

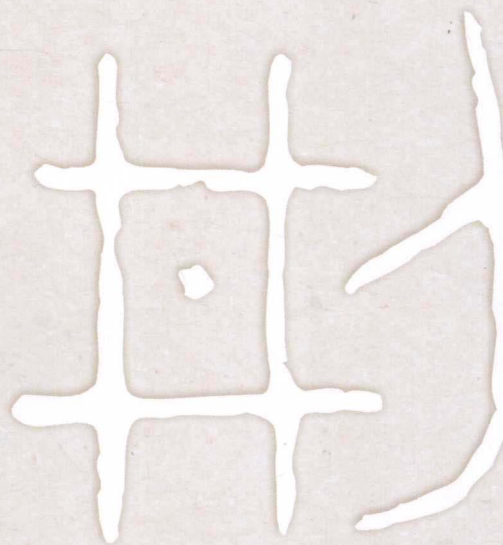


Specific Interpretation of Criminal Law

刑法各论精释

①上

主 编·陈兴良
副主编·周光权 车 浩



人民法院出版社

北京市优博项目

刑法各论精释

Specific Interpretation of Criminal Law

主 编 陈兴良

副主编 周光权 车 浩

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

周光权 劳东燕 付立庆 江 溯

林 维 方 鹏 车 浩 柏浪涛

陈兴良 王政勋

上

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法各论精释:全2册/陈兴良主编. —北京:人民法院出版社,2015.9
ISBN 978-7-5109-1326-6

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924.04
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 213847 号

刑法各论精释(上、下册)

陈兴良 主编

责任编辑 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)67550565(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

客服 QQ 2092078039

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中国美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 1506 千字

印 张 81.5

版 次 2015 年 9 月第 1 版 2015 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-1326-6

定 价 208.00 元(上、下册)

版权所有 侵权必究

序

《刑法各论精释》一书是在我主编出版了《刑法总论精释》以后，组织编写的一部刑法各论的专题性著作。经过参与编写者长达数年的不懈努力，我们终于完成了这一写作计划。

值此《刑法各论精释》一书即将付印之际，刑法修正案（九）恰好颁布。如果说，刑法修正案（八）重点修订的是刑法总则；那么，刑法修正案（九）重点修订的就是刑法分则：不仅对原有罪名进行了修改，而且增设了有关罪名，对于刑法分则的发展完善具有极为重要的意义。在此，谨对刑法修正案（九）涉及对刑法分则修订的主要内容进行归纳。

（一）恐怖主义犯罪

恐怖主义犯罪是刑法打击的重点之一，尤其是近年来随着恐怖主义分子的日益猖獗，刑法关于恐怖主义犯罪的规定亟待加强与完善。2001年刑法修正案（三）对1997年刑法第一百二十条关于恐怖主义犯罪的规定已经作过修订，主要是提高了组织、领导、参加恐怖组织罪的法定刑，并且新增了刑法第一百二十条之一的资助恐怖活动罪。这次刑法修正案（九）又对我国刑法中的恐怖主义犯罪作了进一步的修改、补充。具体内容表现为：

1. 增加组织、领导、参加恐怖组织罪的财产刑

刑法原第一百二十条规定的组织、领导、参加恐怖组织罪，经过刑法修正案（三）的修订，提高了该罪的法定刑，但对该罪并没有规定财产刑。考虑到恐怖主义犯罪的实施一般都要求具备一定的经济实力，因此，增设财产刑既可以作为对恐怖主义犯罪的一种经济性的惩罚，又可以剥夺犯罪分子再次进行恐怖主义犯罪的经济条件。为此，刑法修正案（九）对组织、领导恐怖活动组织的，规定了并处没收财产的处罚。对积极参加和其他参加恐怖活动组织的，规定了并处罚金的处罚。

2. 扩大资助恐怖活动罪的行为类型

资助恐怖活动罪是刑法修正案（三）新增的罪名，这里的资助主要是指

提供物资上的帮助。根据资助恐怖活动犯罪的新发展，刑法修正案（九）在资助恐怖活动罪的行为中增加了资助恐怖活动培训的内容，并且将为恐怖活动组织、实施恐怖活动或者恐怖活动培训招募、运送人员亦规定为犯罪，从而使对恐怖活动的资助从单纯的资金资助扩展为培训人员等形式的资助。

