



21世纪法学系列教材

刑事法系列

刑法分论

黄明儒 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



21世纪法学系列教材

刑事法系列

刑法分论

主 编 黄明儒

副主编 蒋兰香 高 巍 张永江

撰稿人 (按撰写章节先后为序)

黄明儒 付立庆 王昭武

蒋兰香 刘期湘 彭辅顺

高 巍 张永江 冷必元

王 奎



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法分论/黄明儒主编. —北京:北京大学出版社,2014.7

(21世纪法学系列教材)

ISBN 978-7-301-23831-8

I. ①刑… II. ①黄… III. ①刑法-中国-高等学校-教材 IV. ①D924

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第018957号

书 名: 刑法分论

著作责任者: 黄明儒 主编 蒋兰香 高巍 张永江 副主编

责任编辑: 毕苗苗

标准书号: ISBN 978-7-301-23831-8/D·3523

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 31印张 590千字

2014年7月第1版 2014年7月第1次印刷

定 价: 55.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

序

呈现在诸君面前的这套刑法学教材,是用于法学院本科生或者其他没有学习过刑法学的学生的入门教材,也是供刑法学同仁批评指导的对象。现在市场上的刑法学教科书已经非常丰富,种类繁多,甚至可以用汗牛充栋来形容。我们作为刑法学的后学原本没有必要为此添乱,因而有必要在此交代本书的写作缘起。

一

本人从事刑法学教学十余年,时间不长不短,如果加上从本科阶段开始关注并随堂学习刑法课程,接触刑法的时间就更长了,因而积累了较多的教学经验。特别是在教学过程中面对学生提出的各种问题,为了保持对这些问题的解答的一致性,必须依赖自己的阅读、经验与思考,而慢慢形成自己的专业体系。因此,就会出现这样的问题:面对丰富多样的教材,如何选择也是一种难事,每本教科书都有自己的特点与长处,让人难以取舍。特别是目前刑法学中争议最多的犯罪论体系问题在不同的教科书中有不同的选择与表达,如何选择对学生学习最有益的教科书,确实是每次课程开始时的难题。

另外,作为老师,在本科阶段要给学生讲述的主要是刑法学中通识性的观点与知识,但有时一本教材选用后存在与自己观点大相径庭的情形,这时对任课老师而言,就是一种煎熬,只能简单给学生解释自己的观点与所使用教科书之间的差别以及理由。于是,为了将自己这些年来研究刑法的心得与教学结合起来,本人欣然接受了北京大学出版社编辑的邀请,着手编写这本教材。

二

在编写大纲的过程中,尽管本人自以为已经形成系统性的刑法观点,但着眼于教科书的编写,还是首先面临一个体系的选择问题。对于刑法总则性问题,我个人认为,以四要件的犯罪论为基础的刑法体系并非一无是处,尽管有这样那样的欠缺,但也并非如批评者认为的那样就仅仅是一个平面的、耦合式的犯罪论体系,处于通说地位的“犯罪客体——犯罪客观方面——犯罪主体——犯罪主观方面”这一四要件犯罪论体系其实是一种以司法认知的过程为基础的体系:在发现某一法益遭受侵害时,司法体系才会开始运作起来,首先需要查明是否是人的行为(客观要件);如果是人的行为,再继续关注是谁的行为(主体要件);如

果是具有责任能力的人的行为,则还需继续查明行为人为什么行为(主观要件),层层递进,从而达到证明犯罪成立的效果。在这一意义上,这一犯罪论体系与大陆法系刑法学中三阶层犯罪论体系的通说并非水火不容,而且相融之处还很多。如果我们多考虑其融通之处,通过对三阶层犯罪论体系合理内容的有益借鉴,科学完善现有的四要件犯罪论体系,而不是全盘否定现有理论,于情于理则更有益于现有刑法体系的发展,也更有利于司法实务界的接受。因为经过几十年的教育与培训,四要件犯罪论体系在司法实务界已经深入人心,在办理相关刑事案件时都会不自觉地运用到这一体系理论。

