

导论篇

刑法各论的基础理论

第一章 刑法各论的研究对象

导言：刑法各论的体系

刑法各论（有的又叫刑法分论、罪刑各论、罪刑分论）的体系，是指刑法各论的内部结构。一般而言，刑法各论包括两个部分：

（一）刑法各论的基础理论问题（一般理论问题）

这些问题大致包括以下六个方面：（1）刑法各论的研究对象；（2）刑法分则体系（即犯罪分类排列问题）；（3）刑法分则条文的构成（如罪名、罪状、法定刑、定罪量刑情节等）；（4）刑法分则法条竞合；（5）单行刑法分则性规范；（6）附属刑法分则性规范。

鉴于其中的第 5、第 6 点内容，一般都在刑法总论中有所研究，因而在“刑法各论”里我们一般是重点讲前四点内容。

（二）类罪与个罪的认定与处罚问题

这些问题主要涉及：类罪与具体罪（主要是具体罪）的概念；构成特征；罪与非罪和此罪与彼罪的界限；刑罚处罚；该罪立法与司法方面的改进与完善建议，等等。——这实际上也是刑法各论问题的研究方法 with 通常的写作规范，其逻辑顺序原则上不能改变，值得我们在日常写作、尤其是硕士论文写作时注意。

可见，刑法各论与刑法总论的关系，也如同刑法分则与刑法总则的关系一样，二者是具体与抽象、特殊与一般的关系。即刑法总论所研究的是有关定罪量刑的基本理论，对于刑法各论问题的研究具有重要指导作用；反过来，刑法各论所研究的是具体罪的定罪处罚问题，它本身要以刑法总论为指导，同时又对刑法总论问题的研究具有充实、推动作用。因此，研究刑法各论同样具有重要意义，有助于整个刑法理论、刑事立法和刑事司法的完善。

一、刑法各论研究对象的基本界定

大体上可以说，刑法各论的研究对象，就是刑法中规定具体犯罪及其刑事责任的法律规范，大致包括刑法分则、单行刑法与附属刑法（后二者统称“特别刑法”）。

一般认为，法律规范与法律条文是近似语，在特定语境下二者可以互相通用。“规范”是精神实质、内容实体，“条文”则是对这种精神和内容的文字表述。

刑法分则，指现行刑法的第二编。它较为系统地规定了具体犯罪及其刑事责任问题。那么，刑法总则与刑法分则的关系是怎样的呢？简单地说，二者是抽象与具体、一般与特殊的关系：总则统帅并指导分则，分则则生动、具体地表现总则的精神。例如，在确定具体犯罪及其刑事责任问题时，要运用总则关于“罪过”、“主体要件”、“法定刑”、“量刑制度”等方面的规定。

单行刑法和附属刑法，一般都只是分则性的规定，因而一般都要受刑法总则的指导和统帅。现行刑法第 101 条明确规定：“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。”不过，特别刑法有特别规定时，包括有总则性的特殊规定时，就应当适用特别刑法或特殊规定——这是“特别法优于普通法原则”的要求。我国现阶段有一部单行刑法，即 1998 年 12 月 29 日颁布施行的《全国人大常委会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，其中明确规定增设了“骗购外汇罪”。

二、刑法分则的体系

（一）刑法分则体系的概念

所谓刑法分则体系，是指刑法分则对具体犯罪的分类及排列顺序。^①可见，刑法分则体系实际上就是犯罪分类和排列顺序的问题。

犯罪分类情况复杂，有社会学、犯罪学、刑法学等各种不同的学科分类。在刑法上，主要有两种情况：一是犯罪的类罪划分，即指以犯罪行为所侵害的同类客体为标准所进行的犯罪分类。二是犯罪的一般分类，即指

^① 参见张明楷：《刑法学》（下）法律出版社 1997 年版，第 514～515 页。

根据犯罪同类客体以外的标准所进行的犯罪分类，如自然犯与法定犯（或刑事犯与行政犯）、故意犯与过失犯、身份犯与非身份犯（常人犯）、暴力犯罪与非暴力犯罪、自然人犯罪与非自然人犯罪等。我们这里主要研究犯罪的类罪划分问题。一般认为，犯罪的一般分类的主要意义，是为了更好地研究刑法总则问题提供方便，因此，可称之为“刑法总则犯罪分类”。但实际上，犯罪的一般分类对于研究刑法分则也具有重要意义，因此，其别称并不科学。

（二）类罪划分问题

关于类罪划分问题，主要讲一讲类罪划分的历史沿革以及我国现行刑法分则的类罪划分等几个方面的内容。

1. 阶级社会初期，也就是刑法史初期的类罪划分。那时，罪名很具体而杂乱，因此，一般都是“以刑统罪”，即按照刑罚为标准对犯罪进行分类。我国的夏商周时期的刑法、古希腊刑法、古印度刑法、古埃及刑法、古西伯来刑法都是如此。例如，《周礼—司寇刑官之职》载：“司刑掌五刑之法，以丽万民之罪，墨罪五百，劓罪五百，宫罪五百，刖罪五百，杀罪五百。”《尚书·吕刑》载：“墨罚之属千，劓罚之属千，刖罚之属三百，宫罚之属三百，大辟之罚，其属二百：五刑之属三千。”