3. 增设恐怖主义犯罪的新罪名

刑法修正案（九）根据恐怖主义犯罪的新动向，基于惩治恐怖主义犯罪的实际需要，新设了四个恐怖主义犯罪的罪名，几乎形成了局部的恐怖主义犯罪刑法，由此而严密了惩治恐怖主义犯罪的法网。刑法修正案（九）增加为实施恐怖活动而准备凶器或危险品，组织或者积极参加恐怖活动培训，与境外恐怖活动组织、人员联系，以及为实施恐怖活动进行策划或者其他准备的犯罪；增加规定以制作资料、散发资料、发布信息、当面讲授等方式或者通过音频视频、信息网络等宣扬恐怖主义、极端主义、或者煽动实施恐怖暴力活动的犯罪；增加规定利用极端主义煽动、胁迫群众破坏国家法律确立的婚姻、司法、教育、社会管理等制度实施的犯罪；增加规定持有宣扬恐怖主义、极端主义的物品、图书、音频视频资料的犯罪。增加规定拒不提供恐怖主义、极端主义犯罪证据的犯罪；增加规定以暴力、胁迫等方式强制他人在公共场所穿着、佩戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志的犯罪。从以上规定的内容来看，刑法修正案（九）将恐怖主义犯罪的预备行为规定为独立的罪名，将对恐怖主义犯罪的处罚提前，从而加大了对恐怖主义犯罪的惩治力度。刑法修正案（九）还将惩罚的触须伸向极端主义，将有关宣扬、煽动恐怖主义和极端主义的行为都规定为犯罪，进一步压缩恐怖主义和极端主义的生存空间。

（二）网络犯罪

随着互联网在社会生活中的重要性日益凸显，以及网络空间的形成，网络犯罪日益滋生蔓延，其社会危害性也越来越大。从1997年刑法开始，对网络犯罪的立法规定逐渐形成规模。尽管如此，刑法对网络犯罪的规定还是不能适应惩治网络犯罪的需要。在这种情况下，刑法修正案（九）对网络犯罪进行了修改、补充。刑法修正案（九）加重了网络服务提供者对信息网络安全的管理义务，规定网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，有下列情形之一的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金：（1）致使违法信息大量传播的；（2）致使用户信息泄露，造成严重后果的；（3）致使刑事案件证据灭失，情节严重的；（4）有其他严重情节的。

此外，刑法修正案（九）还将利用信息网络发布某些犯罪信息的行为规定为犯罪。我国刑法第二百八十七条规定：“利用计算机实施金融诈骗、盗

窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。”这是所谓利用计算机犯罪，由于刑法对被利用的犯罪都有规定，因此这是一个提示性规定。按照这一规定，凡是利用计算机实施刑法所规定的传统犯罪的，都应当按照刑法相关规定论处。但目前在司法实践中，存在着利用计算机发布犯罪信息的现象，这些行为本来是相关犯罪的预备行为或者帮助行为，但因其采取网络形式实施，按照传统犯罪认定存在一定困难。在这种情况下，刑法修正案（九）对此作了专门规定。将利用信息网络实施下列行为之一，情节严重的规定为犯罪。这些行为是：（1）设立用于实施诈骗、传授犯罪方法、制作或者销售违禁物品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯群组的；（2）发布有关制作或者销售毒品、枪支、淫秽物品等违禁物品、管制物品或者其他违法犯罪信息的；（3）为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的。同时，立法机关还把明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的行为规定为犯罪。

（三）贪污贿赂犯罪

贪污贿赂犯罪也是这次刑法修正案（九）修订的重点之一。贪污贿赂犯罪也就是我们通常所说的腐败犯罪，这是刑法严惩的重点。自从1997年以来，立法机关对贪污贿赂犯罪进行了多次修改、补充，使其不断发展完善。在此基础上，刑法修正案（九）又对贪污贿赂犯罪作了以下三个方面的修订：

1. 取消贪污贿赂罪的数额规定

1997年刑法对贪污罪规定了定罪量刑的具体数额标准，这一数额标准同时适用于受贿罪。根据刑法原第三百八十三条的规定，对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：（1）个人贪污数额在10万元以上的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。（2）个人贪污数额在5万元以上不满10万元的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。（3）个人贪污数额在5000元以上不满5万元的，处一年以上七年以下有期徒刑；情节严重的，处七年以上十年以下有期徒刑。个人贪污数额在5000元以上不满1万元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免于刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。（4）个人贪污数额不满5000元，情节较重的，处二年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。由此可见，刑法对于贪污罪主要是根据数额大小多寡进行定罪量刑的，这一数额标准甚至适用于受贿罪。这种在刑法典中明确规定数额的立法方式，固然使贪污受贿罪的定罪量刑标准法定化，对于统一贪污受贿罪的定罪量刑标准具有一定的

价值。但这种在立法上固化定罪量刑标准的做法也存在弊端，这就是不能使定罪量刑标准随着社会经济的发展而变动。例如，1997年的1万元、5万元、10万元的货币价值与现在等值的货币价值相比，已经不可同日而语。在这种情况下，贪污受贿罪定罪量刑的数额标准不变，无疑是在无形之中加大对贪污受贿罪的处罚力度。如果这种处罚程度在合理范围之内，当然没有问题。但经过将近20年的发展，贪污受贿罪的数额标准已经明显不合时宜。在这种情况下，刑法修正案（九）取消了具体的数额标准，改为数额较大、数额巨大和数额特别巨大，并与其他较重情节、其他严重情节和其他特别严重情节相并列。至于具体标准则留待司法解释加以明确，并随着物价水平变化而及时进行调整。我认为，这样一种规定更为科学合理。

