,刑法典起草工作由全国人大常委会办公厅法律室负责。1954年10月至1956年11月,法律室写出13稿,至1957年6月28日,已写出22稿。由于1957年“反右”斗

① 张明楷:《刑法学》(上),法律出版社1997年版,第11页。

② 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社2007年3月第3版,第8页。

③ 马克昌主编:《刑法学》,高等教育出版社2003年版,第1~2页。

④ 参见刘艳红主编:《刑法学总论》,北京大学出版社2006年7月第2版,第8页。

争,刑法起草工作停止。1961年10月起,刑法草案研究重新开始。1963年10月9日,刑法草案写出33稿。这个稿本经中共中央政治局常委和毛泽东同志审查,曾考虑公布,但因“四清”、“文革”等政治运动冲击,没能公布。1976年粉碎“四人帮”后,法制建设受到重视。1978年10月,国家组成刑法草案修订班子,对第33稿进行修订。从1979年3月中旬开始,刑法起草工作以刑法草案第33稿为基础,根据新经验、新情况和新问题,征求了最高人民法院、最高人民检察院、公安部和中央其他部门意见,对草案进行了修改。1979年5月29日,获得中央政治局通过的草案文本又经过法制委员会全体会议和第五届全国人大常委会第八次会议讨论审议,修改后提交第五届全国人民代表大会第二次会议审议,于1979年7月1日通过,7月6日公布,1980年1月1日施行。

1979年刑法受到当时的政治、经济、文化及社会治安形势的限制,加上立法经验相对不足,以至于在短时间内显露出与社会现实生活的不适应。特别是1979年实行改革开放后,刑法典的缺陷愈显突出。为了适应改革开放的需要,我国最高立法机关自1981年至1995年先后通过了24个单行刑法,并在107部经济、民事、行政、军事、环境与资源保护、社会保障等方面的法律中附设刑事条款。然而,刑法典之外存在众多的单行刑法和附属刑法,使刑法规范整体凌乱,不便于掌握和适用。全面修订刑法势在必行。1997年3月14日,第八届全国人民代表大会第五次会议通过了修订的《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)。修订后的刑法于1997年10月1日施行。^①

四、刑法中的“但书”

一个条文的同一款中包含有两个或两个以上意思的,在学理上称之为前段、后段,或者前段、中段、后段,或者第一段、第二段……在具有这种结构的条款当中,如有用“但是”这个连接词来表示转折关系的,则从“但是”开始的这段文字,学理上称之为“但书”。我国刑法条文中的“但书”所表示的情况大致有以下几种:(1)“但书”是前段的补充。例如,《刑法》第13条在规定了什么是犯罪之后,接着“但书”指出:“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”这是从什么情况下不认为是犯罪的角度,来补充说明什么是犯罪。这个“但书”对于划清罪与非罪的界限,具有重要的意义。(2)“但书”是前段的例外。例如,《刑法》第65条规定:“被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子,刑罚执行完毕或者赦免以后,在5年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的,是累犯,应当从重处罚,但是过失犯罪除外。”从这个“但书”中可以明显看出,过失犯罪无所谓累犯问题。举一反三,凡是条款规定有“但是……除外”的,都属

^① 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年1月第3版,第10~12页。

于这种情况。(3)“但书”是对前段的限制。例如《刑法》第21条第2款规定:“紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚。”在这里,“但书”对避险过当人负刑事责任作了限制性的规定。

五、论理解释

论理解释又分为当然解释、历史解释、扩张解释与限制解释。

当然解释,即刑法规定虽未明示某一事项,但依规范目的、事物属性的逻辑推理,将该事项当然解释为包括在该规定适用范围之内的解释方法。如《刑法》第201条规定:“因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的”,构成偷税罪。由此,认为因偷税被给予三次以上行政处罚又偷税的构成偷税罪,就属当然解释。

历史解释,指根据刑法制定或修订的历史背景以及刑法发展的沿革,阐明刑法规定真实含义的解释方法。历史解释并不意味着仅仅是立法原意的探求,更多体现在根据立法文献史料得出科学的结论。

扩张解释是指刑法条文的字面含义比刑法真实含义窄,于是扩张字面含义,使其符合刑法规定真实含义的解释方法。例如对《刑法》第116条中的“汽车”的含义,多解释为包括作为交通工具使用的大型拖拉机。这是一种扩张解释。扩张解释不能超出刑法用语可能具有的含义,否则便是类推解释,有违罪刑法定原则。

限制解释是指刑法条文的字面含义比刑法真实含义广,于是对字面含义加以限制,使之符合刑法规定真实含义的解释。如将《刑法》第20条第3款中的“行凶”限定为“严重的行凶,即可能造成重伤、死亡的行凶”,这是一种限制解释。^①

【案例分析】

张某,男,30岁,某村村民。张某因琐事与邻居李某发生口角,进而发生打斗。打斗中,张某将李某胳膊打成骨折。村支书前来调节,让张某赔偿李某医药费2000元,李某不准再就此事追究张某。双方还签订了协议。试问:如何评价张某的行为?村支书的调解是否合法?

刑法是规定什么是犯罪以及犯罪后应当承担什么样刑事责任的法律规范。构成犯罪的行为必须依照刑法的规定定罪量刑。但是,刑法与其他法律的界线并非十分明显而容易区分。在具体案件的判断上,我们既要结合相关的法律规定,又要对刑法的内涵有深刻的理解。本案张某将邻居李某打成骨折,显然不属于轻微伤,而是符合刑法关于故意伤害罪的规定。《刑法》第234条规定:“故意伤害他人身体的……”如果张某的行为构成犯罪,就不能采取调节的方式来解决。因此,村支书主持进

^① 王作富主编:《刑法》,中国人民大学出版社2004年8月第2版,第12~13页。

要点记录

行的调解是违法的,也是无效的。本案应当起诉到人民法院,由人民法院依据刑法的规定来判决。

【思考习题】

1. 名词解释:刑法。
2. 简答刑法的分类有哪些?
3. 试论刑法的性质。
4. 简答刑法的任务。
5. 简述刑法的体系。
6. 如何理解刑法的机能?
7. 试论刑法的解释有哪些种类?

