

FANZUI FENG CENG DE ZHONGGUO LUJING

犯罪分层的中国路径

郝冠揆◎著

刑事法学
优秀博士论文文库



郝冠揆

作者简介

郝冠揆，河南新乡人，出生于1983年4月，法学博士，毕业于中国政法大学刑事司法学院。曾就职于甘肃省高级人民法院刑事审判第一庭，现就职于中国人民公安大学犯罪学院，讲师。主要研究方向为刑法学和犯罪学。

犯罪分层的中国路径

郝冠揆 著

中国政法大学出版社

2020·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

犯罪分层的中国路径/郝冠揆著. —北京：中国政法大学出版社，2020.12
ISBN 978-7-5620-9753-2

I. ①刑… II. ①郝… III. ①犯罪学-研究-中国 IV. ①D917

中国版本图书馆CIP数据核字(2020)第232082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 寄 地 址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 北京中科印刷有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 13.25
字 数 209千字
版 次 2020年12月第1版
印 次 2020年12月第1次印刷
定 价 65.00元

“背法而治，此任重道远而无马、牛，济大川而无舡、楫也。”作为国家治理的一场深刻革命，全面依法治国方略既需要于法律实践中贯彻法治理念，亦需要于理论研究中充分把握、回应现实问题。刑事法治是我国社会主义法治的重要组成部分，刑事法学的发展有赖于一代又一代立场上能够立足中国现实语境、能够放眼国际前沿理论、能够融汇百家之长的优秀刑事法学人。在这之中，刑事法学博士研究生作为学术界的新生力量，亦用兢兢勉励，为我国的刑事法治理论研究事业贡献了大量优秀成果。

中国政法大学刑事司法学院前身为中国政法大学法律系。学院自2002年成立以来，传承了理论与实践紧密结合的学术品格，同时开创了独特的教学与研究风格，培养了大批刑事法律人才。刑事司法学院设有两个一级本科专业，即法学专业、侦查学专业，是我国高等院校中阵容强大、综合实力雄厚的刑事法学和刑事科学教学与研究基地。学院目前已形成了以刑事法学为主体的学科群，刑法学、刑事诉讼法学、犯罪学、侦查学和网络法学为学院的特色学科，刑法学、刑事诉讼法学属于国家重点学科，教学和科研以及师资队伍等具有较高水平，在国内有很大的影响。学院目前设有四个博士点，即刑法学专业、诉讼法学专业、网络法学专业和监察法学专业。

与教学科研相呼应，刑事司法学院的博士研究生培养坚持发扬学院自身特色。在学科发展战略方面，刑事司法学院着眼于刑事法学的实践品格，注重推动“刑事一体化”思想，融通学科联系，打破刑事法学学科壁垒。刑事一体

化具有浓厚的原创色彩，是结合国情和社会现实而提出的犯罪治理思路，其本质在于以视域融合的方式看待理论与实践、实体法学与程序法学、刑事法学与刑事科学、规范分析与其他研究方法，进而使得刑事法学在多个层面上达到提升与精进。刑事司法学院结合自身学科构成较为多样化的特色，以及与法律实践紧密相连的政法院校传统，在教学、科研中既保持着宏观、全面的视角，亦在细微之处紧握现实脉搏，力求经世致用，以刑事法治的实际需要作为刑事法学理论的目的导向和“奥卡姆剃刀”。秉承这种学术理念，刑事司法学院的博士研究生在整体的学术品格上既非概念法学式的过度专注于理论本身，亦非以纯粹的实用主义立场片面看待刑事法学，而是于广泛的视域融合之中进行有的放矢的理论研究。在人才培养战略方面，刑事司法学院注重培养能够切实解决中国理论问题的优秀学者、优秀法律实践人员。

为进一步提升中国政法大学刑事法学科人才培养的水平，中国政法大学刑事司法学院决定设立中国政法大学“刑事法学优秀博士论文文库”项目，择优资助出版我校刑事法学博士毕业论文。此文库的面世，也是向学界乃至社会递交一张代表刑事司法学院科研、教学水平的答卷；希望能够藉此机会，增进交流，进一步提高刑事司法学院学生的培养质量，提升学院整体学术水平；同时，希望能够激励刑事法专业研究生乃至全校学生，精进不休、自强不息，创作出更多优秀的学术成果。

刑事法治非一日之功，刑事法学的发展亦不可一蹴而就，其需要在长期的教学、科研之中摸索、探微，以求得更进一步。在这个意义上，“刑事法学优秀博士论文文库”是学子们心血铸就卷帙浩繁的一套文丛，是中国政法大学刑事司法学院发展历程的一章段落，也是中国刑事法学研究宏大叙述中的一个逗号。多年以来，刑事司法学院的博士研究生创造了且仍将创造出大批既有理论深度又有实践价值的学位论文。将这些优秀的学位论文付梓成书，不至使其落为沧海遗珠，既是不负学子们的薊门苦读，也是积露为波——通过中国政法大学“刑事法学优秀博士论文文库”，我们希望能将这些宝贵的涓滴汇成江流，注入中国刑事法治事业的浩瀚沧海之中。

中国政法大学刑事司法学院

2019年8月

摘要

世界上许多国家和地区都有对犯罪进行分层的做法，经过了近二百年的发展，犯罪分层已经是一种非常成熟的制度和体系了，然而对于我国而言仍然是一种陌生的制度。随着社会的不断发展和新生事物的不断涌现，我国刑法也面临着空前的压力，在可预见的未来，刑法的改革是一个必然的趋势，而犯罪分层制度就是我国未来刑法改革的一个选项。本书就是在这方面所进行的一些尝试，力图构建一个适合我国国情的犯罪分层制度。