2. 增设为利用影响力行贿罪

在我国刑法中，受贿罪与行贿罪之间存在对合关系。表现在立法上，每个受贿罪名都存在与之对应的行贿罪名。例如，行贿罪对应于受贿罪，对非国家工作人员行贿罪对应于非国家工作人员受贿罪，对单位行贿罪对应于单位受贿罪，等等。2009年刑法修正案（七）设立了利用影响力受贿罪，但当时并没有设立与之对应的为利用影响力行贿罪。为了弥补这一立法缺失，刑法修正案（九）增设为利用影响力行贿罪，规定：“为谋取不正当利益，向国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，或者向离职的国家工作人员或者其他近亲属以及其他与其关系密切的人行贿的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处七年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯前款罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”应该说，这一规定完善了我国刑法贿赂罪的罪名体系，对于惩治行贿犯罪具有积极意义。

3. 增加行贿犯罪的财产刑

刑法修正案（九）加重了对行贿犯罪的处罚，除了增设为利用影响力行贿罪以外，还对其他行贿犯罪增加了财产刑。在刑法原规定中，对于行贿犯罪都没有并处罚金的规定，这次刑法修正案（九）对行贿罪、对单位行贿罪和单位行贿罪都增加了并处罚金的规定，以体现对行贿犯罪的经济惩罚。

刑法修正案（九）除了以上三个方面的集中修订的内容以外，还对侵犯人身犯罪、妨碍社会秩序犯罪等作了多处修改，其中有些修改产生了较大的社会影响。例如嫖宿幼女罪的废除，回应了社会公众对这一问题的关注。又如，对扰乱法庭秩序罪的修改，进一步规范诉讼参与人在法庭上的行为，等等。这些修改、补充虽然并未尽如人意，但还是在一定程度上推动了刑法的

发展。

刑法各论是刑法理论的重要组成部分，尤其对于司法实践具有指导意义。然而，长期以来我国刑法学界对于刑法总论的重视程度远远超过对于刑法各论的重视程度。这当然是与刑法总论所具有的学术性、体系性和逻辑性有关的，刑法总论更能够激发学者的理论冲动与研究热情。相对而言，刑法各论是以个罪为本位的，具有较强的技术性、个案性和实践性。如果只是从法条出发，进行理论性的逻辑推理，显然难以对刑法各论作出精确的阐述。刑法各论的研究要求贴近司法实践，因此也就要求对于司法实践定罪过程中的疑难问题具有相当程度的了解，并能够从法理高度对此加以回应。只有这样，才能使刑法各论的研究摆脱简单的法条解读的窘境。应该指出，随着我国刑法理论研究不断向前推进，刑法各论将会越来越受到重视。可以说，刑法各论是我国刑法的知识增长点。

考察目前我国刑法各论的研究成果，主要具有以下四种形态：一是刑法各论的教科书，或者刑法教科书中的刑法各论。这是我国刑法学界对于刑法各论研究的最为主要的成果形态。一部完整的刑法教科书不能没有各论部分，而且随着刑法分则的立法增长，刑法各论在刑法教科书中的篇幅也不断增加，远远超过了刑法总论的篇幅。应该说，有些刑法教科书中的刑法各论部分还是写得相当不错的，虽然是每罪必论，还是对刑法分则中的重点罪名进行了较为充分的理论阐述。例如，张明楷教授所著的《刑法学》一书，刑法各论部分占到了差不多一半的篇幅。对于重点罪名的阐述具有一定的理论深度。但是，囿于篇幅所限，绝大部分刑法教科书的刑法各论部分，对各罪的论述还是蜻蜓点水，浅尝辄止，一般都只是限于对刑法分则的法条诠释，而未能对司法认定中的疑难问题展开讨论。因此，刑法教科书中的刑法各论部分只能满足教学的需求，而不能满足司法实践对刑法各论的理论要求。二是刑法各论的体系性著作，对刑法各论进行具有广度与深度的论述。这类著作一般都篇幅较大，论述深度远远超过刑法教科书的刑法各论。在我国刑法学界，此类著作具有较大影响的是周道鸾、张军主编的《刑法罪名精释》（上下卷）一书，由人民法院出版社出版，目前已经出版了第四版。该书的最大特点是紧密联系司法实践，利用撰稿人所具有的最高人民法院法官的身份，对涉及刑法个罪的司法解释作了较为权威的理论说明，同时也论及一些司法实践反映较多的疑难问题。对于司法实践具有较强的针对性与指导性，因而受到实务部门的欢迎。此外，王作富教授主编的《刑法分则实务研究》（上、中、下）一书，由中国方正出版社出版，目前已经出版了第五版，也是在学术界和实务界具有较大影响的一部刑法各论的体系性著作。此外，马克昌教授主编的《百罪通论》（上下卷）一书，由北京大学出版社出版，对刑法中

