

郑伟著

河南人民出版社

刑法个罪 比较研究

XINGFAGEZUIBIJIAOYANJIU

XINGFAGEZUIBIJIAOYANJIU

XINGFAGEZUIBIJIAOYANJIU

XINGFAGEZUIBIJIAOYANJIU

刑法个罪 比较研究

郑伟 著 河南人民出版社

BIJIAOYANJI
XINGFAGEZUI

刑法个罪比较研究

郑 伟 著

责任编辑：段南萍

河南人民出版社出版发行

河南新乡第一印刷厂印刷

河南省新华书店经销

850×1168毫米 32开本 14.625印张 359千字

1990年8月第1版 1990年8月第1次印刷

印数1—3000册

ISBN 7—215—00733—2/D·117

定价 6.40元

前 言

1

这是一本旨在探索刑法学方法论问题的书。

以刑法颁布为转机的我国刑法学界，十年来已呈现前所未有的繁荣局面。由中国人民大学年长教授和年青博士构成的学术集体，晚近陆续推出一系列令人瞩目的专著，各地专家学者的力作亦相继问世。相对于研究成果的丰富而言，研究手段则显得较为单一，大体仍限于理性思辩方法而未及其它。看来减少两者反差，缩短两者距离，似应成为努力方向之一。

目前，在社会科学研究中，方法论问题正日益引起重视。比较的方法、系统分析的方法、定量分析的方法、历史的方法、实验的方法、模拟的方法、动态考察的方法、统计的方法、结构功能分析的方法等等，已经在社会学、经济学、历史学和政治学等学科中得到广泛的运用。当然，这些方法并不总是有效的、适合的。它们能否引入法学包括刑法学领域，能否赢得确定的地位，只能通过科学研究的实践来证明，我们不应片面地鼓吹或武断地否定。然而有一点我想应当是没有争议的，即应当允许乃至鼓励在方法论方面多作一些尝试和探讨。

在上述所有方法中，比较方法是最为古老和最为成熟者之一。正是由于它的古老和成熟，它已不仅仅被视为一种方法，而是上

升为法学的一个专门分支，并且有一个专门的名称——“比较法”。本书致力于用比较的方法来研究刑法问题，可以说具有比较法和刑法的双重属性。但由于本书更注重研究的手段、途径、过程而非结果，所以更希望被比较法学科所接纳。

在刑法研究中运用比较方法，有助于获得一个观察的新角度，进入一个思考的新境界。譬如说，我国刑法学方面的所有论著和教材，都将罪刑法定列为我国刑法的基本原则之一，然而这一结论能否成立呢？如果按照教科书上的通行说法（参见高铭暄主编：《刑法学》第38页，法律出版社），有一部刑法以及内中有关于定罪和处罚的规定就称罪刑法定，那么试问古今中外哪一个国家没有刑法，哪一部刑法没有如许内容，罪刑法定岂不成了一句毫无实质内容的空话，又何需等到资产阶级革命时才郑重其事地作为反封建口号而提出？纵观包括社会主义和资本主义在内的各国刑法，衡量罪刑法定的关键，不在是否拥有定罪和处罚的法律，而在是否允许法外定罪，法外处罚；不在定罪处罚的法律根据是否存在，而在这一法律根据是否先于行为而存在。它的基本要求，一是不得类推，二是不得追溯。我国刑法连其中一项也未满足，又如何能够谈得上实行罪刑法定？

令人深思的是，罪刑法定既非无产阶级首创的口号，也非社会主义独有的标志。它在历史上虽然起过进步作用，但问世之初，即负有为资产阶级利益服务的使命。对于这样一条原则，我们本来无需多有顾忌。我国刑法从国情出发，从对敌斗争的需要出发，在仔细权衡利弊得失后，认为实行罪刑法定原则的时机还不成熟，对此任何国家任何人都不应非议，也无可非议。然而理论界却宁可作出似是而非的、牵强附会的种种解释，也不愿正视我国刑法未实行罪刑法定的明显事实，这足以说明刑法理论研究中的信而不疑的程度。思想解放，要有精神的冲击力。刑法研究中的比较方法值得一试，就因为它可以供给我们一些这样的冲击力。