2. 中国封建刑法的类罪划分。中国封建刑法基本上采用了概括的罪名形式，主要是从犯罪行为的外部特征上对犯罪进行了区分和分类。其中典型的是《唐律》。唐律共有 12 篇：一是《名例律》；二是《卫禁律》；三是《职制律》；四是《户婚律》；五是《厩库律》；六是《擅兴律》；七是《贼盗律》；八是《斗讼律》；九是《诈伪律》；十是《杂律》；十一是《捕亡律》；十二是《断狱律》。除第一篇是带有总则性的规定外，其余十一篇都有涉及相关行为的犯罪，因而实际上是 11 类罪的犯罪分类。（《卫禁律》，主要是关于皇室宫殿警卫和关津要塞保护方面的犯罪；《职制律》，主要是关于各种官吏职务上的犯罪；《户婚律》，主要是各种违反婚姻、家庭、继承等封建伦理要求方面的犯罪；《厩库律》，主要是杀伤牛马、损坏仓库等方面等犯罪；《擅兴律》，主要是擅自发兵、放弃城守等军事方面的犯罪；《贼盗律》，主要是有关谋反、叛逆、谋杀、抢劫等侵犯人身和财产的犯罪；《斗讼律》，主要是有关斗殴伤人、诬告等侵犯人身和违反诉讼程序方面的犯罪；《诈伪律》，主要是有关伪造皇帝玉玺、诈欺财物等伪造和诈骗方面的犯罪；《杂律》，主要是规定那些“拾遗补漏性的犯罪”，如犯夜、失火等犯罪；《捕亡律》，主要是那些涉及追捕逃犯方面的犯罪，如“受命追捕而不行或逗留”；《断狱律》，主要是那些涉及刑讯、判决、执行方面的犯罪）。

中国封建刑法实行这种分类，其原因是什么？一般认为其原因有三：一是当时人们对犯罪的认识水平有限，特别是罪名本身的概括性不强，许

多罪名还停留在表面的形象思维上，而且罪名之间交叉重叠多，从而导致犯罪分类不科学。二是出于维护封建宗法等级特权制度和宗法伦理观念的需要，从而鲜明地反映了封建刑法的本质要求。一般认为，中国封建社会主要由 6 个等级身份系统构成，即君与臣民之间的身份系统；宗族亲属之间按照封建五服制度组成的身份系统；上下级官吏及官民之间的等级身份系统；师生之间的身份系统；良贱之间的等级身份系统；主婢之间的等级身份系统。对于不同的身份、不同的对象，给予不等的刑法保护；同时，不同身份的主体犯罪所承担的责任也不同。三是封建刑法内部“诸法一体、以刑为主”的特点，使得这种分类具有相对的合理性，也使得整个法律构成一个有机和谐的整体。《唐律疏议》讲：《名例律》是全律的纲领与统帅，故列为全律的首篇；“但敬上防非，于事尤重，故《卫禁律》次名例之下，居诸篇之首；而宫卫事了，设官为次，故《职制律》在卫禁之下；既论职司事讫，即户口、婚姻，故《户婚律》次职制之下；户事既终，厩库为次，故《厩库律》在户婚之下；厩库事讫，须备不虞，故此论兵，《擅兴律》次于厩库之下；前禁擅发兵马，此须防止贼盗，故《贼盗律》次擅兴之下；贼盗之后，须防斗讼，故《斗讼律》次于贼盗之下；斗讼之后，须防诈伪，故《诈伪律》次斗讼之下；《杂律》及拾遗补漏，错综成文，斑杂不同，故次《诈伪》之下；若有逃亡，恐其滋蔓，故须捕系，以虞疏网，故《捕亡律》次于杂律之下；而《断狱律》错综一部条流，以为决断之法，故承众篇之下。”可见，《唐律》的类罪划分逻辑性强，各种犯罪之间有机联系，犯罪的排列是一个和谐有序的系统。

需要说明的是：唐律中也曾出现过“公罪”与“私罪”的划分，又称“公坐”与“私坐”。但这仅仅是针对官员犯罪所做的划分，其目的是减轻官员因公执行职务而犯罪的刑事责任。《唐律疏议》解释说：“公罪，谓缘公事致罪而无私曲者。私罪，谓不缘公事私自犯者。虽缘公事，意涉阿曲，亦同私罪。”但是，唐律中公罪与私罪的划分，与西方国家公罪与私罪的划分是不同的：一是范围不同。唐律的这种划分，仅仅针对官员犯罪，而不是所有犯罪。而西方国家的类似划分，是针对整个犯罪的全体。二是划分标准不同。唐律这种划分的标准，是犯罪主体的主观恶性；而西方国家这种划分的标准，是犯罪侵害的法益性质。三是目的不同。唐律这种分类的目的主要是激发官员“为公”的积极性，规定“以官当罪”，便于减轻官员罪责；而西方国家这种划分的目的是便于分别予以保护，并据以确定刑事管辖权和起诉权。