的112个罪名进行了较为深入的研究，这些罪名均为刑法中常见多发的罪名。该书篇幅较大，内容丰富，吸收了关于个罪研究的成果，对于刑法理论和司法实践都具有参考价值。我曾经主编过《罪名指南》（上下卷）一书，第一版由中国政法大学出版社出版，第二版由中国人民大学出版社出版。该书对罪名的立法沿革、概念、构成特征、认定和处罚等问题都进行了细致的论述。三是个罪的专著，已经出版的此类著作基本上是对我国刑法分则的重点罪名进行的研究性著作，这些重点罪名包括盗窃罪、抢劫罪、侵占罪、故意杀人罪、强奸罪、受贿罪、贪污罪、挪用公款罪等。这类著作集中论述一个罪名，能够较为深入地论及某个罪名的各个方面，具有一定的理论深度。例如，王新教授的《反洗钱：概念与规范诠释》（中国法制出版社2012年版）一书对洗钱罪进行了具有国际视野的深入论述，达到了专著的较高水平。但是，大部分个罪性的论述著作还只是教科书对个罪论述的扩充版，未能在深度和广度上有较大的拓展。四是局部性的刑法各论著作，较为常见的是类罪的著作，即对刑法分则的某一类罪进行论述。例如，对侵犯人身权利罪、侵犯财产权利罪、危害公共安全罪、渎职罪等常见类罪的专门性论著。另外一种情形是对重点罪名的讨论。例如，王作富、刘树德的《刑法分则专题研究》（中国人民大学出版社2013年版）一书，对21个罪名进行了专章的论述，具有较大的参考价值。但是，该书论述了暴力取证罪、拒不执行判决、裁定罪、徇私舞弊不移交刑事案件罪等并不常见疑难的个罪。因此，这类著作面临的一个难题是个罪的选择，这也是本书在编写过程中不能回避的一个问题。

《刑法各论精释》一书当然属于以上所说的局部性的刑法各论著作，在选择个罪罪名的时候，颇费思量。在我看来，我国刑法分则中的数百个罪名，并非每个罪名都具有同等的重要性。事实上，大量罪名是备而不用的，还有些罪名是偶尔用之的，只有少量罪名是常用的。因此，在选择罪名的时候，第一个标准就是常用性。只有常用的罪名才值得进行专门的、充分的研究。其他非常用的罪名只要在教科书中进行简单论述即可，而没有必要浪费学术资源进行无用的研究。那么，如何判断一个罪名的常用性呢？我认为，这要根据一个罪名在刑事案件中所占的比重来确定。虽然我国没有官方正式颁布的此类文件，但通过对最高人民法院公报等权威资料的了解，还是可以对常见罪名进行排列。常见罪名还不是唯一的标准，有些常见罪名较为简单，在司法适用中没有太多的争议，也就没有必要进行专门讨论。因此，在选择罪名的时候，第二个标准就是疑难性。这里的疑难包括了两个含义：一是法律规定理解上的疑难。例如，受贿罪的“为他人谋取利益”到底如何理解？这里涉及该规定是受贿罪的客观要件还是主观要件等争议，这一争议就是由法律规定本身所带来的。二是司法认定中的疑难。也就是说，法律规定本身是

明确的，但在司法认定中出现了问题。例如，挪用公款罪的“归个人使用”，从字面上看是容易理解的，但在司法实践中，究竟如何认定这里的“归个人使用”，是否包括归他人使用，以及是否包括归单位使用等，都存在争议。只有这些存在争议的疑难罪名，才需要进行深入的法理探究。

基于常见和疑难这两个标准，本书选择了以下 25 个罪名进行专题性的论述（以下括号中所标示的是该章的撰稿人）：

1. 故意杀人罪（清华大学教授周光权）；
2. 过失致人死亡罪（清华大学教授周光权）；
3. 故意伤害罪（清华大学副教授劳东燕）；
4. 强奸罪（中国人民大学副教授付立庆）；
5. 绑架罪（中国人民大学副教授付立庆）；
6. 拐卖妇女、儿童罪（北京大学副教授江溯）；
7. 盗窃罪（北京大学副教授江溯）；
8. 抢劫罪（中国青年政治学院教授林维）；
9. 抢夺罪（中国政法大学副教授方鹏）；
10. 诈骗罪（北京大学副教授车浩）；
11. 侵占罪（中国政法大学副教授方鹏）；
12. 敲诈勒索罪（清华大学副教授劳东燕）；
13. 故意毁坏财物罪（中国地质大学副教授柏浪涛）；
14. 以危险方法危害公共安全罪（清华大学副教授劳东燕）；
15. 重大责任事故罪（北京大学教授陈兴良）；
16. 交通肇事罪（中国青年政治学院教授林维）；
17. 生产、销售伪劣产品罪（中国地质大学副教授柏浪涛）；
18. 非法经营罪（北京大学副教授车浩）；
19. 妨害公务罪（中国地质大学副教授柏浪涛）；
20. 聚众斗殴罪（中国政法大学副教授方鹏）；
21. 寻衅滋事罪（北京大学教授陈兴良）；
22. 贪污罪（清华大学教授周光权）；
23. 挪用公款罪（西北政法大学教授王政勋）；
24. 受贿罪（北京大学教授陈兴良）；
25. 玩忽职守罪（西北政法大学教授王政勋）。

