

解构与重构

刑法分则类型化研究

JIEGOU YU CHONGGOU:XINGFA FENZE LEIXINGHUA YANJIU

胡先
锋著

非外借



中国政法大学出版社

解构与重构

刑法分则类型化研究

JIEGOU YU CHONGGOU·XINGFA FENZE LEIXINGHUA YANJIU



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

解构与重构：刑法分则类型化研究/胡先锋著. —北京：中国政法大学出版社，2018.9
ISBN 978-7-5620-8491-4

I. ①解… II. ①胡… III. ①刑法—分则—研究—中国 IV. ①D924.304

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第197593号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮 箱 fadapress@163.com
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 20.75
字 数 360千字
版 次 2018年9月第1版
印 次 2018年9月第1次印刷
定 价 56.00元



前 言

解构主义 (Deconstructivism), 是建构主义 (Constructivism) 的反义词。19 世纪末, 尼采 (1844 ~ 1900) 宣称 “上帝死了”, 并要求 “重估一切价值”。他的叛逆思想从此对西方产生了深远影响。作为一股质疑理性、颠覆传统的思潮, 尼采哲学成为解构主义的思想渊源之一。另外两股启迪和滋养解构主义的重要思想运动, 分别是海德格尔 (1889 ~ 1976) 的现象学以及欧洲左派批判理论。1968 年, 一场激进学生运动席卷整个欧美资本主义世界。在法国, 抗议运动被称作 “五月风暴”。可悲的是, 这场轰轰烈烈的革命昙花一现, 转眼即逝。在随之而来的郁闷年代里, 激进学者难以压抑的革命激情被迫转向学术思想深层的拆解工作。他们明知资本主义根深蒂固、难以摇撼, 却偏要去破坏、瓦解它所依赖的强大发达的各种基础, 从它的语言、信仰、机构、制度, 直到学术规范与权力网络。解构主义在此背景下应运而生。为了反对形而上学、逻各斯中心, 乃至一切封闭僵硬的体系, 解构运动大力宣扬主体消散、意义延异、能指自由。换言之, 它强调语言和思想的自由嬉戏, 哪怕这种自由仅仅是一曲 “戴着镣铐的舞蹈”。除了它天生的叛逆品格, 解构主义又是一种自相矛盾的理论。用德里达的话说, 解构主义并非一种在场, 而是一种踪迹。它难以限定, 无形无踪, 却又无时无刻不在。换言之, 解构主义一旦被定义, 或被确定为是什么, 它本身就会随之被解构掉。解构的两大基本特征分别是开放性和无终止性。解构一句话、一个命题或一种传统信念, 就是通过对其中修辞方法的分析, 来破坏它所声称的哲学基础和它所依赖的等级对立。与此同时, 我们必须看到, 解构主义所运用的逻辑、方法与理论, 大多是从形而上学传统中借用的。如此看来, 解构主义不过是一种典型的权宜之计, 或是一种以己之矛攻己之盾的对抗策略。

德里达 (1930 ~ 2004) 是 20 世纪后半期解构主义思潮的代表人物, 也是哲学史上争议最大的人物之一。支持者认为他的理论有助于反对人类对理性的近乎

偏执的崇拜，有助于打破形而上传统对真理、本体的僵化认识。反对者认为，既然德里达相信语言没有确定的意义，真理只是人的臆造，势必导致虚无主义和相对主义。德里达的理论确实充满了矛盾，也提供了多种解读的可能性。德里达用形而上的论证方法揭示出形而上传统自相矛盾的地方，从而实现反传统的目的。

本书使用“解构”或者“解构主义”等词语，并不是想制造一种刑法学领域的虚无主义和相对主义，也不是想制造一种刑法学领域的“重估一切价值”，而是想借用这些具有深刻反思性价值的哲学史词语，表达对现行刑法分则部分的解析，并通过对罪名关系的重读，对罪名体系的重构，对构成要件的重释，来实现解构不合理、不周延、不系统的罪名体系的目标。解构的方法包括：以常识、常理来解构繁琐的论证；以历史事实来解构现实的刑法规范的合理性；以案例解构立法；以个体化的解读解构判决；以辩护意见解构诉审意见；以其他领域的知识解构刑法知识；以语义来解构罪名；等等。在此基础上，希望建构更合理的刑法分则世界和罪名体系。