① 参见高铭耀、马克昌主编,《刑法学》,北京大学出版社,高等教育出版社,2007年1月第1版,第19页;同书21版,第1版,第19页。② 同书,第19页。③ 同书,第19页。

第二章 刑法的基本原则

【教学要求】

专科生:掌握刑法的三个基本原则的基本含义和意义。

本科生:掌握刑法的三个基本原则的历史渊源、理论基础、基本含义和意义。

【基本原理】

第一节 刑法基本原则概述

刑法基本原则是指体现刑法的性质和任务,贯穿于刑法始终的指导刑事立法和刑事司法的基本准则。^① 刑法的基本原则一般应具有以下特征:

1. 刑法的基本原则必须贯穿刑法规范的始终。刑法规范的基本内容是定罪和量刑。刑法的基本原则必须同时适用定罪和量刑规范,对定罪和量刑都具有指导作用。
2. 刑法基本原则必须是刑法制定、解释与适用都要遵守的准则。
3. 刑法的基本原则必须体现我国刑事法制的基本精神。

此外,罪责自负原则、主客观相统一原则、惩罚与教育相结合原则,尽管刑法未予明文规定,但符合刑法基本原则的标准,因而也应属于我国刑法的基本原则。^②

第二节 我国刑法的基本原则

一、罪刑法定原则

(一) 罪刑法定原则的渊源

早在古罗马法中,就有用拉丁文表述的法律格言“法无明文规定不

^① 杨春洗、杨敦先、郭自力主编:《中国刑法论》,北京大学出版社2005年11月第3版,第11页。

^② 王作富主编:《刑法》,中国人民大学出版社2004年8月第2版,第16页。

要点记录

为罪”，“法无明文规定不处罚”。这是对罪刑法定原则的最好阐述。

罪刑法定思想是在17、18世纪资产阶级启蒙思想家的倡导下，为反对封建罪刑擅断发展起来的。其制度基础是资产阶级的“三权分立”制度，其哲学基础是“心理强制说”。1791年法国刑法典是第一部明文规定罪刑法定原则的刑法典。1801年，德国刑法学家费尔巴哈(Von Feuerbach, 1775—1833)在《刑法教科书》中，第一次使用了“罪刑法定原则”的概念，并极力倡导将其作为刑法的基本原则。我国《刑法》第3条规定了罪刑法定原则：“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。”

(二) 罪刑法定原则的内涵

“罪刑法定主义的两个基本要求，一是刑法的法定化、实定化，一是条文的明确化。前者要求刑法中的犯罪与刑罚，必须用条文规定，必须作实体的规定；后者要求条文的规定，必须意思确切，文字清晰，不容稍有混淆。”^①罪刑法定原则包含有四个派生原则(或称排斥原则)：(1)排斥习惯法；(2)否定不定期刑；(3)禁止事后法(溯及既往)；(4)禁止类推和扩张解释。在罪刑法定发展历史上，存在绝对罪刑法定主义和相对罪刑法定主义。绝对罪刑法定主义是一种严格的、不容任意选择或变通的原则，对犯罪和刑罚的规定是绝对确定的。相对罪刑法定主义是一种较为灵活的原则，允许在一定条件下适用传统排斥的作法。

确立罪刑法定原则具有重大的意义，它不仅有利于维护社会秩序，也有利于保障人权。正如法国刑法学家卡斯东·斯特法尼等人所指出的：“从法律的观点看，无论从公共利益，还是从私人利益考虑，法定原则都是有道理的，都是正确的。”“由立法者来确定哪些行为是应当受到惩处的行为并且规定相应的刑罚，这就使刑事处罚有了‘确定性’，从而强化了刑罚的威慑力量，社会只会从中得益。”“此外，罪刑法定原则也是对个人自由的基本保证，这一原则是对公民的保护，可以使公民免受法官的擅断行为，因为公民事先了解哪些行为是受到社会禁止的行为，同时也了解如果实行这些行为将受到何种惩处。”^②

(三) 我国罪刑法定原则的立法体现

我国刑法除了在总则部分明文规定了罪刑法定原则以外，还从罪之法定和刑之法定两个方面全面体现了罪刑法定原则。罪之法定的表现有：(1)《刑法》第13条明文规定了犯罪的概念，为认定犯罪提供了实质标准；(2)《刑法》第14条规定了故意犯罪、第15条规定了过失犯罪、第16条、第18条规定了刑事责任能力，构建了一般的犯罪构成模式；(3)分则条文对犯罪的构成进行了详细的规定，提供了具体犯罪的认定标准。

① 甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》，北京大学出版社1984年版，第216页。

② [法]卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，中国政法大学出版社1998年版，第114页。

刑之法定表现在:(1)《刑法》总则第三章详细规定了刑罚的种类和具体刑罚的内容;(2)《刑法》总则第四章规定了刑罚的具体运用;(3)《刑法》分则明确规定了具体犯罪所应量处的刑罚种类和幅度。

(四)罪刑法定原则的司法适用

罪刑法定原则的实现最终要依靠司法机关的执法。要贯彻罪刑法定原则,首先要正确认定犯罪和判处刑罚。司法机关认定犯罪必须依据事实和法律,全面把握犯罪的本质和犯罪构成的实质精神,准确定罪。其次要正确进行司法解释。虽然罪刑法定原则要求立法的明确化,但法律毕竟是抽象的规定,而案件事实是复杂多样的,需要通过司法解释来适用法律。根据罪刑法定原则的要求,司法解释不能超越应有的权限和范围,不能以司法解释代替立法,更不能通过司法解释将不构成犯罪的行为解释为犯罪行为。

二、适用刑法平等原则

(一)适用刑法平等原则的内涵

法律面前人人平等是一项宪法原则。刑法中规定的此原则是宪法原则的具体化。《刑法》第4条规定:“对任何人犯罪,在适用法律上一律平等。不允许任何人有超过法律的特权。”该原则的基本含义,一是从犯罪人角度讲,任何人犯罪都应当受到法律的追究。任何人不得享有超越法律的特权,在追究犯罪时,定罪与量刑平等。二是从被害人角度讲,任何人受到犯罪侵害,都同等受到刑事法律的保护,依照法定的程序,或者由检察机关提起公诉,或者通过自诉取得法律的保护。

适用刑法平等原则,并不意味着在刑法适用上的绝对平等。依照法律规定,对未达到刑事责任年龄或不具备刑事责任能力的人,不应当追究刑事责任;对未成年人犯罪的,可以减轻处罚;对累犯应当从重处罚等不能视为违背适用刑法平等原则。

(二)适用刑法平等原则的具体体现

我国刑法不仅规定了适用刑法平等原则,而且在法律规范设置上也体现了这一原则。具体体现在定罪、量刑和行刑三个方面:(1)定罪平等。任何人犯罪,都要根据刑法分则的规定认定。不因被告人的地位而出现认定不同罪名或不定罪的现象。(2)量刑平等。只要具有法定从重、从轻、减轻或者免除处罚情节,都一律平等适用。(3)行刑平等。在刑罚执行过程中,对任何人都平等处遇。