在本书的写作中，为了紧密联系司法实践，我们将案例分析与法理阐述结合起来，使案例成为对个罪阐述的一条红线，这也是本书的特色之一。疑难问题往往具有个案性，只有通过个案才能呈现出来。因此，在对个罪进行理论分析的基础上，通过引述个案，对司法实践对个罪的司法认定中所反映

出来的疑难问题进行专门论述，就显得十分必要。尤其是在案例指导制度建立以后，随着指导性案例的颁布，个罪认定的更为细致的规则被提炼出来，与刑法分则对个罪的规定共同形成个罪认定的法律规制，在个罪研究中日益凸显出其重要性。当然，本书对于个案分析与个罪研究的结合只是一种尝试，还有待于进一步探索。

对于重点罪名的研究一直是我的一种心愿，我对刑法分则中的某些罪名曾经进行了一些研究，例如盗窃罪、侵占罪、受贿罪等。但学术精力有限，难以独立完成一部分则性的研究专著。在这种情况下，借助于集体的力量，终于编写了这部《刑法各论精释》，也算是了却了我的一个愿望。

参与本书写作的人员都是我的学生，也是《刑法总论精释》一书的作者。他们来自各个高校，都是我国刑法学界的新生力量。我们共同努力，出版了这部个罪研究的著作，记载了一段学术生涯的难忘岁月。本书由我担任主编，周光权教授和车浩副教授作为副主编，承担了本书编写和出版的大量工作。最后，对于人民法院出版社编辑为本书的顺利出版所付出的心血也一并致以崇敬的谢意。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2015年9月18日

刑法各论的教义学基础（代序）

我国刑法学历来重视对总论的研究，对刑法各论的研究相对薄弱，因此，有必要提出刑法各论的法教义学化命题。刑法理论的教义学化是我国当前刑法知识转型的题中之意。刑法理论的教义学化包括刑法总论的教义学化，当然也包括刑法各论的教义学化。刑法各论的教义学化，主要是指对刑法条文的解释论研究，尤其是各种解释方法的娴熟运用，同时，在对刑法分则条文的解释中处理好刑法总论和各论的关系、刑法总则条文和分则条文的关系、分则条文的相互关系。

一、刑法总论和各论关系的教义学理解

众所周知，刑法总论讨论刑法的宏观理论问题（如刑法学派论争、犯罪构成的一般理论等）以及刑法总则有关犯罪、刑罚的一般原理、原则问题，内容涉及犯罪成立的一般要件以及特殊的犯罪形态（未遂、共犯），刑罚的本质、种类、适用条件等。与此相对，刑法各论则是对各个犯罪的特别构成要件及其法律效果进行具体的、个别的研究，揭示其构成要件的具体内容，并对刑罚适用的种类和分量加以认识。刑法总论与刑法各论是一般与特殊、抽象与具体、共性与个性的关系。刑法总论的严谨和发达与否决定着分则规定的适用和刑法各论理论的演绎，其所阐述的一般原理、原则对刑法各论研究各种具体犯罪问题具有指导作用，充分发挥刑法总论对刑法各论的指导作用，有助于深入开拓刑法各论的研究。此外，刑法总论对刑法各论的研究具有约束作用，刑法各论的研究不能违背刑法总论阐述的已得到普遍认可的原理、原则。

一般认为，刑法各论的研究具有以下特色：（1）仅是对刑法分则条文的解释，总体上受制于立法规定，理论创新的难度较大；（2）对各罪的研究，问题点比较分散，难以对宏观问题进行提炼；（3）各论研究与刑法总论的关联性不大。

但是，前述主张在很大程度上是一种片面认识，对刑法各论的理解还停

留在直观把握的层面，没有站在教义学的高度来理解刑法各论。因为，对立法如何进行解释，将刑法分则的适用解释得非常精巧，确保司法实务不出错，是一个非常重要的问题；对各论的研究，实际上在分别解释各罪构成要件的同时，需要对法条间相互的竞合、吸收、牵连等关系进行深入探讨揭示；刑法总论的很多理论，都与各论存在紧密关联，各论的发展能够推动总论的发展。因此，在刑法各论中，仍然涉及教义学上的诸多问题。