罪名与罪名之间的关系问题，是刑法学中最有魅力的部分之一。它足以连接起漫长中国刑法史研究成果的研究领域，也是现行刑法研究尚不充分的领域之一。现行刑法罪名体系如何既能够继承中国刑法的优秀传统，又能够接轨世界各国各地区的刑法文明并且开启未来的刑法世界和刑法气象，是个严肃的、令人焦灼的问题。罪名与罪名之间的关系问题，传统上是从法条竞合、想象竞合等研究角度加以关注的，但这还不够，也限制了研究的深化。如果从更微观的层面（如词语的内涵、语用、外延等）切入、比较、权衡，会有新的发现。

本书着力关注刑法修正案以来新设罪名与1997年《刑法》设置罪名的关系；着力关注经济犯罪（经济刑法）和妨害社会管理秩序罪（行政刑法）中不常用罪名与大陆法系常见罪名的关系；着力关注中国古代刑法史上传统的罪名与现行刑法新设置罪名的关系；着力关注社会生活实际与犯罪行为之间的关系，也就是语言学上的所指与能指的关系；着力关注不同罪名的构成要件中犯罪类型上的一致性和用语的不一致性，并且力图发现构成要件之间的上位、下位关系，如储存与存储，生产经营与财物，逃逸与拒不救助，投放与生产销售，提供与伪造，危险物质与危险物品，官员、公职人员与国家工作人员等；着力建构以上位构成要件、下位构成要件、上位罪名、下位罪名等为基础元素的罪名体系。语言裂变，观念日新，利益重组，这是时代的特征，也是罪名解构与重构的背景板。所以，解构也是建构，破坏也是新生。

刑法之美，离不开逻辑性与正义性的统一。不合逻辑的刑法规范和刑法罪名，谈不上刑法之美。同样，不具正义的、违背社会公众正义观念的刑法规范和刑法罪名，也谈不上刑法之美。刑法的解构浪潮的发生，不仅是由于刑法逻辑出现问题、刑法体系出现问题、刑法解释难以持续、构成要件不能首尾相顾等，而且也是由于非正义的刑法规范、非正义的个案判决、非正义的外力干扰。不得不说，今天，即便在多元主体的参与之下，一个具体案件的刑法判决未必就会得到最正义、最合理、最经得起历史检验的结论。

犯罪类型是有限的，是可以被认知的，增加的罪名都是有限犯罪类型的特例而已。人类刑法文化和刑法遗产建构出来的基本犯罪类型足够使用了。只要有了基本犯罪类型，一个个新的特例都可以被解构。而要解构一些罪名，就得先建构一些基本犯罪类型。建构与解构之间的平衡，需要刑法历史、刑法语言、刑法逻辑的融会贯通。

在笔者的心目中，这本书是关于刑法分则的大整理、大剖析、大切割和大统一，是以解构主义为出发点，以建构主义为落脚点，是个人刑法理想的文字阐述，是对犯罪现象的全面审视，是在刑法语言秘境之中的“杀进杀出”。

解构主义不是要取代结构主义或者形而上的传统，也取代不了。对待解构主义的最好态度是不要把它当成教条，而是把它当作一种反观传统的意识。

胡先锋
2018年6月

目 录

第一章 罪名解构	1
一、罪名解构的现象与展开	1
(一) 罪名解构的现象	2
(二) 罪名解构的展开	8
二、类型化视野下罪名解构的路径	27
(一) 罪名解构的路径之一: 减少构成要件数量	28
(二) 罪名解构的路径之二: 缩小构成要件的内涵	31
(三) 罪名解构的路径之三: 运用共犯原理	39
(四) 罪名解构的路径之四: 运用二行为犯原理	43
(五) 罪名解构的路径之五: 运用间接正犯原理	47
第二章 刑法类型化与刑法分则类型化	49
一、古代刑法类型化	49
(一) 古老罪名	50
(二) 比附援引	54
(三) “以某某论”“依某某论”或者“以某某罪论”	55
(四) 罪名分合	56
二、我国当代刑法的类型化	57
(一) 当代刑法类型化的文献	57
(二) 当代刑法类型化的观点	59
(三) 当代刑法类型化分类	67
(四) 刑法学界的类型化努力	79