同时,考虑到刑法学的本科教学,还是应当注重通识性的知识传授。因而,尽管我自认为在内心有确认的刑法学体系,但本书还是以在中国取得共识的犯罪论体系作为编写基础,只是在此基础上深化有关内容,并注重观点的说理性。当然,本书在体系上也对通说的观点作了适当修正,重要的修改有如下几点值得说明。一是本书认为“法益”这一概念比“犯罪客体”更合适体现刑法所保护的某种利益或者社会关系,因而,不再使用“犯罪客体”,而是使用“法益”作为犯罪的成立要件;二是在刑事责任部分,增加了有关“定罪”的内容,尽管篇幅不大,但“定罪”却是整个司法过程中最重要的一个环节,且又容易被刑法学界忽视,导致学习完刑法学的人去具体办案时不知道定罪的重要性,因而感觉有必要在刑法学教科书中予以交代;三是对刑法分论的体系作了适当调整,在没有大动刑法分则章节的前提下,将分则的排列顺序调整为从侵犯个人法益的犯罪开始、到侵犯国家法益的犯罪结束,而不是按照刑法分则条文的顺序排列。这种分论体系在之前的刑法学教材也出现过,而且被越来越多的教材所采用。本书认为,既然中国传统的观念与体制更多地关注社会本位与国家本位的保障与维护,对个人本位与个人权利关注过少,甚至原有的法律体系对私人权利更多的是压制与侵害,而目前的法治进程需要并且应当更多地注重对个人权力与权利的保护,那么就应当主张将人的权利回归本位,优先考虑尊重生命、敬畏生命。在刑法领域,则应主张中国刑法观从政治刑法走向市民刑法,这种理论主张与研究趋势将会使刑法学的研究趋于理性。而且在国外,很多国家的刑法教科书按照从侵犯个人法益的犯罪开始,到侵犯社会法益、国家法益的犯罪排列的分则体系,也并非是完全依据该国刑法典分则的排列顺序。因而,本书也将采用这种按照市民刑法的基本思路调整刑法分则结构的主张。当然,本书的分论结构的选择也并非是对刑法分则体系的排序大动干戈的调整,并没有将各章节的有关侵犯个人法益与社会法益或者国家法益的犯罪分割开来重新排序,而只是对章节重新排序,尽管这种分论体系并不彻底,但这种体系不影响刑法分则条文的整体性,也不影响刑法学习者对刑法分则罪名及其地位的理解。因此,作为教科书的编写,也完全可以以同样的思路来展开。

三

尽管一直想有一本个人独立编写的刑法学教材,按理说自己现在也到了具备独立编写教材的知识储备与积累的年龄,但准备好大纲后,还是意识到自己还不够强大到针对所有问题都能写出独到见解,而且担心即使写出来也容易变成与刑法通识性理论相去甚远的东西,因而在向出版社提交编写大纲与写作样稿后,经与出版社负责本书编务的编辑协商,同时为了扩大教材编写的影响力,我邀请了一些刑法学界颇有见地也颇有建树的青年才俊作为支撑参与进来共同编写本书。当然本书的编写大纲也自然提交给大家讨论,并一一征求各位才俊的建议,完善了大纲要目,而使本书体系更加完善合理。通过大家的通力合作与一年多的编写,本书于2012年6月初全部完稿。但当时由于经验不足,本意想书稿能够彰显每个作者的学术观点与特点,而没有预先约定一些统一的格式、注释与表达之类的东西,结果交来的书稿在这方面并不统一,我也不能因为自己的工作失误而把工作任务退回给各位作者,只能自咽这一苦果。一个人完成这些因为体例与表述上不统一的修改,修改的过程自然漫长,而在这一过程中出现了很多司法解释,需要补充到书稿的相关部分,这样也适当增加了一些工作量,加上刚回国后所有事件都堆积在一起,直到2013年6月初,我才把整个书稿通读完,并在相应的书稿部分加入了之后所有增添实施的司法解释。同时,也同编辑沟通好,在正式出版前保证适时增加需要增添的司法解释部分内容,以保持教材的适时性,而避免其一出来就面临较大幅度修改的窘境。当然在整个书稿的整理过程中得到了各位作者特别是几位副主编的大力支持,书稿的顺利完成是与各位作者的通力合作以及北大出版社相关编辑的努力完全分不开的,在此也需要特别感谢诸位对我的信任。

四

由我主编的这套《刑法总论》《刑法分论》尽管有各位刑法学才俊的加盟,也有些自己独到的见地,但肯定也存在这样那样的问题,希望读者诸君或者刑法大家将对本书的批评建议反馈给我或者出版社,以便我们更好地完善本书的观点与体系,而为刑法学的教育与发展作出更有意义的贡献。