研究刑法各论具有重要的理论与实践意义：（1）刑法各论理论的完善对于检验刑法总论，丰富和发展刑法总论体系、提升刑法总论的整体水平具有决定性的意义。刑法总论具有抽象性、概括性，其阐述的一般原理、原则只有通过刑法各论的贯彻，才能应用于司法实践，同时对其科学性进行检验，发现其不足，促进其完善。因此，刑法各论是实践并检验刑法总论的重要途径。刑法各论直接研究、解决具体犯罪问题，其通过积累、概括一些共性问题并加以研究所形成的理论能够直接为刑法总论所吸收，从而丰富、发展刑法总论。（2）有助于掌握各种犯罪的构成要件，正确区分罪与非罪、此罪与彼罪的界限，做到定罪准确，切实贯彻罪刑法定原则。（3）有助于正确量刑刑罚，确保量刑适当，使罪刑相适应原则能够落到实处，促进刑事立法与司法完善。

二、总则条文和分则条文关系的教学性把握

（一）总则的“但书”规定和分则各罪之间的关系

我国刑法第十三条对犯罪的概念进行了界定。这一规定是对各种犯罪现象的理论概括，它不仅揭示了犯罪的法律特征（刑事违法性），而且阐明了犯罪的实质内容（法益侵害性），从而为区分罪与非罪的界限提供了原则标准，是一个比较完整的犯罪概念。同时，刑法第十三条在“但书”部分明确规定：“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。这是从反面强调何种行为不是犯罪。这里的“不认为是犯罪”是指情节显著轻微危害不大的，立法上不认为其构成犯罪，司法上自然就不能将其作为犯罪处理，因此，对于“但书”规定，不能理解为情节显著轻微危害不大的，是犯罪，只是不作为犯罪处理。

对于“但书”和犯罪成立条件的关系，以及“但书”的司法功能问题，需要仔细辨析。多数学者肯定甚至夸大了“但书”的功能，其中有的学者认为，“但书”规定具有重要的“出罪”功能，行为符合犯罪成立要件，仍然可以根据“但书”规定，在情节显著轻微，社会危害性不大，没有处罚必要性的场合，认定其不是犯罪。^①但是，这一观点是值得商榷的。因为刑法第十

^① 储槐植：《刑事一体化论要》，北京大学出版社2007年版，第101页。

三条所规定的犯罪概念，只是犯罪成立与否的指导形象，而不是认定犯罪的具体标准；“但书”的规定，也只是“出罪”的指导原则，而非排除犯罪的具体标准。行为是否成立犯罪，以行为是否符合刑法分则的罪状规定，是否具备犯罪成立条件为准。行为不能作为犯罪处罚，是因为行为不符合刑法分则的罪状规定，不具备犯罪成立条件。在行为与刑法分则的规定相一致，符合犯罪成立条件的情况下，又根据“但书”的规定排除其犯罪性，是自相矛盾的说法，没有坚持构成要件观念，弱化了犯罪成立条件的功能，可能冲击罪刑法定原则。

还有的学者认为，刑法分则所规定的构成要件是形式化的，“但书”所规定的行为，从表面上看符合刑法分则某一条文的规定，但因其情节显著轻微、危害不大，实际上不构成该条文所规定的犯罪。^①但是，这种主张没有看到刑法分则关于罪状的规定是将具有处罚必要性的法益侵害行为类型化的实质，刑法分则的规定充分揭示了行为的客观危害性，凡是符合分则各罪规定的行为，都是立法者从形形色色的危害行为中挑选出来的，达到国家不能容忍程度的法益侵害性，必须动用刑罚处罚的行为，而不可能是“情节显著轻微，危害不大的行为”。根据刑法谦抑性的要求，对于情节显著轻微，危害不大的行为，没有必要由立法者作出刑法反应，所以，该行为不可能成为刑法分则所明示的构成要件行为。将构成要件形式化，认为行为符合刑法分则的罪状规定，但仍然可以根据“但书”规定“出罪”的主张，和法益侵害说以及实质的构成要件观念都不符合。

对此，认识到以下两点是比较重要的：（1）立法上是将值得用刑法处罚的行为类型化，“提炼”为犯罪构成。立法不是对琐碎生活的描述，刑法更不理睬鸡毛蒜皮之事（例如，对私自开拆他人一封信件的行为，在刑法上不能认定为违法行为，不可能符合分则构成要件）。“构成要件，是立法者将那些侵害法益的形态、程度重大，对于维持社会秩序来说不能置之不理的行为，即当罚行为，根据社会通常观念，在法律上进行抽象化、类型化，以表示成为犯罪的行为的形式要件，并把它作为可罚行为。”^②而“但书”所规定的行为，从实质上看根本不符合刑法分则某一条文的规定，是不构成犯罪的行为。说到底，“但书”只不过是隶属于评价犯罪的构成要件标准说的提示性、注意性规定，不是在认定行为是否构成犯罪的犯罪成立条件理论之外另行提出“出罪”标准。（2）“但书”规定的功能是有限的。即应根据刑法规定的构成要件来认定犯罪，而不应该考虑但书规定。但书规定没有出罪功能。也就是