三、刑法总则类型化与刑法分则类型化	93
(一) 刑法总则类型化	93
(二) 刑法分则类型化中的罪名类型化	100
(三) 刑法分则类型化中的构成要件类型化	106
第三章 刑法分则类型化与刑法分则用语类型化	124
一、刑法分则类型化与语料选择	124
(一) 刑法分则用语的语料选择是刑法分则类型化的基石	124
(二) 刑法分则的语料选择与言说角度	131
(三) 刑法分则的语料选择与竞合	137
二、刑法分则的语料选择与语言场域	152
(一) 语言场域对法益的塑造	154
(二) 语言场域对语义的影响	155
三、刑法分则类型化与用语的涵摄力	162
(一) 罪名用语的涵摄力	163
(二) 构成要件用语的涵摄力	167
四、刑法分则类型化与用语的形式逻辑	176
(一) 罪名用语的形式逻辑	177
(二) 构成要件用语的形式逻辑	182
五、刑法分则中的能指与所指	188
(一) 立法原意存在吗?	188
(二) 能指与所指之间的鸿沟与弥合	199
(三) 能指之间的鸿沟与弥合	204
(四) 多个所指现象	213
第四章 刑法分则类型化的逻辑起点——解构的视角	218
一、逻辑起点之一——现有罪名体系的混乱	218
(一) 不同时期的立法导致的混乱	218
(二) 相同行为构成不同罪名导致的混乱	226
(三) 法条顺序倒错导致的混乱	228
二、逻辑起点之二——“确定罪名”存在的问题	229
(一) 不规范的“确定罪名”	229

(二) 不妥帖的“确定罪名”	233
(三) 没有动词的“确定罪名”	237
(四) 错误的“确定罪名”	239
三、逻辑起点之三——警惕反类型化现象	244
(一) 警惕拟制规范	245
(二) 警惕拟制正犯	249
(三) 警惕增加罪名的建议	251
(四) 警惕评价不足和评价过度现象	252
(五) 警惕指称遗漏现象	257
(六) 警惕例示性构成要件的不足	259
(七) 警惕词汇外延泛化现象	261
第五章 刑法分则类型化的逻辑终点——建构的视角	266
一、上位罪名的建构	266
(一) 侵犯通信自由犯罪类型	270
(二) 受贿犯罪类型	271
(三) 虐待犯罪类型	273
(四) 业务过失致死伤犯罪类型	276
(五) 故出罪(故意出人罪)类型	281
二、构成要件之间的复杂关系与上位构成要件的建构	289
(一) 明显的属种关系	290
(二) 不明显的关系	294
(三) 变动中的关系	300
(四) 定语与中心词的关系	304
(五) 上位构成要件的建构:以武装力量、军人等为例	308
刑法课堂欢乐多(代后记)	320

第一章 罪名解构

一、罪名解构的现象与展开

当我们看着现行刑法一个个具体罪名名称的时候，那种超稳定的、熟悉的、容易感知的犯罪类型已经越来越难以寻觅了。触目所及，皆是古代所无、域外没有、典籍难寻、破空而来的“新罪名”、新表述、新名词，如金融工作人员以假币换取货币罪、吸收客户资金不入账罪、背信损害上市公司利益罪、徇私舞弊低价折股低价出售国有资产罪，等等。这不得不让人感叹：“罪名死了！”其实，“重估一切罪名”“质疑、颠覆、瓦解、破坏现有罪名”，就是对现有罪名的解构，就是罪名的解构主义浪潮。具体罪名的解构不仅会撼动刑法分则，也会触及刑法总则和刑法原理，涉及刑法基本范畴。罪名的解构主义浪潮，是刑法学完善和发展到一定阶段的产物，是学术自觉的产物，是学者主观观照的产物，是刑事立法者、刑事司法者以及相关主体始终参与的一个过程，也是对不科学的、不逻辑的、不够体系化、不具类型性的罪名体系的重新建构。

类型化思想以及在它指导下进行的罪名解构，是当代刑法学最有技术魅力的领域之一。类型化的努力从各个角度展开着：有学者是从法条竞合切入，有学者是从出罪、入罪切入，有学者是从分则体系的重构切入，有学者是从法条关系的协调切入，有学者是从古代犯罪类型的当代继承切入，有学者是从刑法用语切入，有学者是从具体罪名废除切入，有学者从法人犯罪否定论切入，洋洋大观，成果斐然，殊途同归，万川归海，最后都聚焦在了反思性质的解构主义和犯罪类型的建构主义。