以上絮絮数语,是为序。

黄明儒

2014年新年伊始之日

目 录

第一篇 绪篇

第一章 刑法分论概说	(1)
第一节 刑法分论的概念与研究意义	(1)
第二节 刑法分论的体系	(3)
第三节 刑法分论的条文结构	(9)
第四节 刑法分则条文的解释与适用	(17)

第二篇 侵犯个人法益的犯罪

第二章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(26)
第一节 侵犯公民人身权利、民主权利罪概说	(26)
第二节 侵犯公民生命、健康权利的犯罪	(27)
第三节 侵犯妇女、儿童身心健康的犯罪	(38)
第四节 侵犯公民人身自由的犯罪	(45)
第五节 侵犯公民名誉、人格的犯罪	(66)
第六节 侵犯公民民主权利的犯罪	(72)
第七节 妨害婚姻家庭权利的犯罪	(76)
第三章 侵犯财产罪	(85)
第一节 侵犯财产罪概说	(85)
第二节 暴力、胁迫型财产犯罪	(93)
第三节 窃取、骗取型财产犯罪	(108)
第四节 侵占、挪用型财产犯罪	(120)
第五节 毁坏、破坏型财产犯罪	(128)

第三篇 侵犯社会法益的犯罪

第四章 危害公共安全罪	(130)
第一节 危害公共安全罪概说	(130)

第二节	以危险方法危害公共安全的犯罪	(132)
第三节	破坏特殊对象的危害公共安全的犯罪	(139)
第四节	以恐怖危险活动为内容的危害公共安全的犯罪	(146)
第五节	以枪支、弹药、爆炸物、危险物质为对象的 危害公共安全的犯罪	(151)
第六节	遭致重大事故的危害公共安全的犯罪	(161)
第五章	破坏社会主义市场经济秩序罪	(177)
第一节	破坏社会主义市场经济秩序罪概说	(177)
第二节	生产、销售伪劣商品罪	(179)
第三节	走私罪	(191)
第四节	妨害对公司、企业的管理秩序罪	(201)
第五节	破坏金融管理秩序罪	(216)
第六节	金融诈骗罪	(240)
第七节	危害税收征管罪	(251)
第八节	侵犯知识产权罪	(259)
第九节	扰乱市场秩序罪	(269)
第六章	妨害社会管理秩序罪	(288)
第一节	妨害社会管理秩序罪概说	(288)
第二节	扰乱公共秩序罪	(289)
第三节	妨害司法罪	(322)
第四节	妨害国(边)境管理罪	(333)
第五节	妨害文物管理罪	(337)
第六节	危害公共卫生罪	(342)
第七节	破坏环境资源保护罪	(350)
第八节	走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(363)
第九节	组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(377)
第十节	制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(382)

第四篇 侵犯国家法益的犯罪

第七章	危害国家安全罪	(388)
第一节	危害国家安全罪概说	(388)

第二节	背叛、叛乱、叛变、叛逃的犯罪	(389)
第三节	颠覆、分裂国家的犯罪	(392)
第三节	间谍、资敌的犯罪	(395)
第八章	危害国防利益罪	(400)
第一节	危害国防利益罪概说	(400)
第二节	平时危害国防利益的犯罪	(401)
第三节	战时危害国防利益的犯罪	(411)
第九章	贪污贿赂罪	(416)
第一节	贪污贿赂罪概说	(416)
第二节	贪污犯罪	(417)
第三节	贿赂犯罪	(429)
第十章	渎职罪	(438)
第一节	渎职罪概说	(438)
第二节	一般国家机关工作人员的渎职犯罪	(442)
第三节	司法工作人员的渎职犯罪	(452)
第四节	特定机关工作人员的渎职犯罪	(458)
第十一章	军人违反职责罪	(467)
第一节	军人违反职责罪概说	(467)
第二节	危害作战利益的犯罪	(469)
第三节	违反部队管理秩序的犯罪	(474)
第四节	危害军事秘密的犯罪	(477)
第五节	危害部队物资保障的犯罪	(479)
第六节	侵犯他人人身、财产权利的犯罪	(482)
后记		(484)