3. 罗马刑法的类罪划分。它首先是将犯罪划分为“公罪和私罪”，或者称“公犯和私犯”。

公罪，是指侵害国家和社会法益的犯罪。对公罪要处以刑罚，任何人

均可对之提起诉讼；在管辖上，最初是由“国民议会”审判，后改由“控诉法院”审判。公罪还可以进一步分为“固定公罪”与“例外公罪”两种。固定公罪必须适用普通刑事訴訟法，采用绝对确定的法定刑，因此又称“法定刑的公罪”；例外公罪适用特別訴訟法，法官在量刑上有自由裁量权，因此又称“非法定刑的公罪”。公罪主要包括以下四种：一是对于国家的犯罪，如叛逆罪等；二是对于宗教的犯罪，如输入异教罪等；三是对于妨害社会风化的犯罪，如奸非罪、猥亵罪等；四是对于侵害个人法益的重罪，如故意杀人罪、故意伤害人肢体而又未与受害者和解罪等。

私罪，则是指除公罪中对个人利益构成严重犯罪以外的、其他一切侵害个人身体、财产的犯罪。对于私罪，罗马法认为，它是构成债权的一般原因，因此一般采取损害赔偿的办法处理；直到后来，才逐渐允许被害人提起刑事自诉。

可见，罗马法关于公罪、私罪的划分，在当时是与古罗马商品经济极为发达、因而法律被分为“公法”与“私法”相联系在一起的；后来，随着罗马帝政的发展、国家的逐步强大，公罪的范围就逐步扩大，私罪则逐步缩小，同时表明古罗马社会的价值取向开始由个人本位主义向社会本位主义的转化，也是罗马帝国国家至上主义原则日益强化的表现；再后来，经过逐步发展，特别保护人权理论的发展，其公罪、私罪的划分逐步现代化，并为近现代刑法犯罪论所吸收。

4. 中世纪西欧社会的类罪划分。这个时期，西欧的社会经济、政治状况是，自给自足的庄园自然经济占统治地位，封建割据盛极一时，中央集权力量相对薄弱；同时，教会势力极大，并取得了与世俗王权平起平坐甚至凌驾于世俗王权之上的地位。在这种大背景下，西欧刑法也成为暴政的工具和宗教的婢女。表现在犯罪分类上，就是公罪和私罪的划分被取代，而演变为“世俗犯罪”与“宗教犯罪”的分类。这种分类的标准是管辖主体：所谓世俗犯罪，就是由世俗当局管辖的犯罪；所谓宗教犯罪，则是由教会审判处理的犯罪。而宗教犯罪，是以含义模糊的“罪孽”作为区分重罪与轻罪的标准，鲜明地表明了教会刑法的主观擅断性，因而，这种分类就折射出一种历史的倒退。由于“罪孽”在本质上是一个纯粹主观的观念性存在，模糊而缺乏标准，因此，按照罪孽定罪量刑，就在根本上是罪刑擅断。在这个意义上，笔者认为，应当反对以“德”治国，因为“德”的主观随意性、模糊性，尤其在刑法领域，往往可能导致类似宗教犯罪分类一样的标准主观化、道德化、模糊化，最终结果就是刑法上的主观擅断，其实质与法治文明背道而驰，其灾难性后果是将不可避免地导致历史倒退。因此，应该特殊强调刑法领域的以“治”国。

5. 近代西方国家刑法的犯罪分类。一般认为，贝卡里亚《论犯罪与

刑罚》一书的出版（1764年7月），标志着近代资产阶级犯罪分类理论的正式诞生。贝卡里亚认为：“衡量犯罪的真正标准就是它对社会的危害。”因此，犯罪应当分为三类：一是直接损害社会或其代表的犯罪行为；二是侵犯公民个人的生命、财产或名誉的犯罪行为；三是那些扰乱公共秩序和公民的生活安宁的犯罪行为。对于这种类罪划分，人们将其与罗马法中“公罪与私罪”的分类进行比较，发现它们十分接近，于是就有“罗马法复兴了”的说法。贝卡里亚的这种分类，通过刑事古典学派的其他著名法学家的发扬，以及后来的规范学派学者的光大，现在已成为西方国家刑法学中的犯罪分类的通说。即两分法或者三分法（二者在本质上相同）。因此，当前西方国家刑法中类罪的划分，大体上都是采取两分法或者三分法，即将犯罪分为侵犯公法益的犯罪与侵犯私法益的犯罪两种，或者将犯罪分为侵犯私法益的犯罪、侵犯社会法益的犯罪与侵犯国家法益的犯罪三种。

这里顺便说明：我国台湾地区刑法在理论上基本接受了现代西方的刑法理论，对犯罪的类罪划分就是采取的三分法，即将犯罪分为侵犯个人法益的犯罪、侵犯社会法益的犯罪与侵犯国家法益的犯罪三种。台湾地区刑法理论认为，所谓法益，是指法律所保护的利益。所谓个人法益，是指由自然人所拥有，并由刑法加以保护的重要生活利益。包括五个方面：一是生命；二是身体与健康；三是个人自由；四是名誉与信用；五是财产。所谓社会法益，是指以社会整体作为法律人格者所拥有的社会共同生活的公共利益。包括五个方面：一是社会共同生活的安全；二是公共信用与交易安全；三是伦理秩序与善良风俗；四是婚姻与家庭制度的安全；五是公共卫生与健康。所谓国家法益，是指以国家作为法律人格者所拥有的公法益。包括五个方面：一是国家成立的安全；二是政府统治机能的确保；三是人民行使政权的保障；四是公共秩序的维持；五是司法权的不受干扰。^①