社会主义法律和资本主义法律，从本质上来说，分别代表了截然不同的社会制度、经济基础、阶级意志、指导思想和基本原则，但它们之间仍存在可比性。这里有必要提出“法律”的两种不同含义的概念。一种是整体意义上的“法”，它体现特定阶级的意志，具有鲜明的阶级性，属于现实的社会制度之一；另一种是法律知识或法律文化遗产意义上的“法”，属于社会精神文明的文化知识的范畴。两者之间，蕴含本质和现象、内容和形式、根本目的和暂时目的等等联系和区别。在承认社会主义法律和资本主义法律的本质、内容、根本目的完全不同的前提下，仍可以并且有必要对资本主义法律的现象、形式和暂时目的进行可比性研究。

列宁在起草《苏俄民法典》时曾指出，“凡是西欧各国文献和经验中所有保护劳动人民利益的东西，都一定要吸收”（《列宁全集》第33卷，第173页）。董必武在总结我国法制工作的基本经验时强调，“我国的人民民主法制，还吸取了我国历史上的和国际上一切对人民有益的经验。”（董必武：《论社会主义民主和法制》，第131页）彭真在一次重要讲话中提到，“必须吸收古今中外的有益的经验教训……要研究古今中外的法律，不管进步的、中间的、反动的，不管是奴隶主的、封建的，还是资本主义的，都要研究，取其有用的精华，去其糟粕和毒素。”（参见《中国法学会成立大会会刊》第7页）可见，社会主义法律可以批判地继承、借鉴资本主义国家的法律，吸取这些国家法律中有用的经验。

对否认或怀疑两种不同社会制度法律之间存在可比性的最有力的回答，是我国的立法实践。早在50年代起草刑法时，有关部门就翻译并参考了苏联等人民民主国家和法、德、美等资本主义国家的刑法典（参见高铭暄：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》第18页），现行刑法总则的体系，基本上援用了《苏俄刑法

典》的编排；对某些问题的规定，则遵循了大多数国家刑法的通例。譬如，循例而对刑事责任年龄采取三分制；循例而将通奸排除于犯罪之外，等等。

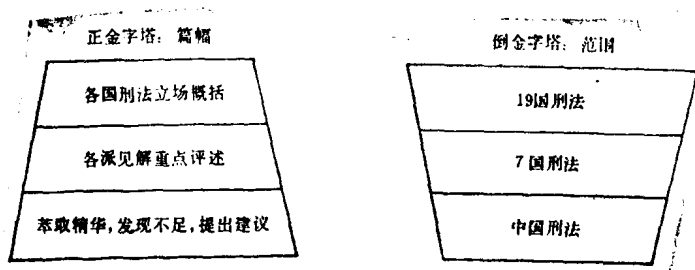
当然，我们也不能夸大比较法的作用。在法学研究中使用比较方法，并不能保证结论完全正确。如果不作实事求是的分析，而是采取贴标签式的简单化方法，就会失去比较法的科学性。有一本比较刑法著作，在论述强奸罪时，断言资本主义国家“有钱有势的资产阶级任意强奸劳动人民的妻女是不会受到刑罚制裁的。”（参见高格：《比较刑法研究》第326页，西南政法学院印行）这种感想式的结论，未免失之偏颇。

从理论上说，本国法与外国法之比，或者不同外国法之比，都可称之为比较法。然而两种比较的作用是有区别的。如果不将本国法也纳入考察范围，势必很难直接满足批判地继承，有选择地借鉴，古为今用，洋为中用等目的。曾读过一本比较立法学著作，作者的视野遍及包括资本主义和社会主义在内的世界各国，唯独眼皮底下的中国部分付诸阙如，以致在阅读过程中时时需要苦心印证，多方查索，难免令人产生“隔靴搔痒”的遗憾。