从1979年《刑法》到1997年《刑法》，表面上是两部刑法典的差别和大量法条的增加，实际上是中国当代刑法的罪名体系经历了一次巨大的解构浪潮，尽管只有将近40年的时间（1979~2018）。例如，曾经的反革命杀人罪被废除、被

解构，与故意杀人罪合二为一。曾经的反革命伤人罪被废除、被解构，与故意伤害罪合二为一。曾经的持械聚众叛乱罪被废除、被解构，成为武装叛乱罪。曾经的投机倒把罪被拆解、被废除，变为非法经营罪……只要看一看1997年《刑法》曾经出现过的那些罪名如今还剩几个，就知道这次罪名解构浪潮有多么惊人：在社会上传播淫秽物品罪，绑架妇女儿童罪，企业职工侵占财物罪，非法集资罪，诈骗贷款罪，等等。^{〔1〕}

而这还只是个开始。1997年《刑法》以来，罪名解构的实践并未停止，解构既有类型化的实践并未停止。随着法条的增多，我们日益迷失，并不停自问：难道真的需要这么多法条和罪名吗？从1999年12月的第一个《刑法修正案》到2017年的《刑法修正案（十）》，刑法规范的修改数量已经达到了大约163处，这几乎是1997年《刑法》总条文数的1/3，涉及社会生活的领域是非常广阔的。罪名日益增多，“罪名GDP”高速增长，体现的是建构主义思想支配下的立法者的“有所作为”“大有作为”，是立法者对犯罪的积极介入，是做加法。而如果从解构主义角度看待这些立法行为，从基本犯罪类型、类型化犯罪的角度来观照、审视诸多新设置的罪名，罪名总的数量则是完全可以做减法的。1997年《刑法》颁布实施以来，历次刑法修正案涉及废除的刑法规范，数量很少，但是意义重大。在罪名数量上做减法，把性质相同的刑法规范进行合并，删除具体罪名中冗余的构成要件，对某些构成要件“提档升级”改变用语等，都表明了当代刑事立法者犯罪类型观念的生成。

（一）罪名解构的现象

1. 违法为关系人发放贷款罪。第一个被最高立法机关废除的罪名，是第186条第2款违法为关系人发放贷款罪，时间是2006年的《刑法修正案（六）》。废除后，违法为关系人发放贷款的行为构成违法发放贷款罪，从重处罚。违法向关系人发放贷款罪、违法发放贷款罪两个罪名，修改为“违法发放贷款罪”一个罪名，取消违法向关系人发放贷款罪，把金融机构的工作人员违反国家规定向关系人发放贷款的，依照违法发放贷款罪从重处罚。这是1997年《刑法》实施后首次减少罪名，表明立法机关对于犯罪定型的建构有了更加科学的认识——一味增加罪名不是最理想的刑事立法活动，只有建立在犯罪类型化基础上的罪名数量的

〔1〕 周其华、何苏民编著：《刑法补充规定适用》，中国检察出版社1995年版，第384、400、521、540、543页。

增减才是理性的、抽象的。取消“违法向关系人发放贷款罪”，意味着该罪不具有独立的意义，为它设置独立的罪名不值得、不必要、不经济、不效益。当然，笔者认为，违法发放贷款罪还可以进一步地类型化，以彻底废除这一罪名。从现代汉语来讲，因为违法发放贷款罪可以涵摄违法为关系人发放贷款罪，所以，违法为关系人发放贷款罪就被解构掉了，没有存在的必要了。罪名解构的背后，是以现代汉语为基石的类型化的刑法实践活动。旧的罪名被解构，其原有的规制范围被其他罪名所取代。旧的构成要件被解构，其原有的规制范围被其他构成要件所取代，由新的构成要件来承担。这明显是一种“语言游戏”。