还需要说明的是：尽管当前西方国家刑法中类罪的划分在基本原则基本上都是按照所侵犯的法益的不同来进行类罪划分的，但是，在具体的技术处理和排列模式上却各有差异。根据学者的归纳，一般认为有三种模式：一是法国模式（分类排列法）；二是德国模式（按罪配列法）；三是意大利模式（在分类排列的基础上，又根据犯罪客体或者犯罪行为特征或其他特征进行再分类）。

法国模式的犯罪分类。1791年和1810年《法国刑法典》，都将犯罪

^① 参见林山田：《刑法特论》（上），台湾地区三民书局印行 1978年版，第2～10页。

分为两大类，即妨害公益之重罪及轻罪、妨害私人法益之重罪及轻罪；同时，还根据犯罪行为危害程度的不同，将犯罪分为重罪、轻罪与违警罪三类。（对公益犯罪，又进一步分为四类：妨害国家安全之重罪及轻罪，非法集会的犯罪，妨害国宪之重罪及轻罪，妨害公共安全之重罪及轻罪。对私人法益犯罪，也进一步分为两类：妨害人身罪，侵害财产之重罪及轻罪）。这种犯罪分类的不足是：随着社会生活的复杂化，公法益与私法益的划分日益困难，例如，对于经济犯罪的归属划分就很成问题。（于此，笔者想到了“挪用公款罪”的司法解释。对于挪用公款给私人投资的企业法人的，哪怕没有任何损失甚至还有收益，也要对挪用人进行定罪——对此，笔者认为就缺乏法理根据）

德国模式的犯罪分类。1813年《德国刑法典》，按照三分法的精神，并根据某些犯罪类别相近的特点对犯罪进行分类，直接将犯罪分为29类，每类为一章，从而建立起分则体系。这二十九章分别是：（1）危害和平罪、内乱罪、危害民主法治国体罪；（2）叛国及外患罪；（3）敌对外国之犯罪；（4）妨害宪法机关及选举和表决的犯罪；（5）妨害国防的犯罪；（6）反抗国家权力的犯罪；（7）违反公共秩序的犯罪；（8）货币之伪造及有价证券之伪造的犯罪；（9）未经宣誓之虚伪陈述及虚伪宣誓的犯罪；（10）诬告罪；（11）有关宗教及世界观的犯罪；（12）妨害身份、婚姻及家庭的犯罪；（13）妨害性自由的犯罪；（14）侮辱罪；（15）侵害个人生命及隐秘的犯罪；（16）侵害生命的犯罪行为；（17）伤害罪；（18）妨害人身自由的犯罪；（19）盗窃及侵占罪；（20）强盗及恐吓罪；（21）犯罪庇护及赃物罪；（22）诈欺罪及背信罪；（23）伪造文书罪；（24）破产罪；（25）可罚之利欲行为；（26）毁损罪；（27）公共危险罪；（28）渎职罪；（29）违警罪，但在1976年修正刑法中被删掉此章。这种犯罪分类也有不足，就是：犯罪分类的标准不统一，有的是根据法益进行分类，而有的是根据犯罪的基本特征、行为方式、主观特征等方面的特点进行分类，因而比较混乱。

意大利模式的犯罪分类。《意大利刑法》直接按照犯罪所侵害的同类法益，将所有犯罪分为13大类，并作为分则的十三章。这13章是：（1）危害国家安全的犯罪；（2）对公共行政的犯罪；（3）对司法的犯罪；（4）对宗教情感或对死者崇敬的犯罪；（5）对公共秩序的犯罪；（6）对公共安全的犯罪；（7）对公共信用的犯罪；（8）关于工商经济的犯罪；（9）对于公共道德及善良风俗的犯罪；（10）侵害后代之保全及健康的犯罪；（11）妨害家庭罪；（12）对于人身的犯罪；（13）对于财产的犯罪。大致上，第一至第四章是侵害国家法益的犯罪；第五至第十一章是侵害社会法益的犯罪；第十二至第十三章是侵害个人法益的犯罪。在此基础上，又根据犯罪

所侵害的法益的不同、行为特征的不同等特点进行再分类，并置于章之下作为“节”。例如，第一章危害国家安全罪，其下又分5节：一节是外患罪；二节是内乱罪；三节是对国民政权的犯罪；四节是对外国及外国元首的犯罪；五节是对前四节的一般共同规定。（此前四节，即为四小类犯罪，或者说罪群、亚同类客体犯罪。这一点，我国现行刑法分则第三章、第六章应当说是予以借鉴了的）

6. 前苏联刑法中的类罪划分。一般认为，前苏联是按照同类客体理论对犯罪进行的类罪划分。前苏联对同类客体的解释是一种“社会关系”（而不是法益）。因此，前苏联刑法基本上是根据社会关系对刑法进行类罪划分的。例如，1960年《苏俄刑法典》分则有十二章，就是将犯罪分为12类：（1）国事罪；（2）侵害社会主义所有制的犯罪；（3）侵害生命、健康、自由和人格的犯罪；（4）侵害公民的政治权利和劳动权利的犯罪；（5）侵害公民个人财产的犯罪；（6）经济上的犯罪；（7）渎职犯罪；（8）违反公正审判的犯罪；（9）妨害管理秩序罪；（10）危害公共安全、公共秩序和人民健康的犯罪；（11）属于地方旧习残余的犯罪；（12）军职罪。