综上所述，本书力求藉比较方法以开拓视野，展宽思路，发刑法研究中人所未发之言，拾刑法研究中人所未拾之遗。在承认法的鲜明阶级性的前提下，亦同时兼顾比较的客观和结论的科学。研究对象集中于各国刑法的分则条文，尽管这是一种低层次的、形式的、外在的甚至是片面的比较，但对完善我国的刑事立法工作，或许不无裨益。只求抛砖引玉，何妨姑妄听之。

比较研究过程中素材的截取和编织是至关重要的一环。本书交替使用归纳法、列举法和图示法，布局则分三层次展开。以奸淫幼女罪中的“明知”问题为例，首先归纳出十九国刑法对这一问题的基本立场，包括三种情况：否定“明知”，主张“明知”，未作规定。在这一层次上，意图就最广范围以最简笔墨概括出各

派见解的数量及其阵容，从而避免单纯列举的以偏概全之弊。然后用较长篇幅评述每派见解，范围缩至美、英、西德、法、日、苏、中等具有代表性的七国，其它国家除特殊情况外不再涉及。在这一层次上，意图完成从光有骨架到血肉丰满的转换。例如，英美刑法对“明知”问题所主张的“严格责任”规则；我国刑法界对“明知”问题的倾向性意见，等等。由于瑞士刑法在“明知”问题上的立场较为独特，故而也作进一步的分析。最后就各国刑法中富有价值的内容作深入的发掘。在这一层次上，意图从比较研究中获得启示，为完善我国的刑事立法，提出一些建议或提供若干思路。例如，从英国布拉姆韦尔法官就普林斯一案发表的见解看“明知”问题的关键所在。我国刑法条文中使用“明知”一词的窝赃罪、重婚罪、破坏军婚罪、循私舞弊罪与未作“明知”规定的好淫幼女罪的区别，等等。上述三层次可以视为两个金字塔结构，



其中第一层次运用归纳法，第二、第三层次运用列举法。图示法则穿行其间，用于必须逐国说明才能了然的场合。例如，奸淫幼女罪与强奸罪因部分重合而引起的“定罪优先原则”问题，通过图示各国刑法关于两罪法定刑的轻重，便可获得直观的印象。

这也是一本专门研究刑法条文的书。

与前述成果丰富手段单一相似，刑法研究中还存在另一明显反差，即理论阐述方面的发达和条文解释方面的薄弱。如果说广义刑法学尚可包括刑事程序学、行刑学、刑事政策学、刑侦技术学、刑法史学等在内的话，那么狭义刑法学向来专指现行刑法解释学，刑法条文理应成为研究的主要对象、出发点和归宿。然而现实情况是紧扣条文的解释少而又少，脱离条文的议论多上加多。尽管后者表现出很高的水平，但倘若经不起一句“法律根据何在”的诘难，岂不尴尬？

在建设社会主义民主与法制的进程中，“有法不依”是一个突出的障碍。而法律条文本身的不严密、不明确、太抽象、太灵活、可操作性差，则是造成“有法不依”现象的重要原因之一。无可讳言，刑法条文亦存在这方面的问题。例如，简明扼要是我国刑法的一大特色，但过分追求简练，就会有损法律所必须包括的内容，一味强调通俗也会出现各种漏洞。据统计，刑法分则的93个条文，近一半是所谓的“简单罪状”，即光有罪名而缺乏关于犯罪构成特征的任何描述。又如，罪刑相适应是我国刑法的基本原则，但罪刑明显不相符合的，亦非个别。我国刑法对涉及卖淫的行为规定了两个罪名，一个是第140条的强迫妇女卖淫罪，一个是第169条的引诱、容留妇女卖淫罪。若问两罪的性质孰轻孰重，恐怕没有人会觉得为难，但事实上前罪的法定最高刑偏偏只有10年有期徒刑，后罪却高达15年，实在令人难以理解。再如，一切法律用语均应严谨规范，不同概念不应用同一词语表达，同一概念不应用不同词语表达，这样才能避免矛盾和混乱。然而最应符合