三、罪责刑相适应原则

(一)罪责刑相适应原则的内涵

罪责刑相适应原则多数情况也表述为罪刑相适应或罪刑均衡。罪责刑相适应的表述更强调了刑事责任的重要性。早在资产阶级革命初期,启蒙思想家就提出过犯罪与刑罚相适应的观点。意大利刑法学家贝

要点记录

卡利亚就曾提出过罪刑阶梯的设想,主张建立一个与犯罪相适应的刑罚梯度。传统的罪刑相适应以报应主义刑罚观为基础,强调刑罚与犯罪客观危害的相适应。近现代的罪刑相适应理论增加了对犯罪人个人主观恶性和人身危险性的重视,全面衡量罪刑的相适应。《刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”在量刑时,即考虑犯罪的客观危害,又考虑行为人主观恶性和人身危险性。

罪刑相适应原则的基本含义就是刑罚的轻重应当与罪行的轻重相适应。犯多大的罪,就承担多大的刑事责任,判处相应的刑罚。

(二) 罪责刑相适应原则的立法体现

罪责刑相适应原则在我国刑法中的体现有以下几个方面:(1)《刑法》总则确立了系统的刑罚体系,实行主刑、附加刑相配套,刑罚由轻到重的顺序排列,各主刑之间具有一定的衔接性。(2)《刑法》总则根据犯罪主体的年龄和精神状况,规定了不同的刑事责任承担方式。(3)《刑法》总则根据犯罪的不同形态,规定了对犯罪预备、未遂、中止不同的处罚。(4)《刑法》总则根据犯罪主体的主观恶性不同,规定了相应的刑罚从重和轻缓措施,如累犯从重处罚,自首可以从轻减轻处罚等。(5)《刑法》分则根据不同的犯罪危害,设置了轻重不同的刑罚后果。如故意杀人罪的刑罚一般重于故意伤害罪的刑罚,故意伤害造成重伤的刑罚重于故意伤害造成轻伤的刑罚。

(三) 罪责刑相适应原则的司法适用

在司法中贯彻罪责刑相适应原则要求注意以下问题:(1)纠正重定罪轻量刑的倾向。(2)纠正重刑主义思想。(3)纠正法院之间量刑的轻重悬殊现象,实行量刑的协调统一。

【扩展知识】

一、我国刑法学界对刑法基本原则的研究

我国刑法学界对刑法基本原则的研究开始于上世纪50年代,“我国刑法的基本原则并未在法律中专门载明,而是由刑法理论分析我国刑法的基本内容和规定予以阐明确定的”^①。所以,1979年刑法虽然没有规定刑法的基本原则,但是,并没有否定和阻止刑法理论对基本原则的研究。在该部法典颁布之后,刑法基本原则作为一个重大理论问题,曾引起刑法理论界和实务界的高度重视与关注。特别是在近十余年来的刑法修订研讨中,关于刑法基本原则如何界定,刑法基本原则应在刑法中增设,以及应当如何规定刑法基本原则等问题,在刑法理论界和实务界更是进行了广泛的争鸣。在1997年刑法修订,将刑法基本原则明文

^① 高铭喧、王作富主编:《刑法总论》,中国人民大学出版社1990年5月版,第36页。

规定前,对刑法基本原则内容的总结很不统一。刑法学界提出的所谓刑法基本原则达十几条,如:国家主权原则;法律面前人人平等原则;民主原则;罪刑法定原则;罪刑相适应原则;刑罚轻重必须依法适时的原则;罪及个人原则;社会主义人道主义原则;惩罚与改造相结合的原则;主客观相统一原则;区分两类不同性质的犯罪的原则;刑罚公正原则;刑事法制的统一原则,等等。1997年修订的刑法,在广泛听取和归纳各界意见的基础上,于第3条至第5条明确规定了三项刑法基本原则,即罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则、罪责刑相适应原则,从而使刑事立法如何规定刑法基本原则的问题得到了解决。

二、三权分立学说

三权分立学说是资产阶级的重要理论之一。该学说最初由英国的洛克提出,由孟德斯鸠加以完善。其核心内容是将政权分为立法权、司法权和行政权,分别由三个不同的机关行使。根据该理论,立法部门必须依据宪法规定的原则,独立完成立法任务;司法部门依据刑事立法的明文规定,独立执行审判任务;行政部门根据性质不同,职责也不同。司法行政机关负责执行审判和行刑以及执行属于法律解释权内的法律解释任务,其他行政机关不能干涉立法、司法活动。“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手,自由便不复存在了;因为人们将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律,并暴虐地执行法律。如果司法权不同立法权和行政权分立,自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一,则将对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一,法官便将握有压迫者的力量。”^①立法、司法和行政三种权力各自独立、相互制约,与立法、司法、行政权集于一身的专制政体形成鲜明的对比,可以有效地防止罪刑擅断。

三、心理强制学说

心理强制学说是由德国刑法学家费尔巴哈提出的。该学说的基础是:人有趋利避害的本性。当一个人“知道犯罪的后果会受到惩罚,并会被执行被判的刑罚;同时,他也会考虑到因未实施犯罪而感到的不称心如意、不愉快比因实施犯罪而受到处罚所招致的不愉快或痛苦要小”^②。基于利害的权衡,具有违法倾向的人就不得不在可能带来的愉快和痛苦之间进行选择,并因此放弃犯罪。这就从心理上起到了抑制犯罪的作用。而为了达到这种效果,就必须将犯罪与刑罚用法律明确加以规定,使所有的人都知晓犯罪可能带来的刑罚后果,起到一般预防的作用。所以,费尔巴哈主张刑法应具备确定性与绝对性。他认为,刑法从其与司

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第156页。

② 甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上册),北京大学出版社1984年版,第220页。

要点记录

法官相关联来看,是裁判规范;从与一般人相天来来看,是行为规范。作为裁判规范的刑法,有限制司法权滥用的作用,这实际上是罪刑法定主义保障人权的功能。作为行为规范的刑法,有规范一般人行为的作用,这实际上是罪刑法定主义保护社会的功能。其中,特别应当强调刑法对法官的限制作用。“三权分立论着眼于立法权与司法权、行政权的分立,为实行罪刑法定原则提供了政治制度的保证。而心理强制说着眼于对一般人的威吓功能,论证罪刑法定原则的实际效用”^①。