其特点有以下几点：一是将刑法阶级性原理贯彻到类罪划分上。但是，前苏联刑法理论否定“法益论”的两分法和三分法的合理性，这是不妥当的。比如，在侵犯财产所有权的犯罪问题上，前苏联刑法机械地再次划分为“公”与“私”两种，实在是没有必要。二是前苏联刑法理论所主张的同类客体理论本身具有模糊性、立体性，因而难以全面兼顾犯罪行为特征，也不易将同类客体标准贯彻到底。例如，第十一章的“属于地方旧习残余的犯罪”的类罪划分问题。

7. 我国1979年刑法的类罪划分。1979年刑法主要借鉴了前苏联刑法的理论和事例，采取按照犯罪同类客体的标准对犯罪进行类罪划分。当时刑法分则分为8章：一是反革命罪；二是危害公共安全罪；三是破坏社会主义经济秩序罪；四是侵犯公民人身权利、民主权利罪；五是侵犯财产罪；六是妨害社会管理秩序罪；七是妨害婚姻家庭罪；八是渎职罪。另外，还有《惩治军人违反职责罪暂行条例》，一般认为这是对1979年刑法的补充和续篇，可以认为是第9类犯罪。

我国刑法理论界认为，1979年刑法分则体系具有相当的科学性，但同时，因为当时特殊历史条件的限制，它也存在许多不足。主要不足之处是：一是在犯罪分类上过于粗略；二是有些章的内容过于庞杂，将一些本不是侵犯同一类客体的犯罪放在同一章中，或者将侵犯同类客体性质的犯罪分开成不同的章进行规定；三是有的章名不科学，如“反革命”的类罪名问题；四是有的犯罪类型没有纳入刑法，或者没有独立成章；五是在犯罪排列上未能完全贯彻科学的排列标准，内在逻辑性不强、也不统一；六

是有的章的排列不符合现行宪法的价值取向，从而没有突出时代特色。

针对上述不足，许多学者提出了改革和完善建议，并提出了完善刑法分则体系的构想。例如，有学者提出，刑法分则完善的原则和目的。原则主要有三个：一是全面充实原则；二是科学分类原则；三是合理性原则。目的也有三个：一是要体现罪刑法定原则的要求；二是要在排列顺序上体现刑法的价值取向；三是在类罪的划分与排列上要便于适用时的检索与查找。

再例如，赵秉志教授在归纳和总结已有研究成果的基础上，提出了刑法分则的体系结构可设立二十六章的建议：（1）危害国家安全罪；（2）危害国防罪；（3）军人违反职责罪；（4）危害公共安全罪；（5）贪利型渎职罪（即贪污贿赂罪）；（6）普通渎职罪；（7）侵犯公民人身权利罪；（8）侵犯公民民主权利罪；（9）侵犯公民劳动权利罪；（10）侵犯财产罪；（11）妨害婚姻家庭罪；（12）危害资源、环境罪；（13）非法生产经营罪；（14）妨害企业管理罪；（15）妨害海关管理罪；（16）破坏金融秩序罪；（17）妨害证券、票证管理罪；（18）侵犯知识产权罪；（19）妨害公平竞争罪；（20）妨害税收罪；（21）妨害司法活动罪；（22）妨害社会管理秩序罪；（23）毒品罪；（24）妨害风化罪；（25）妨害文物管理罪；（26）妨害国边境管理罪。

从现行刑法分则的规定来看，上述这些学者的意见基本上被采纳了。

8. 中国现行刑法分则体系。现行刑法分则将各种具体的犯罪分为十章，每章规定为一类罪。其排列顺序为：一章是危害国家安全罪；二章是危害公共安全罪；三章是破坏社会主义市场经济秩序罪；四章是侵犯公民人身权利、民主权利罪；五章是侵犯财产罪；六章是妨害社会管理秩序罪；七章是危害国防利益罪；八章是贪污贿赂罪；九章是渎职罪；十章是军人违反职责罪。

现行刑法分则体系的特点有三点：一是原则上依据犯罪的同类客体对犯罪进行分类；同时第三章、第六章之下，分别设置了八节与九节，按照次同类客体或者行为特点对犯罪进行再分类。这样，体现了犯罪分类的原则性和灵活性，也打破了资产阶级的两分法或者三分法的传统，更加科学。二是在总体上依据各类犯罪的社会危害性大小来排列，从重到轻，从而鲜明地表明了刑法打击的重点。三是对于属于复杂客体的犯罪依据主要客体进行归类。例如，“抢劫罪”被归入侵犯财产罪中；“合同诈骗罪”和“金融诈骗罪”被归入破坏社会主义市场经济秩序罪中，等等。

这些特点说明，中国现行刑法分则体系比较科学和成熟，总体上具有前述意大利刑法分则体系的特点。

（三 研究刑法分则体系的意义

主要有四点：（1）刑法分则体系是刑法整体的有机组成部分，因而研究刑法分则体系对于完善整个刑法体系具有重要意义。（2）刑法分则规定具体犯罪及其刑事责任，因而其体系如何，对于罪刑关系的具体化、明确化、系统化，对于完成刑法任务，实现刑法价值具有关键性、决定性的作用。例如，对于强奸罪的分则体系性安排，到底是安排在“妨害风化犯罪”还是安排在“侵犯人身权利罪”中，就反映了不同的价值取向。（3）刑法分则体系的完善，对于司法机关的刑事司法活动具有更直接、更具决定性的意义。如能突出打击重点；能准确定罪量刑；能顺利查找和适用刑法条文，等等。（4）刑法分则体系的完善，对于充实、发展刑法分论，对于发展整个刑法学，都具有重要意义。