① 王作富：《中国刑法研究》，中国人民大学出版社1988年版，第66页。

② [日]大谷实：《刑法讲义各论》（新版第2版），黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第3页。

说，由于但书规定是对不符合分则规定的行为不具有违法性进行抽象的、总则性的提示，其不能明示行为不违法的原因，因此，不能直接将其作为无罪依据。但书的适用余地极其有限，即应限定为：行为不符合构成要件，从而情节显著轻微，不构成犯罪。所以，但书规定，总是和行为不符合构成要件联系在一起。不能认为行为符合分则所规定的构成要件时，还可以再引用但书规定宣告被告人无罪。^①

（二）总则的共犯规定和分则“拟制的正犯”之间的关系

我国刑法分则所规定的拟制的正犯，又称为“共犯行为正犯化”。在我国刑法中，存在为数不少的“共犯行为正犯化”即“拟制的正犯”的立法，使得部分原本可以作为教唆犯、帮助犯处罚的人成为直接正犯，他人与之成立共同正犯、狭义的共犯就成为可能（如资助敌罪、资助危害国家安全罪、资助恐怖活动罪、传授犯罪方法罪、容留卖淫罪、协助组织卖淫罪、教唆他人吸毒罪等）。在我国台湾地区“刑法”中，也有类似规定，如将教唆法官枉法裁判或帮助公务员收受贿赂的行为，分别规定为教唆枉法裁判罪、帮助受贿罪。

共犯从属性理论强调必须要有正犯，才能谈得上共犯。但是，在立法上，可能根据法益保护的必要性原则，对共犯从属性说进行变通，作出一些特殊规定，将共犯行为以正犯看待。归纳起来说，在我国刑法分则中，拟制正犯的立法，大致有两类：（1）规定正犯行为，同时将原本属于共犯的行为明确规定为独立的正犯行为。例如，刑法第三百五十八条第一款规定了组织卖淫罪。协助组织卖淫的行为原本属于组织卖淫罪的帮助犯，但是，立法上为了防止法官引用从犯的规定，对帮助犯处刑过轻，而在该条第四款将协助组织卖淫的行为规定为独立的罪名，协助组织卖淫行为和组织卖淫行为之间就不再共有共犯与正犯上的从属关系。又如，军人逃离部队是我国刑法规定的一种犯罪行为，煽动军人逃离部队的，刑法第三百七十三条规定了煽动军人逃离部队罪，教唆行为就不再被当作军人逃离部队罪的共犯处理。（2）不规定相应正犯，但将危害较大的共犯行为独立规定为正犯行为。例如，当事人自己毁灭证据的，不构成犯罪。无毁灭证据的正犯，当然谈不上有帮助犯。但是，刑法第三百零七条第二款特别规定了帮助毁灭、伪造证据罪，将帮助当事人毁灭、伪造证据的共犯行为视作正犯。类似的规定还有刑法第三百五十九条引诱卖淫罪。又如，在我国刑法中，吸食、注射毒品行为本身未规定为犯罪，但其教唆行为在刑法第三百五十三条以教唆他人吸毒罪单独加以规定。

拟制的正犯的规定，会产生以下法律效果：（1）某些正犯行为（如组织卖淫）如果离开某些共犯行为（如协助组织卖淫），基本上不可能完成。因

^① 周光权：《刑法总论》（第2版），中国人民大学出版社2011年版，第5页。

此，将类似经验上通常会出现的共犯行为类型化地拟制为正犯行为。(2)使部分共犯行为具备独立的不法内涵，在真正的正犯尚未着手实施危害行为前，对原本以狭义共犯的面目出现的行为也可以作为正犯处罚，从而使得处罚时点提前。(3)对没有共同犯罪关系或者正犯不处罚的情形（例如，吸毒者无罪），也可以将教唆、帮助者作为正犯处罚，扩大了处罚范围。(4)在某些场合，充分考虑了罪刑均衡原则。因为，有的帮助行为危害性严重，接近于相应的正犯，如不将其拟制为正犯，而作为狭义共犯看待，再援引总则从犯从轻处罚等规定，对这些人的处罚就可能过轻，从而放纵犯罪。协助组织卖淫罪就是这方面的典型例子。如果将这些危害较为严重的共犯行为直接规定为正犯，可以避免总则的规定，做到准确量刑。(5)反映了行为无价值论的思路：被拟制为正犯的行为比其他帮助、教唆行为更容易侵害法益（例如，充当打手的协助组织卖淫行为更容易妨害社会管理秩序，资助恐怖活动组织比资助杀人犯更容易造成更大范围的人身财产损害）。因此，将类似共犯行为类型化就值得重视，将其行为样态从共犯提升为正犯是保护法益所必需的。这样的规定，也可以发挥刑法作为行为规范的功能，起到积极的一般预防的作用。如果仅仅考虑结果无价值一元论，根据该共犯行为并结合总则规定也可以达到法益保护的效果，没有必要规定拟制的共同正犯。