四、罪责刑相适应的学说

如何做到罪责刑的均衡,不同学派存在不同认识。同态复仇是最早的罪刑均衡思想。但是,只有在对人身的暴力侵害中,才有可能实行“以眼还眼,以牙还牙”,而在其他侵害行为中,由于不存在对等物,因而无法贯彻同态复仇的原则。在这种情况下,对侵害行为的反应趋于多样化。尤其是私有财产的出现,经过和解交付一定数量财物的赔偿制度逐渐流行,成为同态复仇的补充并逐渐取而代之。在上述同态复仇或者赔偿制度中,具有一种等价交换的公正性。在这种等价交换基础上形成的是报应观念。根据报应观念形成的刑法思想,称为报应刑论。报应刑论是从人的复仇本能中发展起来的,是一种以动来对付反动的本能主义。但就同一物报应同一物而言,又体现了平均的正义观念。这种报应的思想为确定罪刑之间的均衡性又提供了一定的标准。在具体标准的确定上,有康德的事实说即等量说,还有黑格尔的价值说即等价说。报应主义追求的是刑法的公正性,这种公正性就是通过犯罪与刑罚价值上的等同性表现出来的。

如果说报应主义是立足于公正而主张罪刑均衡,那么预防主义就是着眼于功利而推崇罪刑均衡。贝卡利亚认为,刑罚的目的在于制止犯罪,只有罪刑均衡才能实现这一目的。犯罪对公共利益的危害越大,促使人们犯罪的力量越强,制止人们犯罪的手段就应该越强有力,这就需要刑罚与犯罪相对称。预防论者所追求的是刑法的功利性。因此,罪刑均衡只不过是实现这种功利性——阻止犯罪发生——的手段而已。^②

因此,报应论者强调犯罪客观行为与刑罚的均衡,而预防论者则注重犯罪人主观恶性与刑罚的均衡。我国刑法明文规定的罪责刑相适应原则,既没有单纯强调以犯罪分子的犯罪行为为均衡标准,也没有侧重犯罪分子的人身危险性为量刑尺度,而是将判处刑罚与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应,表明了一种折衷的态度。

【案例分析】

案例一:

^① 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第490页。

^② 参见陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第102~104页。

罪 某市北大街供暖区内 13 栋宿舍楼的居民总反映室内温度达不到采暖标准。经查明,原来是市政工程公司偷换了供热站的供热管道,为某 4 栋宿舍楼窃热。了解情况后,北大街供热站立即报案。在接受公安机关传讯时,市政公司有关人员承认了他们擅自接通供热站上下主管道窃热的事实。然而,公安机关在审查后却认为,市政公司的做法虽属盗窃行为,但由于我国《刑法》中盗窃罪没有规定单位犯罪条款,所以决定依法不予立案。试问:本案公安机关是否应该立案?如果立案是否违反罪刑法定原则?①

根据《刑事诉讼法》第 86 条规定,公安机关立案的基本条件是:符合管辖范围的规定;认为有犯罪事实,需要进行刑事追究。公安机关判断是否存在犯罪事实,是否需要进行刑事追究的唯一依据是刑法条文的规定。根据案情反映的情况来看,是“市政工程公司偷换了供热站的供热管道,为某 4 栋宿舍楼窃热”。公安机关能否立案,关键是要分析“市政工程公司窃热”的行为是否符合刑法规定的犯罪行为。因为市政工程公司是非自然人的单位,因此本案的核心点是单位犯罪问题。根据《刑法》第 30 条关于单位犯罪的规定,市政工程公司属于刑法明文规定的单位范畴,具有单位犯罪的主体资格。但本条同时强调“法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任”。也就是说,单位犯罪作为刑法规定的特例,不仅要求其主体身份的特殊性,同时要求构成犯罪、需要追究刑事责任的行为的特殊性。这一特殊性的具体体现就是必须有法律的明文规定。这就意味着在刑法分则条文规定的犯罪中,如果没有明文规定单位可以构成该罪,或者明确规定追究单位的刑事责任,就不能认定单位可以构成该罪。具体在本案中,“市政工程公司窃热”的行为单纯从行为性质的角度看,符合盗窃罪的行为构成,即秘密窃取他人具有一定经济价值的财产。但是,《刑法》第 264 条虽然明确规定了盗窃罪的定罪和量刑,却并没有规定“单位盗窃……”“单位犯该罪……”的内容。这也就是说《刑法》分则并不认为单位可以构成盗窃罪,当然就不存在追究单位盗窃刑事责任的问题。根据《刑法》第 3 条的明确规定:“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。”在刑法分则没有明确规定为犯罪的情况下,当然不能作为犯罪处理。根据罪刑法定原则的精神要求,即使实施了有一定社会危害性的行为,如果法律没有明文规定为犯罪,也不能追究。所以,公安机关决定不立案的做法是正确的。根据刑事诉讼法的规定,公安机关可以不予立案,并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服,可以申请复议。

案例二:

广东省云山县某镇委书记强行奸污了一个 17 岁的女临时工,并致使女孩怀孕。一审法院认定镇委书记犯强奸罪,然后在判决理由上说,

① 刘艳红主编:《刑法学总论》,北京大学出版社 2006 年 7 月第 2 版,第 27 页。

要点记录

属于情节特别严重,判处有期徒刑3年,缓刑4年。^①试问:本案在定罪量刑上是否适当?是否符合罪刑相适应原则?

在刑法理论上,如何理解罪刑相适应存在不同的标准。西方刑事古典学派主张以行为的危害为标准,主张刑罚与犯罪行为相适应;而刑事人类学派与刑事社会学派强调刑罚与犯罪人的人身危险性相适应。在我国,一向主张主客观相结合的定罪原则,即以犯罪的社会危害性为基础,同时适当考虑行为人的的人身危险性。所谓社会危害性,就是刑法以行为危害性大小和行为方式所规定的罪名和刑罚;所谓人身危险性,就是行为人的犯罪动机、手段、一贯表现以及其基本情况,犯罪实行中的情况和犯罪后的认罪态度等。^②

通过对本案的综合分析,可以看出,本案的一审判决严重违背了罪刑相适应的原则。因为犯罪人某镇委书记强行奸污一个17岁的女临时工,构成了《刑法》第236条规定的强奸罪。根据《刑法》第236条规定,“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。奸淫不满十四周岁的幼女的,以强奸论,从重处罚。强奸妇女、奸淫幼女,有下列情形之一的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑:(一)强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的;(二)强奸妇女、奸淫幼女多人的;(三)在公共场所当众强奸妇女的;(四)二人以上轮奸的;(五)致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。”构成本罪的最低刑罚是3年,如果存在其他严重情节,判刑应当更高,甚至可以判处死刑。本案的被害人是17岁的女孩,属于未成年人,并且因强奸而导致怀孕,因此可以认定为情节特别严重。但是,一审法院在作出上述认定后,却作出了判处有期徒刑3年,缓刑4年的判决,违背了刑法的罪刑相适应原则,属于量刑畸轻。在本案中,不存在任何法定和酌定的从轻理由,只有从重和加重的理由,因此,量刑不能适用缓刑。所以,一审的判决是不适当的。