三、刑法分则条文的构成

刑法分则条文（这里仅以刑法典分则条文为例）的构成，因刑法分则条文本身的类型不同而有差异。一般而言，刑法分则条文主要有“说明式条文”与“罪刑式条文”两种；但是，我国1979年刑法分则还有“宣言式条文”。因此，可以说，刑法分则条文大致有以下三类：（1）宣言式条文。例如，我国1979年刑法第131条规定：“保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，不受任何人、任何机关非法侵犯。违法侵犯情节严重的，对直接责任人员予以刑事处分。”有学者认为，这种分则条文在1979年我国制定通过第一部刑法典时，出于反思“文革”的需要，应当说是可以理解的；但是总的来说，这种分则条文并没有存在的实际意义，因而现行刑法已经删掉了类似规定。（2）说明式条文（或解释性条文）。如现行刑法第382条对贪污罪的说明、第385条对受贿罪的说明，即是这样的条文。（3）罪刑式条文。即指规定了具体犯罪的罪名、罪状和法定刑的刑法分则条文（但在我国，许多罪刑式分则条文并没有明确规定“罪名”）。这种分则条文式最典型、最主要的刑法分则条文，也是我们研究的主要对象。因此，可以说，最典型的刑法分则条文的构成，包括罪名、罪状、法定刑三个部分。其在组合形式上有两种：一种是“罪状+法定刑”；另一种是“罪状+罪名+法定刑（如第384条对挪用公款罪的规定）。

下面对罪名、罪状和法定刑分别进行论述：

（一）罪名

罪名法定是罪刑法定原则的必然要求，也是正确定罪量刑的基础。但是，在我国，理论界对罪名问题的研究十分贫乏，直到2000年才出版了

一本《罪名研究》;^①立法上,基本上采取“归纳暗示式的立法”,从而导致罪名司法上的不统一。现行刑法在这个问题上有比较大的改观,但基本上还是没有采取明确的、由立法确定罪名的方式,只有少数罪名是由立法直接规定的;司法解释基本上统一了罪名适用问题。如,在最高人民法院于1997年12月11日发布了《关于执行 中华人民共和国刑法 确定罪名的规定》之后,最高人民法院和最高人民检察院又于2002年3月15日联合作出《关于执行 中华人民共和国刑法 确定罪名的补充规定》,消除了两高在罪名适用上的分歧,实现了罪名适用上的统一。但是,理论上的分歧仍然存在。例如,对于刑法第397条的规定,“两高”联合司法解释认为该条规定了滥用职权罪和玩忽职守罪两个罪名;^②但是理论界却有学者认为,本条实际上应当理解为规定了四个罪名,即本条第1款规定了玩忽职守罪、过失滥用职权罪,第2款规定了徇私舞弊滥用职权罪、徇私舞弊不履行职责罪。^③再如,刑法第236条的规定,“两高”联合司法解释认为,可以只定“强奸罪”一个罪名;但是,理论界仍然有学者认为,“两高”联合司法解释并不妥当,应当保留“奸淫幼女罪”罪名,因为两罪的构成特征和处罚规定并不相同。这些事实和现象说明,我们应当重视罪名问题,需要进一步研究,切实规范罪名立法和司法。

1. 罪名的概念、特征和功能

关于罪名的概念,理论界主要有两种表述方式:一种表述为“罪名,顾名思义就是指犯罪的名称”;另一种表述为“罪名是某种犯罪行为的最本质特征的简明概括”。笔者认为,应当将这两种表述合并起来界定罪名的概念,即罪名是指犯罪的名称,是对犯罪的本质的或者主要的特征的高度概括。

罪名的特征有三个方面:第一,语词特征。罪名作为一种语词,必须简练、准确、规范。第二,语法结构特征。罪名的语法结构主要有以下几种模式:一是单纯动词结构式罪名,如盗窃罪、抢劫罪等。二是状语加动词结构式罪名。如非法拘禁罪。三是动宾结构式罪名,如背叛国家罪、劫持航空器罪、伪造货币罪。四是主谓结构式罪名,如公司、企业人员受贿罪、单位受贿罪。五是主谓宾结构式罪名,如金融工作人员购买假

① 参见刘艳红:《罪名研究》中国方正出版社2000年版。

② 最高人民法院、最高人民检察院《关于执行(中华人民共和国刑法)确定罪名的补充规定》法释〔2002〕7号,2002年3月15日公布,自2002年3月26日起施行。

③ 参见朱建华:《刑法第397条规定的罪名应为四个》,载《现代法学》2000年第5期。

币、以假币换取货币罪，国家机关工作人员签订、履行合同失职罪。六是名词结构式罪名，如间谍罪、重大责任事故罪。七是动宾补语结构式罪名，如帮助犯罪分子逃避处罚罪、指使部属违反职责罪。第三，规范特征。即罪名必须具有内在的法律规定性，它表现的是罪名的规范合法性以及罪刑法定原则的基本要求：罪名必须是由刑法规范（广义的）所确认。在我国，1979年刑法由于规定了类推制度，因而在当时类推罪名也能“合法地”存在；但是一般认为，这是违背罪刑法定原则的基本精神的，所以为现行刑法所抛弃。