这些要求的、关系到生杀予夺的刑法用语却往往忽略严谨规范这一点。刑法分则关于“财产”的规定，分别用了五个词：“公共财产”，“公私财产”，“公共财物”，“公私财物”，“财物”，似乎各具特定涵义，但实际上几乎不存任何区别（详见本书“侵犯财产罪构成要件”一章）。我常常想，与其在那些争论已久但又争不出所以然的问题上大作文章，为何不能转而在完善我国刑事立法方面动动脑筋呢？倘若理论界能拿出十分之一的精力来考虑“我认为立法应如何如何……”而不是全力讨论“我认为应如何如何……”是否更能理论联系实际，更能为法制建设作出贡献呢？

1983年出版的、由苏联科学院国家与法研究所组织苏联、匈牙利、民主德国、捷克斯洛伐克等国学者合写的《社会主义刑法的当代发展趋势》，是一本很有新意的比较法专著。书中提到重要概念的定义权不能旁落的问题（参见西南政法学院的中译本，第48页），虽只一笔带过，但与本书的研究对象——分则条文和研究宗旨——完善立法，具有极其紧密的联系，值得展开深入的讨论。

重要概念定义权的旁落现象，首先表现为立法者在已经制定的法律文件中没有穷尽一切重要概念，或对某些重要概念表述得极为简略；其次表现为除立法机关外，司法机关和行政机关也分享重要概念的定义权。鉴于我国刑法缺乏很多重要概念，诸如刑法基本原则、牵连犯、结合犯、连续犯、持续犯、因果关系、法条竞合、医疗事故罪、绑架罪、猥亵罪、假冒专利罪、危害环境罪、侵占罪、滥用职权罪等，许多重要概念又光有名称而无定义，出现于司法机关和行政机关制定的刑事法律文件中的重要概念的数量则日益增加，应该承认定义权旁落的问题是相当严重的。

重要概念的定义和数量，最多只能保持相对稳定。旧的或许会变化，如堕胎行为从解放初的犯罪转换为现在的非罪，新的必

定要涌现，如电脑犯罪、信用卡犯罪等等，这是定义权旁落不可避免的客观原因。但就我国刑法而言，似乎还有指导思想方面的主观原因。自始至终参与刑法起草工作的高铭喧教授，后来写成了一本回顾性的《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，对条文逐一提供了详尽的背景材料。我们不妨看看他的介绍：关于“文革”前为何没有公布刑法的原因，“不少同志认为法律可有可无，制定法律会‘束缚手脚’，是一种‘麻烦’，认为有了政策就行了，法律制订不制订关系不大”；关于刑法的规定事项，“对于那些经验还不成熟的，没有把握的，不能保证执行的问题，先不忙于规定”；关于对精神病人的强制医疗，“法律上对这一点倒不宜明文规定。因为我们的医疗机构（精神病院）不足，法律规定了，容易落空，反而被动。同时，不明文规定，也可避免某些精神病人的家属借此把自己的管教责任推给政府，或者放松自己的管教责任”；关于不知法律而犯罪，“三十三稿删去此条。因为在实际工作中，很难辨别犯罪分子是否知道法律。同时删去此条，也可免得某些犯罪分子钻空子”；关于事先通谋的“知情不举”，“可以包括在从犯之内，也不需单独规定”；关于刑罚目的，“可以不做规定，而把这个问题交给教科书去阐述”；关于罚金数额，“考虑到我国地大人多，情况复杂，把数额规定死了，未必适合斗争需要”；关于剥夺政治权利的内容要不要增加一项享有国家勋章、奖章、荣誉称号的权利，“认为不规定似乎也不会发生什么问题”；关于判处有期徒刑、拘役而没有附加剥夺政治权利的，在主刑执行期间犯罪分子有没有政治权利，“这些问题都不是很好解决的。道理讲透也很不容易……容易造成工作上的被动”；关于剥夺政治权利的刑期可否缩短或免除，“大家认为这方面还没有比较成熟的经验，而且按这样规定做对于同犯罪作斗争是否有利，也值得怀疑”；关于量刑时考虑的动机、目的、手段、后果等十种具体情况，“大家认为量刑原则的内容已很概