但是，如果拟制正犯的立法过多，也会带来一些问题：(1)在正犯者是身份犯の場合，理论上不能将不具有特定身份的人评价为正犯。但是，非身份犯在对身份犯传授犯罪方法（如无业者对多名国家工作人员讲授监守自盗的方法）时，将传授犯罪方法这种教唆行为拟制为正犯，没有考虑正犯概念和构成要件的紧密关联性。(2)拟制正犯的立法，采取单一正犯概念，与现代各国刑法理论中区分正犯、共犯的二元犯罪参与体系相悖。(3)有的拟制正犯立法带有随意性，论证不充分，可能将不处罚正犯时的共犯拟制为正犯，将不重要的、不值得刑法保护的利益上升为法益，和刑法的最后手段性不相符合，反映了“刑法家长主义”的倾向。

在刑法分则规定拟制的正犯の場合，总则关于共犯的相关规定，尤其是从犯（帮助犯）的规定没有适用的余地。换言之，拟制正犯的规定排斥总则规定。例如，刑法第三百五十八条规定了协助组织卖淫罪，那么，为组织卖淫的人招募、运送人员或者有其他协助组织他人卖淫行为的，不再以组织卖淫罪的帮助犯论处，不能对协助组织卖淫的人适用总则关于共犯的相关规定。^①

^① 当然，拟制的正犯为多人（例如，有5人对娱乐场所负责人的组织卖淫行为进行协助）的，在这些拟制的正犯内部是否还需要区分主从犯，是一个有争议的问题。

（三）总则的累犯规定与分则毒品再犯之间的关系

累犯的最初概念注重的是犯罪行为特征。这种累犯概念，是以刑事古典学派的客观主义作为其理论基础的。此后，随着刑事实证学派的兴起，理论上开始了从犯罪行为向犯罪人的转变，由此出现了以犯罪人的人身危险性为重点的累犯概念。刑法学的通说大致认为：现代刑法上的累犯，更多地强调犯罪人的人身特征，将累犯视为人身危险性较大的一种特殊犯罪人类型。犯罪人在一定时间以内又犯性质比较严重的罪行，表明其人身危险性很大，应当对其判处较重的刑罚，才能有效地实施惩罚和改造，最终达到预防犯罪的目的。这就是刑法确立累犯制度的理由所在。

我国刑法第六十五条规定了一般累犯，是指因故意犯罪被判处有期徒刑以上刑罚且已满18周岁的犯罪分子，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年内故意再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的情形。这里的“不满18周岁的犯罪分子”，不构成累犯包括两种情况：（1）犯前后两罪时都不满18周岁的，当然不成立累犯；（2）犯前罪时不满18周岁，犯后罪时，即使已满18周岁的，也不是累犯。如果只肯定前一种情况不成立累犯，会带来很多问题：一方面，未成年人犯前罪被判处有期徒刑后，再犯后罪时不满18周岁的情形在实践中非常少，不满18周岁不构成累犯的规定的适用余地几乎没有。另一方面，对未成年人限制累犯的成立，是因为考虑到其认识、控制能力有限，从而在法律上对其宽宥。因此，不满18周岁的人不构成累犯的规定的“射程”，自然包括犯前罪时不满18周岁，犯后罪时已满18周岁的情形。否则，就是对被告人量刑上的不利宣告。

与此有关的问题是：未成年人的前科是否可以作为从重处罚情节看待？对此，有三种观点：（1）前科应当作为后罪的酌定从重处罚情节看待，这符合司法惯例，也不与“不满18周岁的犯罪分子”不构成累犯的规定相抵触，因此，在起诉书、量刑建议书、判决书中都应载明前科事实。（2）未成年人犯罪的前科事实不应作为酌定从重处罚情节，因而不能在法律文书上有所反映。（3）根据刑法第一百条关于犯罪的时候不满18周岁被判处有期徒刑以下刑罚的人，免除前科报告义务的规定，未成年人犯罪被判刑五年以下的，不应作为后罪的前科，不能成为从重处罚事由。但超过五年有期徒刑的前科，可以作为酌定处罚事由。^① 如果考虑到刑法对未成年人的特殊体恤，坚持量刑上的禁止不利评价原则，根据“不满18周岁的犯罪分子”不构成累犯，不能从重处罚的规定，自然可以得出未成年人犯罪的前科不能作为后罪从重

^① 陈珍建等：《修（八）视野下未成年人犯罪前科可否作为后罪的从重处罚情节》，载《中国检察官》2012年第3期。