第一篇 绪篇

第一章 刑法分论概说

第一节 刑法分论的概念与研究意义

一、刑法分论的概念与研究对象

刑法分论,也称罪刑分论、刑法各论,是以研究刑事法律所规定的具体犯罪及其刑事责任为内容的刑法学领域。该概念的产生与刑法典的结构有着密切的关系。纵观世界各国刑法典,通常都是由总则与分则两部分组成,总则对犯罪、刑事责任和刑罚作出概括性的共通规定,分则对各类、各种犯罪的定义、构成及其刑事责任作出具体规定。与此相对应,将研究刑法典总则部分的理论称为刑法总论,而将研究刑法典分则部分的理论称为刑法分论。但是随着社会的发展,规定具体犯罪及其刑事责任的法律形式不再局限于刑法典分则,而是在一些单行刑法与附属刑法等特别刑法中也规定了一些具体犯罪及其刑事责任,具体犯罪及其刑事责任的渊源也随之扩大。当然这些规定同样也必须适用刑法典总则规定的共同原则规范。不过在我国,具体犯罪及其刑事责任主要规定在刑法典中,在1997年刑法典修订后,仅仅颁布、施行了一个规定具体犯罪及其刑事责任的单行刑法——《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇的决定》。而其他如经济法律、行政法律等非刑法法律中有关具体犯罪及其刑事责任的规定仅仅是一个指引性的规定,并没有涉及具体的犯罪构成内容与具体的刑事责任后果。

刑法分论的研究对象有广义与狭义两种,广义的研究对象除了刑法典分则编的全部内容之外,还包括单行刑法与附属刑法中有关个罪的规范;狭义的研究对象仅指刑法典分则,本书取其广义。

我国刑法典分则是指《中华人民共和国刑法》的第二编,该编系统规定了十大类犯罪,各类犯罪中又规定了具体的个罪及其刑事责任。刑法典分则必须要以总则为依托,对具体犯罪的构成要件、责任要件以及法定刑的理解与确定,应以总则规定为指导;当分则条文没有完整地规定犯罪构成的全部要素时,应以总则规定予以补充。而单行刑法一般仅仅规定了具体犯罪及其刑事责任,较少有总则性规定,但一般认为单行刑法与刑法典分则基本上处于平行并列地位,均应

以刑法典总则为指导和补充。《刑法》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。”由此可见,单行刑法原则上要以刑法典总则为指导和补充。需要注意的是,单行刑法是特别法,而刑法典属普通法,根据特别法优于普通法的原则,行为同时触犯单行刑法与刑法典分则时,或者单行刑法有总则性的特别规定时,应当适用单行刑法。附属刑法存在不同的立法模式,而我国附属刑法规范主要采用的是依附性的概括式与比照式。依附性是指附属刑法规范不直接规定关于犯罪和刑罚的完整内容,而是对刑法典或单行刑法有一定依附关系的立法方式。概括式是指在附属刑法规范中仅概括地规定对某一种或某几种犯罪行为“依法处罚”或“依法追究刑事责任”,至于如何追究刑事责任,要依附刑法典或单行刑法的有关规定。这种立法方式在我国附属刑法规范中最为常见。比照式是指附属刑法规范对其规定的新的犯罪行为,只规定罪名与罪状,而其法定刑则比照刑法典或单行刑法某一条款处罚的立法方式,这种立法方式也多见于我国附属刑法规范中。

二、刑法分论研究的意义和方法

研究刑法分论对于刑事司法、刑事立法与刑法理论,都具有十分重要的意义。

首先,研究刑法分论有助于对刑法总论的准确理解与把握。研究刑法分论首先要以刑法总论的原理为指导,通过对具体犯罪的构成特征与刑事责任的认识,能够加深对总论的理解;其次,研究刑法分论有助于掌握各种具体犯罪的定罪量刑标准,有助于正确区分罪与非罪、此罪与彼罪的界限;再次,研究刑法分论有助于对各种具体的犯罪适用刑罚;最后,研究刑法分论可以发现刑事立法关于具体犯罪规定中的缺陷和不足,并提出修改和完善建议,从而有助于刑事立法的改革与健全。

研究刑法分论应当注重研究方法,除了必须以刑法总论的原理、原则为指导外,还应注意以下几点:第一,要及时了解刑事立法和司法实践的动态。刑法分论研究的是具体犯罪问题,具有很强的实践性,因此,在研究刑法分论时,必须密切关注刑法立法和司法的动态,根据刑法立法的发展和司法实践的新情况来探讨各种问题。第二,要有针对性地抓住重点和难点。刑法分论的重点是各种具体犯罪,尤其是司法实践中的常见罪、多发罪的构成、罪与非罪的界限以及此罪与彼罪的界限。难点问题在各罪中可能不尽相同,有的罪的难点可能是主体特征,有的罪的难点可能是主观方面,有的罪的难点可能是客观行为方式,有的罪的难点可能是该罪与其他相关罪的界限,这就要求在研究刑法分论时善于捕捉难点问题,进行认真的钻研和探讨。第三,要贯彻理论联系实际的研究方法。理论联系实际,就是将具体的罪刑理论运用于具体的案例分析之中,从而理解和掌