【思考习题】

1. 简答罪刑法定原则的含义。
2. 试论罪刑法定原则的意义。
3. 试论适用刑法平等原则。
4. 试论罪责刑相适应原则。
5. 试论刑法基本原则的概念。

^① <http://zfr.scnu.edu.cn/jxjl/xslw/09.htm>。王仲兴讲演:《罪刑法定原则在我国刑事法律中的命运》。录音整理:李秋。

^② 参见杨春洗、杨敦先:《中国刑法论》,北京大学出版社1998年第2版,第28页。

第三章 刑法的效力范围

【教学要求】

专科生:掌握刑法效力范围的概念,刑法空间效力的概念和适用原则,刑法时间效力的概念,我国刑法关于刑法空间效力和时间效力的规定。

本科生:要求同专科生。

【基本原理】

第一节 刑法效力范围概述

一、刑法效力范围的含义

刑法的效力范围,即刑法的适用范围,是指刑法在什么地方、对什么人和在什么时间内具有效力。刑法的效力范围也称刑法的适用范围或刑法的管辖范围。我国《刑法》第6条至第12条对此作了明确的规定。

刑法的效力可分为空间效力和时间效力。

二、刑法的空间效力

(一)刑法空间效力的概念

刑法的空间效力,就是指刑法对地和对人的效力。

(二)确定刑法空间效力的原则

确定空间效力范围的原则主要有以下几种:

1. 属地原则。即以地域为标准,凡是在本国领域内犯罪,无论是本国人还是外国人,都适用本国刑法。这一原则体现了维护国家主权,为绝大多数国家所采用。由于犯罪地有行为地与结果地之分,因而可分为行为地主义、结果地主义。

2. 属人原则。即以人的国籍为标准,凡是本国人犯罪,不论是在本国领域内还是在本国领域外,都适用本国刑法。

3. 保护原则。即以保护本国利益为标准,凡侵害本国国家或者公民利益的,不论犯罪人是本国人还是外国人,也不论犯罪地在本国领域内还是在本国领域外,都适用本国刑法。“随着国际上跨国犯罪现象的增

多,保护原则本身的进化与合理化,在现代社会中,保护主义已被各国普遍接受,并获得了国际法的承认,成为刑事管辖的一项辅助性原则”^①。

4. 普遍原则。即以保护国际社会的共同利益为标准,凡发生国际条约所规定的侵害国际社会共同利益的犯罪,不论犯罪人是本国人还是外国人,也不论犯罪地在本国领域内还是在本国领域外,都适用本国刑法。

三、刑法的时间效力

(一) 刑法的时间效力概念

刑法的时间效力,是指刑法的生效时间、失效时间以及刑法的溯及力。

1. 刑法的生效时间通常有两种规定:一是从刑法批准或公布之日起施行。二是刑法在公布一段时间后再实施。我国1979年7月1日通过的,7月6日公布的刑法典第9条规定:“本法1980年1月1日起施行。”1997年3月14日修订通过的刑法典第452条规定:“本法自1997年10月1日起施行。”

2. 刑法的失效时间基本上也有两种方式:一是由国家立法机关明确宣布某些法律失效。例如:我国修订的《刑法》第452条第2款规定,列于附件一的全国人大常委会制定《中华人民共和国刑法惩治军人违反职责罪暂行条例》等15件单行刑法,自1997年10月1日起予以废止。二是自然失效,即新法施行后代替了同类内容的旧法,或者由于原来特殊的立法条件已经消失,旧法自行废止。刑法的自然失效又包括两种情况:(1)部分失效,如1979年刑法实施以来,全国人大常委会通过了一系列的补充规定或决定,这些补充规定或决定对刑法条文作了许多修改与补充。凡原来规定与新的规定相抵触的部分自然失效;(2)全部失效,即旧刑法典被新刑法典取代,旧刑法典作为一个整体失去效力。^②

3. 刑法的溯及力,是指刑法生效后,对于其生效以前未经审判或者判决尚未确定的行为是否适用的问题。如果适用,就是有溯及力;如果不适用,就是没有溯及力。对此,各国立法例有不同的规定,主要有四种原则:(1)从旧原则。即新法不具有追溯既往的效力。追究犯罪人的刑事责任,一律适用行为时的法律。(2)从新原则。即新法具有追溯既往的效力,对新法生效前的行为,凡未经审判或者判决未确定的,都适用新法。(3)从新兼从轻原则。即新法原则上溯及既往,但旧法不认为犯罪或者处刑较轻的,要按照旧法处理。(4)从旧兼从轻原则。即新法原则上没有溯及力,但新法不认为犯罪或者处刑较轻的,则要按照新法处理。

上述关于刑法溯及力的诸原则中,从旧兼从轻原则既符合罪刑法定原则的要求,又适应实际需要,因此为绝大多数国家所采用。我国刑法

^① 高铭喧:《刑法学原理》(第1卷),中国人民大学出版社1993年版,第299页。

^② 参见刘家琛、孙琬钟:《中国新刑法实务全书》,中国法律年鉴社1997年版,第223页。

关于溯及力问题亦采用了这一原则。

第二节 我国刑法的效力范围规定

一、我国刑法的空间效力范围规定

我国刑法在空间效力范围上明确规定了对地和对人的管辖,体现了以属地原则为主,以属人原则为辅,兼采保护原则和普遍原则,全面主张刑事管辖权的思想。

(一)我国刑法关于属地原则的规定

我国《刑法》第6条第1款规定:“凡在中华人民共和国领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用本法。”这里所说的我国“领域”,是指我国主权范围内的领陆、领水(包括内水和领海)、领陆和领水的地下层及领空。所谓“法律有特别规定”,主要是指以下四种情况:(1)《刑法》第11条规定的“享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任,通过外交途径解决”;(2)《刑法》第90条规定的“民族自治地方不能全部适用本法规定的,可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则,制定变通或者补充的规定,报请全国人民代表大会常务委员会批准施行”;(3)修订的刑法施行后国家立法机关所制定的特别刑法的特别规定;(4)我国香港特别行政区和澳门特别行政区基本法作出的例外规定。

我国《刑法》第6条第2款规定:“凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的,也适用本法。”这里所说的中华人民共和国船舶或者航空器,是指以中华人民共和国为船旗国或机旗国的船舶或航空器。该类船舶和航空器属于中华人民共和国主权管辖范围,应当适用属地原则管辖。

我国《刑法》第6条第3款规定:“犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的,就认为是在中华人民共和国领域内犯罪”。即当犯罪行为实施地和结果发生地彼此脱离而形成跨国犯罪的时候,只要行为或结果中有一项发生在我国境内,都属于在我国领域内犯罪,都适用我国刑法。该规定是针对行为地与结果地有分离的犯罪行为主张的管辖。从原则上讲,不论行为地还是结果地,有一项发生在我国境内,都可以根据属地原则进行管辖。