2. 嫖宿幼女罪。第二个被最高立法机关废除的罪名是嫖宿幼女罪，时间是2015年的《刑法修正案（九）》。这当然是具有历史意义的。首先，是具有对公众呼声及时回应的政治学意义，从2012年开始，废除嫖宿幼女罪的各界呼声越来越强，废除嫖宿幼女罪的刑法论文越来越多（笔者在知网检索到318篇），最终导致嫖宿幼女罪被《刑法修正案（九）》废除。其次，是具有刑事政策学的意义。最后，也是最重要的，废除嫖宿幼女罪具有犯罪类型化的意义。嫖宿幼女罪之所以被废除、被类型化为了强奸罪，是因为下面这一演绎过程毫无瑕疵：行为人在明知其年龄或者推知其年龄情况下，既然“和平地与幼女发生性行为构成强奸罪”（大前提），“卖淫幼女”也是幼女（小前提），那么“和平地与卖淫幼女发生性行为也构成强奸罪”（结论）。所以，嫖宿幼女罪这个所谓的罪名根本就不应该在这个演绎过程里面出现。刑法学家们和刑事立法者们曾经人为地、创造性地设立嫖宿幼女罪，无疑是罪名建构的成果，理应得到尊重。但是，更应该受到尊重的是上述强大的、周延的逻辑过程。

3. 出售、非法提供公民个人信息罪和非法获取公民个人信息罪。第三个被最高立法机关废除的罪名是第253条之一的出售、非法提供公民个人信息罪和非法获取公民个人信息罪两个罪名，时间是2015年的《刑法修正案（九）》，这两个罪名合并为一个侵犯公民个人信息罪。把出售、提供、获取等行为以“侵犯”作为上位构成要件，是一种正面的类型化的实践，但侵犯公民个人信息罪这一表述方式是否符合罪刑法定明确性的要求，还值得深究。一般而言，“侵犯”用于一类罪名为宜，像侵犯财产罪、侵犯知识产权罪、侵犯公民人身权利罪。个罪之中，也有使用“侵犯”的，例如侵犯通信自由罪，但是侵犯通信自由罪实际上是有具体的、明确的危害行为的（隐匿、毁弃、开拆他人信件），最高人民法院确定罪名的时候才成为侵犯通信自由罪。侵犯商业秘密罪也是如此，其构成要件

的具体危害行为是非法获取、非法披露、非法使用权利人的商业秘密。

4. “强迫不满 14 周岁的幼女卖淫”。第四个被最高立法机关废除的是第 358 条强迫卖淫罪中的“强迫不满 14 周岁的幼女卖淫”。2015 年《刑法修正案(九)》删除了“强迫不满 14 周岁的幼女卖淫”这一强迫卖淫罪加重处罚情节的规定,非常正确。这是犯罪类型化观念的必然结果。“强迫不满 14 周岁的幼女卖淫”的性质,是强迫不满 14 周岁的幼女与他人发生性关系,无论是否获得对价,无论是否具有交易属性,都不能掩盖强奸罪的本质。即使不是强迫而是引诱不满 14 周岁的幼女与他人发生性关系,仍然是强奸罪。强迫不满 14 周岁的幼女与他人发生性关系,如果“他人”明知是幼女而与幼女发生性关系,则强迫人与“他人”都构成强奸罪。包括以下几种可能的情形:第一种情形,强迫人的强迫没有达到强奸罪所要求的程度,只构成强奸罪的帮助犯,“他人”构成强奸罪的正犯,成立强奸罪的共同犯罪。第二种情形,强迫人的强迫达到了强奸罪所要求的程度,构成强奸罪的正犯(因为他实施了强奸罪的手段行为),“他人”构成强奸罪的正犯(因为他实施了强奸罪的目的行为),各自构成强奸罪,不成立共同犯罪。第三种情形,强迫人的强迫达到了强奸罪所要求的程度,构成强奸罪的正犯(因为他实施了强奸罪的手段行为),“他人”构成强奸罪的正犯(因为他实施了强奸罪的目的行为),并且具有意思联络,则构成强奸罪的共同犯罪。第四种情形,“他人”对强迫人实施的强迫幼女的行为积极加以利用,双方有意思联络,则“他人”构成强奸罪的继承共犯,此时强迫人是先行为人,“他人”是介入者、后行为人,成立强奸罪的共同犯罪。按照这个逻辑发展下去,笔者认为,也应该废除第 359 条第 2 款引诱幼女卖淫罪。“引诱不满 14 周岁的幼女卖淫”实际上是“引诱不满 14 周岁的幼女与他人发生性关系”,引诱没有性承诺能力的人与他人发生性关系,应该解释为“强迫”,行为人的引诱行为应该解释为强奸罪的实行行为。这也是奸淫幼女处断为强奸罪的内在逻辑。有学者就认为,根据废除嫖宿幼女罪的逻辑,引诱幼女卖淫罪也会被处断为强奸罪,那么,引诱幼女卖淫罪就此陷入一种名存实亡的僵尸状态。^[1]同理,组织不满 14 周岁的幼女卖淫的,也应该按照强奸罪处断。