握相关理论,并培养分析问题和解决问题的能力。

第二节 刑法分论的体系

各国刑法一般都由总则和分则两大部分组成,刑法总则对犯罪、刑事责任和刑罚作出一般性的共通规定,刑法分则对各类、各种犯罪的刑事责任和刑罚作出具体规定。因此刑法的体系也基本上是由总则与分则组成,我国刑法也不例外。我国刑法总则规定刑法的任务、基本原则、刑法的适用范围,以及关于认定犯罪、适用刑罚的一般原理、原则和具体制度等内容;《刑法》分则规定各种具体犯罪的罪状及对每一种犯罪应当判处的刑罚种类和刑罚幅度。相对应地,刑法学体系由刑法总论与刑法分论两大部分组成。这两部分密切联系、相互依存,相互作用,缺一不可。刑法分论是刑法总论的基础与依托,同时又受到刑法总论的指导与补充。正因为存在刑法总则的共通性规定,刑法分论对各种具体犯罪的适用与解释才存在比较一致性的标准,而避免个别不同的法官对于同样案情的具体个案,作出定罪量刑结论迥异的判决。

一、刑法分论体系的概念

刑法分论的体系,是指按照一定的分类结构和顺序所构建的研究具体犯罪及其刑事责任的理论整体。刑法分论的体系与刑法分则的结构有着密切的联系,不同国家的刑法分则的结构不尽相同,相应地其刑法分论的体系也就存在差异。这里所说的刑法分则的结构,是指刑法分则对具体犯罪的分类及其排列顺序。

二、刑法分论体系建立的依据

刑法分论通常是按照刑法分则对具体犯罪规定的分类及其排列顺序来构建其体系的,换言之,刑法分论体系的建立依据是具体犯罪的分类及其排列顺序。

犯罪分类是罪刑法定原则的要求。罪刑法定原则的基本要求在于法定化、实定化与确定化,也就是说必须以成文刑法明确规定犯罪的构成要件与刑事责任;只有对现实生活中发生的各种具体犯罪进行合理分类,进而规定各种犯罪的构成要件,才能最大程度实现罪刑法定原则的要求。具体犯罪从不同的角度可以作多种划分,一般而言,刑法分则都是以行为所侵害的法益作为标准来对犯罪进行分类。从大陆法系国家来看,其刑法及刑法理论以法益作为分类标准尚存在“两分法”与“三分法”的区别。

两分法是指将犯罪分为“侵害公法益的犯罪”与“侵害私法益的犯罪”两大类;“三分法”是将犯罪分为“侵害个人法益的犯罪”“侵害社会法益的犯罪”“侵

害国家法益的犯罪”三大类。

刑法理论自 16 世纪以来,普遍认为国家与社会法益是公法益,而个人法益是私法益,因此犯罪可以分为对公法益的犯罪和对私法益的犯罪两种。国家是社会的一种特殊形态,侵害国家法益的犯罪被侵害社会法益的犯罪所包容,这一观点在 18 世纪以后被广泛采用。但是在刑法学领域中,个人法益并非是纯粹的私法益,尤其是在社会文明与科学技术高度发达的当代,有些个人法益已经与社会法益交织,将两者完全以“公”“私”划分的界限已经不够明显;同时,随着社会学与政治学的发展,都强调国家与社会的明确界分,国家与社会纠结在一起不利于限制国家公权力、扶植市民社会,不利于社会的发展;针对国家与社会的犯罪从特点上来看,也具有明显的区别,前者直接威胁统治政权,而后者并非针对国家体制本身。因此,学者们普遍认为“三分法”较为妥当,即将法益分为个人法益、社会法益、国家法益。相对应的,犯罪也分为侵害个人法益的犯罪、侵害社会法益的犯罪与侵害国家法益的犯罪。