(二)我国刑法关于属人原则的规定

我国《刑法》第7条第1款规定:“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法,但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的,可以不予追究。”根据上述规定,我国公民在我国领域外犯罪,我国有管辖权。但是按照我国刑法的规定,该中国公民所犯之罪的法定最高刑为3年以下有期徒刑的,才可以不予追究。所谓“可以不予追究”,是表明不予追究的一种倾向性,不是绝对不追究。

要点记录

《刑法》第7条第2款规定：“中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。”表明刑法对我国的国家工作人员或者军人在我国领域外犯罪，采取一律追究的态度。

此外，根据我国《刑法》第10条的规定，中国公民在我国领域外犯罪，依照我国刑法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照我国刑法追究。但是，在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。这条规定表明，我国作为一个独立自主的主权国家，不受外国审判效力的约束，但是也要照顾实际情况，如果犯罪分子在外国已经受过刑罚处罚，或者执行了刑期的一部或者全部的，可以考虑免除或者减轻处罚。

（三）我国刑法关于保护原则的规定

我国《刑法》第8条规定：“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”这条规定表明，外国人在我国领域外对我国国家或者公民犯罪，我国刑法有权实行管辖，但这种管辖权是有一定限制的：一是外国人在中华人民共和国领域外侵害了中华人民共和国国家或者公民，构成犯罪；二是这种犯罪按我国刑法规定的最低刑必须是3年以上有期徒刑；三是按照犯罪地的法律也应受刑罚处罚。

（四）我国刑法关于普遍原则的规定

我国《刑法》第9条规定：“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。”根据这一规定，凡是我国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，不论犯罪分子是中国人还是外国人，也不论其罪行发生在我国领域内还是我国领域外，只要犯罪分子在我国境内被发现，我国就应当在所承担条约义务的范围内，行使刑事管辖权。

二、我国刑法的时间效力规定

我国《刑法》第12条第1款规定：“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。”

根据我国《刑法》第12条规定，现行刑法可以适用的案件时间范围为“中华人民共和国成立以后本法施行以前”，即1949年10月1日中华人民共和国成立至1997年9月30日前这段时间。适用的案件是犯罪行为发生在该段时间，但在1997年10月1日后案件才被发现或者还没有被终审判决的。如果所发生的案件在1997年10月1日前已经被判决并生效，那么“依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效”。对于新法生效后审理的发生于新法生效前的案件，应按以下不同情况分别处

理:(1)当时的法律不认为是犯罪,而修订后的新刑法认为是犯罪的,适用当时的法律,即新刑法没有溯及力。对于这种情况,不能以新刑法规定为犯罪为由而追究行为人的刑事责任。“但行为连续或者继续到1997年10月1日以后的,对于10月1日以后构成犯罪的行为适用修订刑法追究刑事责任。”^①(2)当时的法律认为是犯罪,但新刑法不认为是犯罪的,只要这种行为未经审判或者判决尚未确定,就应当适用新刑法,即新刑法具有溯及力。(3)当时的法律和新刑法都认为是犯罪,并且按照新刑法总则第四章第八节的规定应当追诉的,原则上按当时的法律追究刑事责任,即新刑法不具有溯及力。但是,如果新刑法比当时的法律处刑较轻的,则适用新刑法,即新刑法具有溯及力。(4)如果依照当时的法律已经作出了生效判决,该判决继续有效。即使按新刑法的规定,其行为不构成犯罪或处刑较当时的法律轻,也不例外。

【扩展知识】

一、驻外使领馆的刑事管辖问题

有些西方学者把国家驻外使领馆也视为国家领土的延伸部分,这在现代国际法上是没有根据的。根据1961年《维也纳外交关系公约》(我国1975年加入),使馆馆舍虽然不可侵犯,但该公约第41条第3款又规定:“使馆馆舍不得充作与本公约或一般国际法之其他原则、或派遣国与接受国间有效之特别协定所规定之使馆职务不相符合之用途。”一般指外交庇护和馆舍内拘留人。国际法院在对外交庇护案的判决中指出,外交庇护包含着对该国主权的损害,它使罪犯不受当地国家的管辖,因而是对专属该国权限的事项的干涉。表明馆舍并非派遣国领土的延伸。根据现代国际法,驻在国没有义务给予外交使节庇护罪犯或庇护不属于该使节随从人员的人的权利。驻外使节必须在进行追诉的政府提出要求时将在使馆内避难的罪犯或被指控的人交出。如果他拒绝交出,驻在国政府可以采取任何措施使他交出来,只要不对该使节本人进行攻击就行。当然,国家间可以具体规定关于外交庇护的条约。^②

二、对境外犯罪的公民的管辖权问题

根据属人管辖原则,本国公民在国外犯罪,本国有管辖权。但是,往往犯罪地国也可以根据属地管辖行使管辖权。如果犯罪人在该外国服刑,罪犯的所属国如何对待外国的刑事判决呢?一般存在三种做法:^③第一,根据“一事不再理”的原则,认为外国法院的刑事判决可以作为阻止

^① 参见最高人民检察院,高检法释字[1997]4号司法解释,见《中华人民共和国最高人民检察院公报》1997年第5号,第25页。

^② 甘雨沛、杨春洗、张文主编:《犯罪与刑罚新论》,烟台大学1991年印,第33~35页。

^③ 参见高铭喧:《刑法学原理》(第1卷),中国人民大学出版社1993年版,第294页。

重新起诉的“充分理由”，因此不得不承认外国法院的既判力。第二，从维护本国刑事管辖主权出发，不承认外国的既判力。第三，主张对已受过外国法院审判和处罚的本国罪犯进行再次审理时，把外国法院的判决和处罚作为减轻或免除处罚的一个重要因素来考虑，也就是在法律上否认外国法院的既判力，而在事实上加以承认。我国采取的是第三种做法，并在刑法中明文规定。

三、如何理解“处刑较轻”

关于如何认定“处刑较轻”的问题，最高人民法院曾作过如下司法解释：“《刑法》第12条规定的‘处刑较轻’，是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前刑法轻、法定刑较轻是指法定最高刑较轻；如果法定最高刑相同，则指法定最低刑较轻。”“如果刑法规定的某一犯罪只有一个法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指该法定刑幅度的最高刑或者最低刑；如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。”^①

【案例分析】

案例一：

麦克唐纳，男，47岁，美籍教师，在我国某大学任教期间，搜集我国政治、经济、军事情报，并窃取大量机密文件。被公安机关抓获，其对罪行供认不讳。根据我国刑法的有关规定，对于在我国境内犯罪的外国人，我国可以行使刑事管辖权。上述案例在适用我国刑法时应当如何掌握？