括，不需要另行详细列举”；关于量刑原则中参照犯罪分子的个人情况，认罪的老实程度和对犯罪的悔改表现，“不必在条文上明白规定，规定上去，容易产生副作用”；关于量刑情节，“大家认为逐项列举很不容易列举得全，……如果解释不好，反而弊多利少”；关于减轻处罚的幅度，“大家认为这样规定太琐细，限制也太死”；关于减轻处罚的核准，“改为经‘人民法院审判委员会决定’，……对人民法院来说，显得更灵活些”；关于构成累犯期限的档次，“修改中认为这样划分过细，不便于适用”；关于自首概念，“修订中认为这个面太窄了，删去了‘没有被发觉’这个限制词”；关于坦白从宽，“规定了还有副作用……法律没有规定不等于说实际工作中就不要考虑”；关于刑法颁布前的数罪并罚实践，“一般都是采取‘估堆’的办法”；关于第66条拟用的累加原则，“考虑到这样未免太死太严”；关于想象竞合犯和牵连犯，“不规定也不会发生问题”；关于连续犯，“认识上不太一致，法律上规定了，容易引起争论，不如由学理上去解释，更灵活些”；关于缓刑程序，“认为这两点规定过严了……未免限制太死了”；关于减刑的限度，“规定得过细，执行起来不灵活”；关于突破假释的执行刑期限制，“有了这个例外规定，就比较主动了”；关于无期徒刑犯人能否直接假释，“不在条文上规定减刑是无期徒刑犯人假释的必经条件，比较灵活”；关于监外执行，“过去实际工作中的做法五花八门，到底判了徒刑监外执行如何执行，并没有一个成文的规定”；关于追诉期限的突破，“为了不束缚手脚，保持主动”；关于行刑时效，“大家认为规定这一条没有实际意义，相反地还可能对判刑后的犯罪分子的逃跑，起鼓励作用，害多利少”；关于分则条文中使用“情节严重”“数额较大”等比较笼统的词汇，“条文规定得过细过死，缺乏必要的灵活性，反而容易发生偏差。因此，某些条文不得不规定得原则一些，概括一些，这样适应性就可大一些，

运用起来就可灵活一些，便于‘因地制宜’、‘因时制宜’”。

以上只摘引了该书的前半部分，后半部分还可引上许多，恐篇幅太长而从略。必须指出，全部引文并非是作者本人的观点，而是刑法起草过程中的、最终被采纳的主导性意见，至于那些虽有必要设立但无人提出建议的条文，非常灵活或易致歧义却没有引起反响的条文，还不包括在内。形成鲜明对照的是，很少有人提出过于灵活、过于概括的问题，由灵活改为严谨、由概括改为具体的实例则更少。说明立法过程中确实存在宜粗不宜细、宜简不宜详、宁留空白不求完备的倾向。刑法的颁布，只稍后于十一届三中全会几个月时间，起草时多少仍受“文革”前盛行的法律虚无主义的影响是可以想见的。以此看来，不必说现行刑法只能是特定历史条件下的产物，即使本质上是立法者自愿放弃定义权的类推制度的出现，也是理所当然的了。

立法者的定义权可以旁落，重要概念本身却不会消失。立法者认为规定医疗事故罪的条件不成熟，司法部门只能凭藉自己对医疗事故的理解来定罪量刑，于是重大责任事故罪、过失杀人罪、玩忽职守罪乃至过失以危险方法危害公共安全罪均有所闻。无从判断孰是孰非，倒可作为苏联法学家提出的定义权不能旁落的注脚。

立法者的谦虚，养成理论界的骄傲。除了喜欢凭空断言“我认为应如何如何之外”，将一本教科书看成一部准刑法的也颇有人在。但许多重要概念的定义，确实只能从教科书上找到。然而，学术可以百花齐放，执法必须整齐划一。面对相持不下的百家之见，让检察官、法官听谁的好呢？

话说回来，法官自己行使定义权和学者实际拥有定义权的情况，毕竟是少数。立法者旁落的重要概念定义权，大部分还是落到了国家司法机关和国家行政机关手中。这种现象固然是正常的，但比重过大亦存弊端。制订传播淫秽物品罪司法文件的机关，按