罪名的功能，主要有以下几个方面：^①第一，识别功能。第二，概括功能。罪名将形形色色、各种各样的犯罪行为进行概括归罪。如盗窃有入室盗窃、扒窃、顺手牵羊式的窃取等形式，但这些都可用“盗窃罪”这一罪名来概括。第三，评价功能。一种罪名本身就意味着对一种具体行为的否定性评价。第四，个别化功能。即罪名具有使此罪成为区别于彼罪的功能。例如，同样是将人杀死，但是故意杀人罪与过失致人死亡罪就具有很大的不同，更与正当防卫时的杀人行为相区别。第五，威慑功能。因为罪名是对某种行为的权威的否定评价，并且往往意味着行为人要承担相应的刑法后果，从而罪名具有威慑作用。

2. 罪名的分类

这里的罪名分类，指的是罪名的类型划分，而不是指罪名的具体个数。罪名分类大致有以下几种划分方法：

第一种分类法：类罪名与具体罪名。（1）类罪名是某一类犯罪的总名称，如章罪名、节罪名、罪群罪名等，它不能成为定罪处刑的引用根据。（2）具体罪名是指各种具体犯罪的名称，有其定义、构成要件与法定刑，可以成为定罪的根据。

第二种分类法：单一罪名、选择罪名与概括罪名。（1）单一罪名，是指罪名所包含的犯罪构成的具体内容单一，只能反映一种犯罪行为而不能拆开使用的罪名。我国刑法分则所规定的多数罪名属于单一罪名，如故意杀人罪、故意伤害罪、非法持有毒品罪等。（2）选择罪名，是指它所包含的犯罪构成的具体内容复杂，反映出多种犯罪行为，既可以概括地作为一个罪名使用，也可以根据情况分解拆开作为数个罪名使用（但不实行数罪并罚）的罪名。如：走私、贩卖、运输、制造毒品罪（属于“犯罪行为选择”），拐卖妇女、儿童罪（属于“犯罪对象选择”），非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪（属于“行为与对象多重选择”），

^① 参见陈兴良主编：《刑法各论的一般原理》，内蒙古大学出版社1992年版，第103页，参见张明楷：《刑法学》（第二版）法律出版社2003年版，第510～512页。

本罪可以分解成 15 个罪名)。可见,选择罪名的特点是可以包括许多具体犯罪,同时又能避免具体罪名的繁杂累赘。(3)概括罪名,是指它所包含的犯罪构成的具体内容复杂,反映出多种犯罪行为,但是只能作为一个罪名概括地使用,而不能分解拆开使用的罪名。如信用卡诈骗罪,其内容包括有许多情形,但是永远只能以一个罪名使用。可见,概括罪名与选择罪名的根本区别是:选择罪名可以视情分解拆开使用罪名,而概括罪名不能分解拆开使用而只能作为一个罪名整体使用。

第三种分类法:确定罪名与不确定罪名。(1)确定罪名,是指法律有明确而特定的表述的罪名,如故意杀人罪、爆炸罪、偷税罪等。绝大多数罪名是确定罪名。(2)不确定罪名,是指法律没有特定表述,因而在定罪时可以根据行为的具体情状来确定的罪名。典型的是刑法第 114 条规定的“以危险方法危害公共安全罪”,在司法实践中都需要进一步细化。例如,行为人在公共场所开车撞人危害公共安全时,应定“以驾车撞人的方法危害公共安全罪”。但是,不确定罪名是否为罪刑法定原则所包容协调,还需要予以关注和讨论。

第四种分类法:基本罪名与修正罪名。(1)基本罪名又称常态罪名,是指刑法分则直接规定的原始状态的罪名,反映了犯罪的既遂状态或者具备完整的犯罪构成的状态。例如,司法解释中所列举出来的罪名表上的罪名,就基本罪名。(2)修正罪名,与基本罪名相对而言,是指在审判实践中从具体的案情出发,根据刑法总则的有关规定对基本罪名进行修正的罪名。修正罪名主要有基于犯罪停止形态修正的罪名和基于共犯形态修正的罪名。前者如杀人(预备)罪、杀人(未遂)罪、杀人(中止)罪;后者如抢劫(组织)罪、抢劫(帮助)罪、抢劫(教唆)罪。

第五种分类法:立法罪名与司法罪名。^①这是根据确定罪名的不同主体所作的划分。

3. 罪名的确定

罪名的确定,是指根据刑法分则具体罪状的规定进行概括,确定各种具体犯罪的名称。在我国,罪名的确定经历了一个历史发展过程:无章可循——公检法各自为政——“两高”争霸(有一致点也有不一致点)——“两高”联合垄断。但是最终,要么是由立法直接规定罪名,要么是由最高司法机关即最高人民法院司法解释确定罪名,这样,罪名的确定才能真正实现大一统。

关于罪名的立法规定方式问题。

^① 理论上,还存在学理罪名,指由学者根据刑法规范所概括的罪名,但是它不具有法定性。

世界上，罪名的立法规定方式主要有明示式与暗示式两种；也可以分为以下三种：一是分列明示式；二是定义明示式；三是归纳暗示式（有的又称隐名罪名、推理式、暗含推理式）。

分列明示式的罪名规定方式，是指在刑法分则条文或者其他有关的刑法规范中，将罪名列于条文之首并作出相对明确的规定方式。德国、意大利、瑞士等国刑法即是如此，在条文之首的括号内所列名称一般都是相应条文规定的罪名，罪名与罪状分列，所以称之为“分列明示式”。如意大利刑法典第 372 条规定（伪证）证人于法院供述时，陈述虚伪事实或否认真实性或就其所知悉而被问之事实为全部或一部之沉默者，处……之刑。