综上所述,强迫不满 14 周岁的幼女卖淫、引诱不满 14 周岁的幼女卖淫、组

[1] 车浩:“刑事立法的法教义学反思——基于《刑法修正案(九)》的反思”,载《法学》2015 年第 10 期。

组织不满 14 周岁的幼女卖淫、强迫不满 14 周岁的幼女与他人发生性关系、引诱不满 14 周岁的幼女与他人发生性关系、组织不满 14 周岁的幼女与他人发生性关系、引诱不满 14 周岁的幼女聚众淫乱与他人发生性关系等，只要行为人明知是幼女的，一律构成强奸罪。与幼女性交者，是强奸罪的正犯。强迫、引诱、组织、介绍者，都是强奸罪的教唆犯或者帮助犯。

5. 奸淫幼女罪。第一个被最高审判机关废除的罪名是奸淫幼女罪，时间是 2002 年 3 月 15 日《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》，取消了奸淫幼女罪罪名。这是由最高审判机关而不是最高立法机关作出的罪名减少、废除。这仍然值得深究。从“奸淫”到“强奸”，罪名表述、用语选择和背后的刑法观念差距很大。从法条表述看，第 236 条的“奸淫”是没有使用暴力、胁迫等手段的，所以才会“以强奸论”。那么，第 236 条存在着一个重大疏漏——强奸不满 14 周岁女性（即刑法学的幼女）的——如何处断？因为，第 236 条第 1 款“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”，处罚的是强奸已满 14 周岁女性（即刑法学意义的妇女）的，第 236 条第 2 款处罚的是奸淫不满 14 周岁女性（即刑法学意义的幼女）的，那么，强奸不满 14 周岁的幼女的情形实际上没有进行规定。当然，根据入罪举轻以明重的适用规则，既然强奸已满 14 周岁女性的构成强奸罪，那么，强奸不满 14 周岁女性（即幼女）的，当然也构成强奸罪。

笔者认为，问题其实没有那么简单。其一，第 236 条第 1 款中的“妇女”的外延问题。这里的“妇女”指的是不分年龄的所有“女性”还是刑法学界一般认为的“已满 14 周岁的女性”？也就是说，这里的“妇女”是《现代汉语词典》中的妇女还是刑法中的妇女？例如，全国妇联是中华全国妇女联合会的简称，官方网站是中国妇女网 <http://www.women.org.cn/>。中华全国妇女联合会、中国妇女网中的“妇女”（women）当然包括所有年龄的女性，与“女性”是同义语。而与此矛盾的是，妇联机关内部的“妇女”又指的是“已满 14 周岁的女性”，“儿童”才涉及“不满 14 周岁的女性”。例如，全国妇联的内设机构有妇女发展部、儿童工作部、国务院妇女儿童工作办公室等。国务院妇女儿童工作办公室下设妇女工作处、儿童工作处等。其二，刑法典使用“妇女”明显在词语选择上不够合理，“妇女”是一个不精确的、不规范的词语。尽管刑法文本中“妇女”的使用是尊重语用的，符合约定俗成，但是一旦面临规范化的解释问题，这个普通用语的内涵就难以确定。其三，如果强奸不满 14 周岁的幼女构成强奸罪，就面临一个如何从重处罚的问题。因为法条规定了“奸淫不满 14 周岁

的幼女的，以强奸论，从重处罚”，根据一般观念，强奸不满 14 周岁的幼女的，应该比奸淫不满 14 周岁的幼女的处罚更重。可是，这个结论预设的前提是：第 236 条第 1 款中的“妇女”指的是已满 14 周岁的女性，该款是基本犯，第 2 款是情节加重犯，那么，强奸不满 14 周岁的幼女就是情节加重犯的加重犯。可是，这个预设的前提——第 236 条第 1 款中的“妇女”指的是已满 14 周岁的女性——本身就是要证明的。其四，最高审判机关废除了奸淫幼女罪之后，以上三种情形（强奸妇女、强奸幼女、奸淫幼女）都属于强奸罪这个基本犯罪类型。其五，男性行为人使用暴力、胁迫等手段以性器官接触了幼女的性器官，是根据第 236 条第 1 款处断还是根据第 2 款处断？