本案是犯罪人在中华人民共和国境内搜集我国政治、经济、军事情报，并窃取大量机密文件，属于犯罪行为发生在中华人民共和国领域内，因此，首先考虑根据属地管辖原则适用中华人民共和国刑法。但是，本案的犯罪人是美国公民，需要考虑是否有不适用我国刑法的特别情况存在。根据法律规定，只有享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任才可以通过外交途径解决，不适用中华人民共和国刑法。本案犯罪人是在中国某大学任教，并非享有外交特权和豁免权的外交人员，因此，不能得到司法豁免。所以，对该案应当适用中华人民共和国刑法。

案例二：

被告人张子强，香港居民。1991年到1997年间，被告人伙同他人从广东汕尾、海陆丰等地非法购买炸药、雷管、枪支弹药偷运到香港。1996年5月和1997年9月，被告人伙同他人香港绑架数名人质，勒索巨额赎金。如何确定本案的管辖？本案是否属于刑法特别规定的，不适用中华人民共

^① 参见最高人民法院，法释[1997]12号司法解释，见《中华人民共和国最高人民法院公报》1998年第1期，第26页。

和国刑法的情况?适用中华人民共和国刑法是否符合法律规定?

本案是一起香港居民跨内地和香港进行犯罪的案件。在案件的管辖上,存在许多特殊的地方。我国自1997年7月1日对香港恢复行使主权,但是,根据“一国两制”的设想,按照《中华人民共和国香港特别行政区基本法》的有关规定,在香港设立直辖于中央政府的特别行政区,同时保持香港原有的制度和生活方式不变。也就是说在国际上,香港不再是独立的主体,而是中华人民共和国的一部分,中华人民共和国中央人民政府对香港享有主权。但是,香港现行的政治、经济制度和生活方式不变,其中,包括香港可以继续适用原有的大部分法律。这样,就在较大程度上保留了香港独立的司法管辖权。所以,根据刑法的相关规定,对香港居民在香港的刑事犯罪不适用《中华人民共和国刑法》。本案被告人是香港居民,并且其绑架犯罪发生在香港,是可以由香港司法部门行使管辖权的,但是,由于本案是跨两地的团伙犯罪,根据《刑法》第6条第3款的规定,犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的,就认为是在中华人民共和国领域内犯罪,可以适用《中华人民共和国刑法》。张子强等人曾从内地非法购买炸药、雷管、枪支弹药偷运到香港,内地可以适用“行为地主义”对其犯罪行为进行管辖。对于本案的刑事管辖,香港特区保安局局长叶刘淑仪表示,内地司法机关依法对张子强犯罪集团人员进行审判,无损香港的司法管辖权。她说,这些居民在因为触犯内地法律而在内地受审、判刑,这与香港人在其他司法管辖区被判刑没有什么区别。香港一向尊重其他司法管辖区独立的司法管辖权,所以,不会干涉内地或者其他地方司法程序。她强调,内地根据《中华人民共和国刑法》对张子强等人作出裁决,绝对没有侵犯香港司法管辖权,也无损香港司法制度,人们不应该对香港司法独立产生疑虑。^①因此,从学理来讲,该案无论由香港司法部门管辖,还是内地司法部门管辖,不论是适用香港法律,还是内地法律,都是合法的。

案例三:

被告人陈某与1996年7月3日与某市建筑公司签订劳动合同,成为该公司承建的科威特“228项目”工地员工。在科威特工作期间,陈某先期任工段负责人,后从事一般管理工作。因对科方提供的工作条件、生活待遇等不满,陈某多次纠集、煽动工人在工地、中国驻科威特大使馆、公司食堂等地闹事,其行为给某市建筑公司造成严重的经济损失。我国一审法院宣判被告人陈某构成聚众扰乱社会秩序罪,判处有期徒刑2年。^②试问:我国法院对陈某是否有刑事管辖权?

根据案情,本案发生在中国境外的科威特,因此,在刑事管辖上不能依据《刑法》第6条的规定适用属地管辖,但可以根据属人管辖原则对其

^① 《法制日报》1998年11月13日。

^② 刘艳红主编:《刑法学总论》,北京大学出版社2006年第2版,第38页。

要点记录

进行管辖。根据我国《刑法》第7条规定,凡是中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,都可以适用我国《刑法》。这是一种属人管辖权的主张。属人管辖的规定意味着中国的司法机关对于中国公民享有法律上的管辖权。但是,对于中国公民在中华人民共和国境外的犯罪,在管辖问题上会发生犯罪地国家的属地管辖权与我国的属人管辖权的冲突,因此,我国刑法关于属人管辖权的规定应当被理解为管辖权的法律依据,而不能被理解为管辖权的排他性规定。适用刑法上的属人管辖权需要符合三个方面的要求:第一,行为人必须是中华人民共和国公民;第二,其所实施的行为按照我国《刑法》的规定构成犯罪;第三,根据我国刑法的规定有追究的必要。在第三方面,《刑法》第7条规定了较为灵活的规定。对于非国家工作人员和军人的公民在境外犯罪,如果按本法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的,可以不予追究。也就是说,虽然我国刑法原则上主张属人管辖权,但如果非国家工作人员和军人的行为人的犯罪行为比较轻微,所处法定刑最高不超过3年有期徒刑时,我国可以放弃对犯罪的追究。具体结合本案分析,被告人陈某在科威特工作期间,多次纠集、煽动工人在工地、中国驻科威特大使馆、公司食堂等地闹事,给其所属的建筑物造成严重的经济损失,其行为符合我国《刑法》第290条规定的聚众扰乱社会秩序罪,具备了适用我国刑法进行管辖的基本前提。如果认定被告人犯有聚众扰乱社会秩序罪,则根据我国刑法分则的规定,犯该罪的,对首要分子可以处3年以上7年以下有期徒刑。因此,可以根据《刑法》第7条的规定,对本案根据我国《刑法》的规定进行处罚。本案案情中描述:我国一审法院宣判被告人陈某构成聚众扰乱社会秩序罪,判处有期徒刑2年。如果案情如此,则本案有两点需要作特别的解释。第一,我国《刑法》第290条规定的构成聚众扰乱社会秩序罪,对首要分子的量刑幅度为3年以上7年以下;对其他积极参加的,量刑是3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。本案的被告人陈某显然不是积极参加者,而是首要分子,因此,对其量刑应当在法定量刑幅度内,一般不能低于3年有期徒刑。除非有其他特殊情节,才可以在法定刑量刑幅度以下量刑。第二,如果被告人是因为具备了法定的减轻情节而在法定刑幅度以下量刑,判处其2年有期徒刑的话,也不影响根据《刑法》第7条行使管辖权。首先因为本条规定“按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的,可以不予追究”,不是强制性的规定,只要所犯罪行的法定刑低于3年有期徒刑就一概不追究,而是“可以”不予追究,追究了也不违背法律。其次,是否追究是以法定最高刑为基准,而不是以最终确定刑为基准。本案中法定刑的幅度是3年以上7年以下,一审判决的刑期是2年,适用中国刑法进行管辖符合刑法的规定。