定义明示式的罪名规定方式，是指在刑法分则条文中，以定义的方式确定罪名。如西班牙、格陵兰等国刑法；此外，我国刑法分则也在部分条款中采用定义明示式的罪名规定方式，如第 382 条（贪污罪）、第 384 条（挪用公款罪）等。

归纳暗示式的罪名规定方式，是指刑法分则条文不对罪名作出明确规定，只直接规定具体罪的罪状，因而在对罪状进行归纳、抽象、推理的基础上确定罪名的规定方式。如巴西等国刑法典。我国刑法也主要采用了归纳暗示式的罪名规定方式。但是，这种罪名规定方式存在明显的缺陷，即如果归纳罪名的主体不同，往往得出的结论和概括的罪名就不一致，很容易导致理论与实践的混乱。

关于确定罪名的主体问题。

如果罪名由立法直接规定（如分列明示式和定义明示式），显然确定罪名的主体是立法机关，自无争议。但如果采用归纳暗示式的罪名规定方式，由于立法没有对罪名作出明确的解释和规定，则应当由司法机关（如最高人民法院）来解决罪名确定问题。

在我国，司法机关的含义是模糊的概念，一般认为包括法院、检察院和公安机关（安全机关行使侦查权时也包括在内）。是否这三个机关都可以成为确定罪名的主体？笔者认为，对司法机关应当作狭义的准确的理解，相应地，就只有最高人民法院才能够成为行使司法解释权，即只有最高人民法院才能成为行使罪名确定权的主体。理由是：（1）司法性，在基本性质上必须具有被动性、中立性、最终决定性这样“三性”。显然，只有人民法院的审判权才符合这些性质。人民法院是惟一的审判机关（即纯粹意义上的司法机关），最高人民法院成为惟一的确定罪名的司法机关，是由其具有的审判机关的性质、职能、地位所决定的。（尤其在诉讼阶段，检察院在本质上仅仅相当于自诉案件中的原告人，它对被告人定罪并无最终决定权，也没有最终的法律效力）。（2）最高人民法院成为惟一的确定罪名的司法主体，符合罪名统一的基本要求，也是罪名权威性、严肃性的体

现。(3) 最高人民法院成为惟一的确定罪名的司法主体，有法律依据。在归纳暗示式的罪名规定方式中，确定罪名的活动在性质上是一种司法活动，是我国最高司法机关在将刑法分则应用于具体案件时对法律所作的解释，因此，它属于司法解释的范畴，完全符合司法解释的特征。其法律根据主要有两个：一是人民法院组织法第 33 条规定了最高人民法院的司法解释权；二是 1981 年 6 月全国人大常委会通过的《关于加强法律解释工作的决议》，该决议明确规定：对于法院在刑事审判工作中具体应用刑法的问题，由最高人民法院进行解释（而不是由最高人民检察院进行解释）。

（二）罪状

行为只有符合某种罪刑规范所规定的罪状，才能适用该规范，并以此为依据对该行为定罪处刑。那么，什么是罪状？简单地说，罪状就是刑法分则罪刑规范对犯罪具体状况与主要构成要件的描述。如刑法第 122 条（劫持船只、汽车罪）规定“以暴力、胁迫或者其他方法劫持船只、汽车的，处五年以上十年以下有期徒刑……”，引号中的前一句话就是罪状，其中也包含了罪名；后一句则是法定刑。罪状只存在于刑法分则条文之中，并且每一个刑法分则条文都包含有罪状。

罪状可以分为两大类：基本罪状与修正罪状。基本罪状，是指对具体犯罪基本构成特征的描述；修正罪状则是指对加重或者减轻法定刑的适用条件的描述，因此，修正罪状又可以进一步区分为加重罪状和减轻罪状两种。例如，刑法第 236 条（强奸罪）的罪状规定，第一款是基本罪状，第三款是加重罪状；再如，刑法第 232 条（故意杀人罪）的罪状规定，前半段是基本罪状，后半段则是减轻罪状。应当注意：刑法分则对任何犯罪都规定有基本罪状，但并不一定都规定有修正罪状。

对于上述两类罪状，刑法分则条文又有不同的描述方式：对基本罪状的描述方式有简单罪状、叙明罪状、引证罪状、空白罪状和混合罪状五种；对修正罪状的描述方式有三种。^①

简单罪状，即仅仅写出犯罪名称，而没有详细描述犯罪构成特征，其特点是简明扼要。如刑法第 232 条中的罪状描述方式就是简单罪状。

叙明罪状，是指在刑法分则条款中对具体犯罪的构成特征进行了详细描述，其特点是要点明确，能够避免歧义。例如，刑法第 305 条（伪证罪）规定：“在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的，处……”那么，刑法分则为什么要对伪证罪的罪状采

^① 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社 2003 年版，第 508～509 页；何秉松主编：《刑法教科书》（下）中国法制出版社 2000 年版，第 641 页。