6. 提供虚假证明文件罪。第一个被地方司法机关废除的罪名是提供虚假证明文件罪，发生在湖南长沙市中级人民法院一审的上市公司万福生科欺诈发行股票案中，时间是 2014 年 12 月 30 日。万福生科案一审判决：万福生科犯欺诈发行股票罪，湖南里程有限责任会计师事务所常德分所犯欺诈发行股票罪，万福生科原董事长龚某某犯欺诈发行股票罪和违规披露重要信息罪。

万福生科案的判决具有重大刑法学意义。其一，以往的证券虚假陈述大案，会计师事务所、会计师被判罪名一般是提供虚假证明文件罪，如银广夏案中，深圳中天勤会计师事务所的刘某某、徐某某以提供虚假证明文件罪被追究刑事责任。万福生科案的一审判决，从共犯原理上理清了类似案件的逻辑，纠正了以往判决的错误。其二，湖南里程有限责任会计师事务所常德分所犯欺诈发行股票罪，这是判决最有价值的地方，也是对以往类似案件判决的纠错。中介组织明知或者应知上市公司是在欺诈发行股票，仍然为其出具虚假证明文件，导致欺诈发行股票犯罪得逞，严重破坏了证券市场秩序，严重损害了投资者利益，构成欺诈发行股票罪。当然，这一判决同时还存在重大瑕疵。因为分所并无独立财产，也不是独立市场主体，不是适格被告，所以应该彻底否定单位犯罪。其三，龚某某犯欺诈发行股票罪和违规披露重要信息罪，两罪名之间有无牵连或者吸收关系？从证券犯罪规律看，行为人在欺诈发行股票得逞后，为了继续欺骗，势必继续造假或者继续隐瞒重要信息，所以，其后续的违规披露、不披露重要信息的行为是欺诈发行股票这一前行为的必然结果和自然延续，违规披露、不披露重要信息行为属于琐碎的不可罚的事后行为，因此，两罪名应该以一罪论处为宜。

7. 介绍贿赂罪、非法经营罪等多个罪名。被学者建议废除的罪名，应该首

推介绍贿赂罪。^{〔1〕}如果仅从1997年算起,迄今为止的20年间,陆续有学者建议废除、取消非法经营罪、行贿罪、恶意透支类型的信用卡诈骗罪、寻衅滋事罪、刑讯逼供罪等。^{〔2〕}此外,还有第306条辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪,律师界建议废除的呼声一直不断。总之,涉及的罪名范围越来越大、数量越来越多,一股解构罪名的浪潮正在形成。

8. “勾结敌人造谣惑众动摇军心”。2015年《刑法修正案(九)》把第433条第2款的“勾结敌人造谣惑众动摇军心”废除了。笔者认为,这一废除非常正确。理由是:

(1) 修正前的第433条第1款、第2款的性质其实并不一样。第1款是“战时造谣惑众动摇军心”,性质上是军人违反职责的行为;第2款是“勾结敌人造谣惑众动摇军心”,性质上是投敌叛变或者是背叛国家的行为。从更抽象的犯罪类型看,第2款“勾结敌人造谣惑众动摇军心”绝不仅仅是单纯的“离去”——叛罪,而实际上是一种“反”罪,是一种通谋敌人、反对本国的犯罪。所以,第1款、第2款的性质不一样,本就不应该规定在一条中。

(2) 修正前的第433条第2款法定最高刑是死刑,而危害国家安全罪中的投敌叛变罪或者是背叛国家罪也都是可以判处死刑的罪名。这样,即便“勾结敌人造谣惑众动摇军心”被废除了,但是“勾结敌人造谣惑众动摇军心”的行为可以按照投敌叛变罪或者是背叛国家罪来处断,所以也不会影响对于“勾结敌人造谣惑众动摇军心”的刑法规制力度。所以,“勾结敌人造谣惑众动摇军心”的废除是罪名类型化的积极成果,表明立法者的类型化观念逐渐成熟。