案例四:

塞义德,男,40岁,中东某国人。经查,塞义德长期以来,不仅以金钱资

助我国境内少数民族分裂分子,而且,还在境外设立基地,组织和培训分裂势力,并参与组织和策划了在我国境内进行的爆炸和暗杀事件,造成人员和财产的重大损失。对于外国人在我国境外的犯罪行为,我国如何实施刑事管辖?对本案的行为人,我国能否实施刑事管辖,依据是什么?

对本案的行为人塞义德可以适用我国刑法。根据我国《刑法》第8条保护管辖的规定,外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪,可以适用我国《刑法》。塞义德虽然身为外国人,而且也是在国外进行活动,但是,他的行为直接威胁了中华人民共和国的国家利益,并造成了我国公民的人身和财产损失,只有适用我国刑法,才能很好地保护我国国家和公民的利益。在处理类似案件时,需要考虑两个问题:一是要考虑行为人的行为在该外国是否被认为是犯罪。由于各国文化和法律的差异性,同样的行为在不同的国家看来,其性质是不同的。有的国家认为是犯罪,有的国家不认为是犯罪,因此,在适用保护管辖时,要注意这个问题。二是对行使管辖的实际困难要有充分认识。由于保护管辖是对境外的外国人的行为实施的管辖,因此,如何使行为人归案存在现实困难。通常情况下,只有在行为人途经或到达我国境内时,才有可能对其进行逮捕和审判,而不能以行使保护管辖为由到他国境内实施抓捕。

【思考习题】

1. 名词解释:刑法的空间效力;刑法的时间效力;刑法的溯及力。
2. 刑法空间效力适用的原则有哪些内容?
3. 如何理解我国刑法的效力范围?
4. 我国刑法是如何规定属地管辖的?
5. 我国刑法是如何规定属人管辖的?
6. 我国刑法是如何规定保护管辖的?
7. 我国刑法是如何规定普遍管辖的?
8. 我国刑法是如何规定溯及力的?

第四章 犯罪定义与犯罪构成

【教学要求】

专科生:掌握犯罪定义、犯罪的三个基本特征和犯罪构成概念。

本科生:全面掌握犯罪定义及不同方式对犯罪定义的影响,掌握犯罪三个基本特征的内容,掌握犯罪构成的概念;了解犯罪定义与犯罪构成的关系,了解犯罪构成的渊源。

【基本原理】

第一节 犯罪定义概述

一、犯罪定义

(一) 犯罪定义的类型

犯罪定义是对犯罪行为基本特征的高度概括。对犯罪定义的探讨是刑法理论的重要内容,是刑法理论的基本组成部分。但是,对犯罪定义的表述并不相同。从各国规定在刑法典中的犯罪定义来看,大致可以分为三种类型:

1. 犯罪的形式定义。是指仅从犯罪的法律特征上给犯罪下定义,而不涉及犯罪的阶级性或者社会性特征。1810年法国刑法典被认为是规定了犯罪形式定义的先例,其第1条规定:“法律以违警刑处罚之犯罪,为违警罪。法律以矫正刑处罚之犯罪,为轻罪。法律以剥夺生命、身体、自由或身份能力之刑处罚之犯罪,为重罪。”其后,以形式定义表述犯罪的方式为资产阶级国家所效仿,但在具体规定上可以分为三种形式:(1)犯罪是违反刑事法律的行为;(2)犯罪是依法应受刑罚处罚的行为;(3)犯罪是违反刑法,应受刑罚处罚的行为。^①

2. 犯罪的实质定义。是指从犯罪的阶级性或者社会性特征上给犯罪下定义,不涉及犯罪的法律特征。如1922年《苏俄刑法典》规定:“威胁苏维埃制度基础及工农政权向共产主义过渡时期所建立的法律秩序的一切危害社会的作为和不作为,都认为是犯罪。”

^① 参见高铭喧:《刑法学原理》(第1卷),中国人民大学出版社1993年版,第374页。

3. 犯罪的实质与形式相统一的定义。我国的犯罪定义规定在《刑法》第13条：“一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”这一定义被认为“不仅较为详细地揭示了我国现阶段犯罪的阶级性、社会性特征和法律特征，同时也通过规定但书，将犯罪行为与尚不构成犯罪的一般违法行为区别开来。从立法学角度上看，这是一个较为完备、科学的犯罪定义”^①。

（二）我国刑法的犯罪定义

根据我国《刑法》第13条规定，我国刑法的犯罪定义通过列举方式，规定了犯罪的实质内容，即危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利以及其他对社会有危害的行为都可能被认为是犯罪。如果不具备上述危害，就不能作为犯罪处理。

我国刑法规定的犯罪的形式定义部分是“依照法律应当受刑罚处罚的”。形式定义部分以法律规定为限定条件，对实质定义所表述的危害行为进行了限制，确立了认定犯罪的法律条件，充分体现了罪刑法定原则在定罪上的意义。从而表明，具有实质危害的行为，如果没有法律的明确规定，也不能认为是犯罪。

我国《刑法》第13条在对犯罪的实质和形式两个方面进行了规定之后，又规定了“但书”部分，即“但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。“但书”所适用的情形是：第一，行为具有危害社会的实质属性，符合犯罪的实质定义要求；第二，行为符合刑法的条文规定，符合犯罪定义的形式要求。但是，根据“但书”的精神，仍然不能认定为犯罪。不认为是犯罪的理由是“情节显著轻微危害不大”。这样，就将符合犯罪实质定义和形式定义的行为进行了再次选择，将其中情节较严重危害较大的认定为犯罪，将情节显著轻微危害不大的行为排出犯罪之外。这就是刑法谦抑思想的体现。

归纳而言，我国《刑法》第13条体现了定罪的如下思路：犯罪必须是具有实质社会危害的行为，不具有实质社会危害的行为不能认定为犯罪；具有实质社会危害的行为如果不具有刑法的明文规定性，也不能认为是犯罪；具有实质社会危害，也符合刑法明文规定的行为，如果情节显

^① 杨春洗、杨敦先、郭自力主编：《中国刑法论》，北京大学出版社2005年11月第3版，第32页。