年代先后有国务院、全国人大常委会、外贸部、国家出版局、中央纪律检查委员会、公安部、中共中央、中共中央办公厅、国务院办公厅、海关总署、最高人民法院、最高人民检察院、司法部、新闻出版署等。此外，还有一些虽不能称之为司法文件，但也收集在法规摘编里面、在刑事审判工作中具有重要作用的政策性文件，如《关于清除精神污染的若干政策界限》等（参见最高人民法院组织编写的《刑事审判必备——刑法法规摘编》，吉林人民出版社，第287页）。这些文件最早的颁布于1955年，最晚的则是1988年。以时间跨度之长，制订机关之多，势必会引起“此标准”与“彼标准”不相一致的问题，也难以避免法律依据出处众多，引用参照各取所需的局面。刑法的权威性则明显削弱。查阅时还发现，这些司法文件大部分都冠以“保密”字样或标明“内部发行”，散见于各种各样的汇编或单行本，有的甚至极难寻觅。例如有本书曾提到最高人民法院在一个批复中规定，对组织播放淫秽录像、影片、电视片、幻灯片等构成犯罪的，可直接依据刑法第170条定罪判刑（参见赵秉志等：《中国刑法的运用与完善》，法律出版社，第19页），这是非常重要的一个内容，但跑遍图书馆也未能找到原文。专业从事刑法教学和研究者尚且深感耳目不灵，社会上的一般公民对这些文件的懵然无知更可想见。把这种现象与“法不可测，威莫大焉”的传统观念相联系或许言之过重。但说不利于公民法律意识的增强，不符合法制进步和完善的要求，似乎尚属公允。

立法者的定义权旁落，还将造成影响深远的潜在损害。一部许多重要概念付诸阙如或语焉不详的刑法，必然会助长任意解释的风气。任意解释的对象，必然会从空白部分扩散到全部条文。譬如说，“数额较大”是刑法明文规定的盗窃罪必要构成条件，许多人却认为不过是量刑的参考依据（参见高铭喧主编：《新中国刑法学研究综述》第640页）；又譬如，“营利目的”是刑法明

文规定的制作淫秽物品行为的罪与非罪界限，司法实践中对不具有营利目的的案件却往往按流氓罪论处。本书也认为刑法这两处规定不为尽妥，但在刑法修改之前，仍必须严格依照现行规定。相反对本来已经很灵活的刑法条文作更加灵活的解释，长此以往，刑法还有什么规范可言，“有法必依”岂非一句空话！问题的严重性在于，“要正确吃透法律精神，不能死抠法律条文”，“刑法是对敌斗争的武器，不是束缚手脚的绳索”等等似是而非的观念还很有影响，法律专业人员置法律于不顾时往往非常理直气壮。这些现象，不能不承认与立法权的大量旁落有内在的联系。要想扭转立法者倡导灵活，理论界群起响应，执法官乐此不疲的恶性循环，就不能不首先把重要概念定义权的回归视为当务之急。

本书的全部内容均以重要概念定义权不能旁落为中心思想。之所以在前言中花很大篇幅讨论这个问题，缘由即在于此。

3

这还是一本专门研究刑法分则的书。

选择分则为研究对象的直接原因，是考虑到迄今为止，这仍是一片处女地。已出的两本比较刑法著作（金凯：《比较刑法》，河南人民出版社；高格：《比较刑法研究》，西南政法学院印行），都是侧重于刑法总则内容的比较研究，绝少涉及分则内容。

事实上，刑法分则在刑法体系中占有举足轻重的位置。本书大胆预言，总则内容向分则的转移，分则规定对总则的突破，总则分则之间此消彼长的格局，必将演变为当代刑法发展的大趋势之一。这一点在各国刑法中已初见端倪。例如总则的转移，许多国家刑法都将犯罪未遂的处罚，未成年人的责任，窝藏包庇的后果，告诉乃论的对象，明文规定于分则的某些特定条文，日本刑