尽管“三分法”受到各国刑法及刑法理论的认可,但是三类保护法益在各国刑法典中的顺序排列并不相同。从排列顺序看,有的国家是先国家法益、社会法益,后个人法益,如德国、日本、印度;有的国家是先个人法益、社会法益,后国家法益,近些年修订刑法典的法国、瑞士、俄罗斯等国均采取了这种模式,这种立法方式反映了刑法立法价值取向的新动向。自 20 世纪 90 年代以来,西方国家在调整刑事立法时,这种将侵犯个人法益的犯罪放在刑法分则首位,将侵犯国家法益的犯罪放在最后的做法被越来越多的国家采用。由此体现了当今世界各国日益重视保护公民人权,保护个人法益的趋势。

需要注意的是,尽管将犯罪分为三大类,但是各国在刑事立法中并非先将犯罪区分为侵犯三种法益的犯罪或直接只规定三类犯罪,而是规定了十几类甚至数十类犯罪,只是这些犯罪在归类上大致分别属于侵犯上述三类法益的犯罪。我国刑法典分则大致上是按“国家法益、社会法益、个人法益”的顺序编排的,然而,在 1997 年修订《刑法》时,为了将 24 个单行刑法所规定的具体犯罪整合到刑法典中,很多类罪仅仅是简单地作为章节整合到刑法典中,而造成最终形成的刑法典并非完成按照这种法益保护的顺序来排列,从而导致了我国《刑法》分则类罪的排列缺乏逻辑上的一致性,显得过于混乱。

三、我国《刑法》分则规定的刑法分论体系

我国《刑法》分则规定的刑法分论体系,基本上是以国家利益、社会秩序保护优先的原则来排列的,而类罪中各种具体犯罪的排列则基本上是按照侵害法益的程度大小由高到低排列。

（一）犯罪的分类排列

我国《刑法》分则对犯罪采用的是简明的分类方法,共分为10类,依次是危害国家安全罪、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。

（二）犯罪分类排列的依据

我国《刑法》分则对犯罪的分类基本上是按照犯罪行为所侵犯的同类法益的标准,对各类犯罪以及各种具体犯罪的排列则大体上是根据各类、各种犯罪的侵害法益的程度。

1. 以同类法益为标准对犯罪进行分类

犯罪的同类法益,是指某一类犯罪所共同侵犯而为我国刑法保护的整体法益的某一部分或某一方面。我国《刑法》分则所规定的10类犯罪,正是根据同类保护法益划分的结果。具体而言,分裂国家罪、叛逃罪、间谍罪等具体犯罪,共同侵犯的是国家安全这方面的法益,因而将它们归为危害国家安全罪;放火罪、爆炸罪、交通肇事罪等具体犯罪,共同侵犯的是社会的公共安全,因而将它们归为危害公共安全罪;生产、销售伪劣产品罪、走私罪、金融票证诈骗罪、侵犯著作权罪等具体犯罪,共同侵犯的是市场经济秩序这方面的法益,因而将它们归为破坏社会主义市场经济秩序罪;故意杀人罪、故意伤害罪、强奸罪、绑架罪等具体犯罪,共同侵犯的是公民人身权利、民主权利这一方面的法益,因而将它们归为侵犯公民的人身权利、民主权利罪;抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪、侵占罪等具体犯罪,共同侵犯的是公私财产所有权这方面的法益,因而将它们归为侵犯财产罪;妨害公务罪、招摇撞骗罪、寻衅滋事罪等具体犯罪,共同侵犯的是社会管理秩序这方面的法益,因而将它们归为妨害社会管理秩序罪;阻碍军人执行职务罪、阻碍军事行动罪等具体犯罪,共同侵犯的是我国国防利益这方面的法益,因而将它们归于危害国防利益罪;贪污罪、受贿罪、私分国有资产罪等具体犯罪,共同侵犯的是国家工作人员职务廉洁性这方面的法益,因而将它们归为贪污贿赂罪;滥用职权罪、玩忽职守罪等具体犯罪,共同侵犯的是国家机关的正常管理活动这方面的法益,因而将它们归为渎职罪;投降罪、军人叛逃罪等具体犯罪,共同侵犯的是军人职责这方面的法益,因而将它们归为军人违反职责罪。

2. 以行为侵害法益的程度为标准对各类、各种犯罪进行排列

我国《刑法》分则在上述各类犯罪排列的基础上,还根据各种具体犯罪行为侵害法益的程度对这十类犯罪中的各类、各种犯罪进行排列,应该说,这种排列有其一定的合理性,与上述犯罪分类法相结合所构成的刑法分则体系,应该说还是具有一定的科学性的分则体系。