(3) 也不能把“勾结敌人造谣惑众动摇军心”解释为“战时造谣惑众,动摇军心的,处3年以下有期徒刑;情节严重的,处3年以上10年以下有期徒刑;

〔1〕 张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第131页。另外,张明楷教授此处说:“我国新旧刑法均规定的介绍贿赂罪,源于《苏俄刑法典》。”笔者认为不妥,因为1960年《苏俄刑法典》只有“介绍行贿”,参见王增润译:《苏俄刑法典》,法律出版社1962年版,第61~62页。

〔2〕 主要论文有:魏涛:“论投机倒把罪的废除与取代”,载《法学评论》1993年第6期。徐松林:“我国刑法应取消‘非法经营罪’”,载《法学家》2003年第6期。赖早兴、张杰:“介绍贿赂罪取消论”,载《湖南社会科学》2004年第5期。薛强:“浅论刑讯逼供罪之废除”,载《法制与社会》2007年第11期。杨加明、杨小兰:“巨额财产来源不明罪应当废除”,载《社科纵横》2009年第2期。姜涛:“刑法中的聚众淫乱罪该向何处去”,载《法学杂志》2010年第6期。杜文俊:“聚众斗殴罪的成立及司法适用再探讨:兼评该罪的废除论”,载《政治与法律》2012年第5期。张训:“寻衅滋事罪该向何处去——从‘假和尚把妹案’说起”,载《刑事法判解》2013年第2期。姜涛:“废除行贿罪之思考”,载《法商研究》2015年第3期。桂亚胜:“再论恶意透支信用卡的刑法规制”,载《河南警察学院学报》2016年第5期。

情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑”中的“情节特别严重”。因为“勾结敌人造谣惑众动摇军心”未必是“战时造谣惑众，动摇军心”。即便是“战时勾结敌人造谣惑众，动摇军心”也不应该解释为上述“情节特别严重”，因为前已述及，“战时勾结敌人造谣惑众，动摇军心”属于投敌叛变罪或者是背叛国家罪，罪至死刑。

(4)“勾结敌人造谣惑众动摇军心”还有为敌所用、助敌资敌的成分，本质上属于危害国家安全的行为，所以应该到危害国家安全罪一章去找法。笔者初认为应该把“勾结敌人造谣惑众动摇军心”解释为第102条背叛国家罪中的“勾结外国”或者“勾结境外机构、组织、个人”。也就是说，“勾结敌人造谣惑众动摇军心”是“勾结外国”或者“勾结境外机构、组织、个人”的一种具体表现而已。

(二) 罪名解构的展开

为什么废除具体罪名的实例越来越多？这是偶然的、散在的、个别的刑法现象，还是具有必然性的、系统性的刑法现象？这是及时修正立法的疏漏、是修修补补，还是刑法分则“提质升级”所必需的、必经的？

笔者以为，罪名解构现象绝不是偶然的。从刑事立法而言，它是刑法分则罪名体系逐渐科学化、完善化的一种自救；从刑法学学术发展而言，它是刑法学术逐渐关注微观罪名与案例应用，而不仅仅是过于关注刑法宏大理论的一种努力。而从更为宏观的角度来看，罪名解构现象的背后就是刑法类型化的思维和实践，罪名解构是在大量立法司法实践基础上的逻辑自觉和体系自觉。所以，罪名解构现象是刑法类型化的结果，刑法类型化的实现也必然离不开罪名解构和罪名重构。可以说，罪名解构现象的背后，是刑法类型化思维在起作用。无论是刑法研究者、刑事立法者还是刑事司法者，都无一例外遵从着刑法类型化思维，最终体现为刑法研究活动、刑事立法活动与刑事司法活动中的罪名解构与罪名重构。

罪名类型化、刑法分则类型化或者分则构成要件类型化，三者之间虽然仍有些微区别，但是本书认为，无论是什么提法、什么语言表述方式，其指向的事物的性质是一样的。也就是，尽管能指（语言外壳）有些区别，但是所指（事物本身）没有区别。所以，本书在大致相同意义上使用罪名类型化、刑法分则类型化或者分则构成要件类型化三种称谓。加上本书重点是刑法分则类型化而不是刑法总则类型化，所以，有时会直接使用“刑法类型化”一语来指代刑法分则类型化。