法甚至将全部关于犯罪预备的条款划出总则。又如分则的突破，共同犯罪通常只对主犯从重处罚，但联邦德国、法国、巴西、意大利、奥地利、南朝鲜、泰国、苏联、阿尔巴尼亚、罗马尼亚、蒙古等国在盗窃罪中都规定凡结伙者均应从重；累犯一般需要满足前后两罪的间隔长短、处罚轻重等条件，但苏联、蒙古等国在强奸罪中却规定再犯即可；教唆犯原则上以被教唆者具有共犯身份为条件，但美国、英国、联邦德国、瑞士、意大利、奥地利、巴西等国在猥亵罪中却规定，教唆他人对自己实施猥亵行为即可构成犯罪，尽管被教唆者在此类案件中实际上只是受害人也罢。我国刑法同样存在类似情况：第170条传播淫秽物品罪中的制作行为，实际上只是传播的预备行为，本来不必在分则中予以规定；《全国人大常委会关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》中对劳改犯刑满释放后又犯罪的情况，没有完全套用累犯的构成条件；《治安管理处罚条例》对某些种类的犯罪，采取了与总则有别的溯及力原则，等等。

刑法总则与分则的消长，反映出现代社会的犯罪观的转变。如果说以往习惯于将全部犯罪视作整体，那么现在则强调它们并非铁板一块。重罪与轻罪之间，核心犯罪与边缘犯罪之间，本质犯罪与规章犯罪之间，财产罪、人身罪、秩序罪、环境罪、资源罪和职务罪之间，可能乃致应当予以区别对待。当然总则与分则的消长并非完全是单向型的，在两者的适用范围进行更合理、更科学、更精确的调整过程中，分则的某些内容也有可能向总则流动。如美国模范刑法典创制的将每一犯罪的处罚合并规定于总则的作法，便是典型一例。但总则萎缩、分则扩张的普遍趋势，无论如何也不会逆转。

刑法总则与分则的消长，使传统刑法理论面临挑战。以犯罪构成理论为例，传统上认为犯罪主体只能是自然人，但许多刑法包括我国刑法在内，已明确承认主体也包括法人；传统上认为犯

罪主观方面必须要有“罪过”，即故意或过失，但一些刑法对交通、环境、毒品等方面的犯罪，已采取“严格责任”规则，即不问罪过之有无，均可论罪；传统上认为犯罪客观方面必须要有行为，包括作为或不作为，但英美刑法已提出“状态犯罪”概念。例如在非停车场所发现汽车，将一律追究车主的非法停车罪责任，不管汽车是否由车主本人停放，甚至不管车主当时是否远在地球的另一边，等等。对于这些挑战，固然不必大唱赞歌，但它们适应了现代社会发展的某种需要，却不可否认。如果恪守传统理论，将其视为异端而一律加以排斥，则未免迂腐可笑。试问，当法人犯罪越演越烈却缺乏有效制裁手段时，当环境污染已殃及子孙而有关责任人员却不具备通常意义上的故意或过失时，当汽车充塞街头巷尾而警察却无从证实是否由车主本人停放时，究竟以理论为重呢，还是以实践为重？答案显然是不言自明的。这绝非说理论不重要，而是说理论必须为实践服务，必须随情势变化而作出相应的变化。现在的问题是，理论应该是最活跃、最敏感的，立法向来是最保守、最持重的，事实上理论却往往满足于跟在立法后面亦步亦趋。这就在很大程度上失去了理论的探索作用和先导作用。本书致力于研究刑法分则，也就是想赶在立法之前，来研究社会已经发出的种种挑战和立法如何妥善应付这些挑战。

当然，刑法分则与总则相比，具有很多不同的特点。总则宜于系统阐述，分则不宜平均落墨。为此，本书采取了如下设计：概论性质的前两章，一章讨论分则的形式问题，如分则的名称、长度、结构、条文、内容、法定刑配置、修改等等；一章讨论犯罪的分类问题，如排列顺序、范围划分、国事罪与渎职罪的覆盖面、本质犯罪与规章犯罪、重罪与轻罪、应予起诉罪与简易审判罪等，这些问题极少有人研究但却不乏意义，况且还可收到提纲挈领之效。分论性质的后九章，专门讨论杀人、盗窃、抢劫、诈骗、贪污、强奸、猥亵、传播淫秽物品等八个常见罪名。在一、二百