刑法分则中每一类犯罪都包括一定数目的侵害基本相同法益的具体犯罪,

而这些具体犯罪的排列不能随心所欲,这就需要按照一定的标准或者规律进行顺序排列。我国《刑法》分则每类犯罪基本上是按照具体犯罪侵害法益的大小,由重到轻依次编排的。例如,在危害公共安全这一类犯罪中,放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪等犯罪,均属于故意以危险方法危害公共安全的犯罪,其侵害法益最为严重,因此,将它们排在该类犯罪的前面。而工程重大安全事故罪、教育设施重大安全事故罪、消防责任事故罪等犯罪,属于过失危害公共安全的犯罪,侵害法益相对较轻,因而将它们排在该类犯罪的后面。当然,各类犯罪中每一种具体犯罪,并非绝对按照侵害法益的大小由重到轻进行排列的,有时还必须照顾到犯罪性质和个罪相互间的逻辑联系。如故意杀人罪作为最严重的侵犯人身权利的犯罪排在侵犯公民人身权利、民主权利罪章之首,为了保持剥夺他人生命权的犯罪行为间的逻辑联系,则将过失致人死亡罪排在前面,而将社会危害性更大的强奸罪、绑架罪等排在后面,这是因为故意杀人罪和过失致人死亡罪都是侵犯他人生命权利的犯罪而排在一起。这样既照顾到犯罪的性质,也与逻辑相符。

此外,在设有节的类罪中,刑法分则也基本上是按照各节罪侵犯法益的程度大小依次排列的。

四、本书采用的刑法分论体系

由于刑法分论是对刑法分则的研究,因而刑法分论体系是建立在具体犯罪分类及其排列顺序的基础之上的。受刑法分则各罪分类的影响,我国早期通行教科书的刑法分论体系几乎无一例外地都按照《刑法》规定的10类犯罪依次排列建构刑法分论体系的。这种以法为本的体系建构,本身并不存在问题,但是由于我国刑事立法受原苏联刑法的影响深远,刑法理论长期不能得到有效的突破和进一步的发展,而且罪刑法定原则的确立使我国刑法开始进入市民刑法时代,因而越来越注重对公民个人法益的保护。现在有少量教科书^①开始按照“个人法益、社会法益、国家法益”的顺序来排列其刑法分论体系。目前通说的理论体系已经普遍遭到了学者的质疑。

其一,人权保护已经成为世界发展的趋势,一个国家必须要充分保护这一根本价值,我国更应该顺应这种趋势,把保障公民的个人法益放在首位。而目前的这种体系没有严格按照个人、社会、国家法益的逻辑结构进行建构,甚至章节之间的逻辑存在一定的混乱性,如危害国家安全罪与危害国防利益罪、渎职罪、军人违反职责罪都属于侵害国家法益的犯罪,但这几种类罪却没有规定

^① 参见刘艳红主编:《刑法各论》,北京大学出版社2006年版,目录;陈兴良主编:《刑法学》,复旦大学出版社2009年版,目录及序第2页;周光权:《刑法各论》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,目录及第5—7页;等等。

在一起,而是被侵害社会公共法益、个人法益的类罪分割开来。在现代社会,特别是市民刑法中,个人法益的保护应当置于优先地位,因而,按照对个人法益的犯罪、对社会法益的犯罪与对国家法益的犯罪安排刑法分论体系,是一种合理的价值取向。

其二,目前的这种排列方式不能反映出各类犯罪在司法实践中受到关注的重要性程度。刑法分则中的10章400多个罪名,最重要的是侵犯公民人身权利、民主权利罪和侵犯财产罪两类犯罪,它们都属于侵犯个人法益的犯罪,与每一个人的生存状态、生存条件都直接相关,也是实践中发案率最高的犯罪,司法实务中处理的案件,绝大多数的常见罪、多发罪都是集中在侵犯人身权利、民主权利罪和侵犯财产罪两章。如果将侵害个人法益的类罪排在刑法分论体系的最优先的位置,有利于凸显这种司法现实状况。

其三,目前这种体系不利于刑法教学,无法突出教学重点,尤其是一些常见、多发与复杂的犯罪。刑法分则400多个罪名在知识上的重要性并不相同。当前的刑法教学中,基本上都采取跳跃式讲授的情形,即刑法分论的中间几章必须忽略不计,只讲重点章节的罪名。无论是刑法理论界还是司法实务界都认为,对重点、高发的犯罪进行深入研究才是刑法分论教学的根本。因为这些犯罪常态化,更为社会所熟知与常见,与个人的关系最为密切,将其置于刑法分论的前部有利于学生理解、掌握以及司法上的适用。

因此,本书在刑法分论部分对刑法分则的章节顺序进行了适当的调整,基本上按照对个人法益的犯罪、对社会法益的犯罪、对国家法益的犯罪的顺序构造刑法分论体系,但对刑法分则规定的类罪中不合理部分并没有作进一步调整,如妨害社会管理秩序罪中的妨害司法罪本质上是对国家作用这种法益侵害的犯罪,为了保持刑法分则体系的稳定性,而保留了刑法分则中大类罪的完整性,不再将其分离出作为侵害国家法益的犯罪安排其体系位置。

五、刑法分论的注意规定与拟制规定

刑法典中有两种立法现象需要予以重视,一是注意规定,二是拟制规定。这两种规定因为与刑法分则的基本规定存在不同,而在近年来开始受到关注。又由于对各种犯罪的刑法适用首先关注的是对应罪名的相应条款,因而,注意规定与拟制规定在刑法分论中进行讨论更有意义。

所谓注意规定,是为了防止司法人员遗漏适用刑法中某一已有的规定,而再次加以特别规定以提示符合该规定的情形应当适用该规定的一种立法现象。注意规定的特点主要有三点:一是该条款并没有创设新的刑法规范,即使没有注意规定,对符合某种规定的情形当然也要适用该规定;二是该条款的规定也并未改变原有规范,其设置目的在于提醒司法人员注意,不要在某种情形下,遗漏还有

些在其他地方规定的规范应予以适用。例如,《刑法》第285条规定了非法侵入计算机信息系统罪、非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪、提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪,第286条规定了破坏计算机信息系统罪,第287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,依照本法的有关规定定罪处罚。”此条即属于注意规定。即使没有该条规定,这类行为也应定具体实施的犯罪,而不能定《刑法》第285、286条规定的相关罪名。再如第382条规定的是贪污罪,该条第3款规定:“与前两款所列人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。”该款也是注意规定,因为即使没有该款规定,这种情形作为共同犯罪的一种表现形式,对此也应以贪污罪共犯论处。不过,注意规定虽然具有提示功能,但是这种立法,一是浪费立法资源,加大立法成本,二是容易助长司法人员的懒惰思想,而不太考虑刑法规定的体系性,最终导致他们在某些没有作出提示性规定的情形下,忘记或者忽略本该适用的刑法规范,其负面影响不言而喻。在这种意义上,刑法立法中完全没有设置注意规定的必要。

所谓拟制规定,是指将原本不完全符合某一刑法规范的某种行为规定基于某种特定情形按照该规范做相同处理的立法现象。拟制规定的特点在于,立法者基于某种目的或者特殊情形,将原本在事实上并不完全相同的两种行为按照相同的行为处理,赋予相同的法律效果,从而指示司法人员即使某种行为原本不符合刑法的相关规定,但在刑法明文规定的特殊条件下,也必须按相关规定论处。如《刑法》第267条第2款规定:“携带凶器抢夺的,依照本法第263条的规定定罪处罚。”携带凶器抢夺的行为与《刑法》第263条规定的抢劫罪在犯罪成立条件上并不完全相同,但立法者将该行为赋予与抢劫罪相同的法律效果。如果没有刑法的这一拟制规定,对于携带凶器抢夺却没有使用该凶器的行为,就只能认定为抢夺罪,而不能认定为抢劫罪。《刑法》设置拟制规定旨在认定,尽管两种行为在构成要件上不尽相同,但在侵害法益的程度与性质上相近或相同,为了保持处理上的一致性,而赋予这两者相近行为同样的法律后果,同时也为了节省立法成本,避免重复,将其中一构成要件所作的规定,适用于另一构成要件,而无需重复规定相同的构成要件部分及其刑罚。但这种拟制规定也存在如下负面影响:忽略两个行为在构成要件事实上的不同之处,在法律上等同视之,并赋予相同法律后果,极有可能导致将这种拟制扩张及于人们观念上可以接受的范围之外。因此,在理解《刑法》中的拟制规定时,应该作出相应的限制或说明。至于“该当的指示参照及限制之意义及范围如何”,则“必须由各该意义脉络及法律的目的来探求,并加以限制”^①。更不能在没有法律拟制规定的情形下,类比

① [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第143—144页。