本书的第一章是关于犯罪分层制度的概述。犯罪分层制度概念本身并无太大争议，其应属于犯罪分类的一种。本章还介绍了与犯罪分层密切相关的几个概念：重罪、轻罪、违警罪和微罪等。本章当中最重要的内容是关于犯罪化还是非犯罪化的选择。犯罪分层制度必然伴随着犯罪圈的扩大，这就意味着必须走犯罪化的道路，因此有必要对犯罪化的相关内容进行分析。

本书的第二章是关于犯罪分层制度的域外考察。犯罪分层制度对于我国来说属于舶来品，在国外有着悠久的历史传统和深厚的文化根基，一些经验和做法值得我们借鉴。本章不仅从实体法的方面进行了考察，同时对与犯罪分层制度有关的程序法也进行了考察。

本书的第三章是关于犯罪分层的理论基础介绍。犯罪分层制度不是凭空产生的，有着属于自己的理论基础。了解犯罪分层的理论基础有助于我们更好地理解其本身的内在价值，也有助于我们更好地设计立足于我国国情的犯罪分层制度。

本书的第四章是关于犯罪分层的可能性与必要性。如果要引进一种全新的制度，就必然要有充分的理由和实现的可能性。犯罪分层制度与社会发展、刑罚目的、刑事政策、历史传统和司法实践都有着内在的契合。

本书的第五章是关于犯罪分层标准的讨论。这一章着重论述了三个问题，即犯罪分层应采用形式标准还是实质标准、形式标准是法定刑还是宣告刑、形式标准的法定刑应当是几年。

本书的第六章是关于犯罪分层相关问题的讨论。犯罪分层制度如果想充分发挥其自身作用和功能，就必须解决一系列相关问题。本章对于其中的前科消灭制度、未完成形态的处罚、程序的设计和立法模式等问题进行了讨论。

本书的第七章是关于犯罪分层制度的具体设计。笔者设计的犯罪分层制度包含了重罪、中罪、轻罪和微罪。

本书的第八章是关于三个未来应当增加的具体微罪罪名的研究。

关键词：犯罪分层 微罪 轻罪 重罪

目 录

Contents

001	引 言
001	一、问题的缘起
003	二、研究的现状
004	三、研究的方法
006	第一章 犯罪分层概述
006	第一节 犯罪分层的概念
008	第二节 犯罪分层的相关概念
008	一、重罪
009	二、轻罪
010	三、违警罪
011	四、微罪
012	第三节 犯罪分层与犯罪化
012	一、犯罪化与非犯罪化概述
018	二、我国学界的态度
019	三、笔者的观点
024	第二章 犯罪分层制度的域外考察
024	第一节 实体法的域外考察
024	一、大陆法系国家
030	二、英美法系国家
032	第二节 程序法的域外考察
033	一、轻微犯罪程序

039	二、重罪程序
043	第三章 犯罪分层的理论基础
043	第一节 罪刑均衡思想
043	一、罪刑均衡思想概述
049	二、犯罪分层与罪刑均衡
051	第二节 刑罚个别化思想
051	一、刑罚个别化概述
054	二、我国学界的态度
056	三、犯罪分层与刑罚个别化
058	第三节 罪刑法定原则
059	一、罪刑法定原则概述
062	二、罪刑法定原则的应有之意
067	三、犯罪分层与罪刑法定原则
069	第四节 自然犯与法定犯思想
069	一、自然犯与法定犯思想概述
071	二、自然犯与法定犯分类的争议
074	三、犯罪分层与自然犯和法定犯
074	第五节 其他理论基础
077	第四章 犯罪分层的必要性与可能性
077	第一节 符合时代的要求
077	一、风险社会带来的影响
081	二、城镇化带来的影响
082	第二节 符合刑罚目的的分配
083	一、传统刑罚目的理论的问题
087	二、“分配理论”的基本内容
090	三、犯罪分层与分配理论
092	第三节 符合刑事政策的要求
092	一、我国刑事政策的发展

093	二、犯罪分层与“宽严相济”刑事政策
094	第四节 符合我国司法传统与实践
095	一、我国的司法传统
096	二、我国的司法现实
101	第五章 犯罪分层的标准
101	第一节 形式标准还是实质标准
101	一、形式标准
103	二、实质标准
105	三、笔者的选择
110	第二节 宣告刑还是法定刑
110	一、不同的观点
111	二、笔者的观点
113	第三节 法定刑的具体标准
113	一、轻罪的标准
116	二、重罪的标准
117	三、多个法定刑幅度的分层标准
120	第六章 犯罪分层的相关问题
120	第一节 犯罪分层与前科消灭制度
120	一、前科制度概述
127	二、前科消灭制度概述
131	三、前科消灭与犯罪分层
132	第二节 犯罪分层与犯罪未完成形态的处罚范围
132	一、我国犯罪未完成形态的处罚范围
135	二、关于犯罪未完成形态的处罚模式——以预备犯为例
136	三、基于犯罪分层的犯罪未完成形态处罚范围
138	第三节 犯罪分层与程序
138	一、我国的各类刑事快捷程序
139	二、与犯罪分层制度相关的诉讼程序构建

140	第四节 犯罪分层与立法模式
140	一、刑法立法模式概论
142	二、犯罪分层的立法模式
144	第七章 犯罪分层的具体设计
144	第一节 微罪制度
144	一、微罪概念辨析
145	二、微罪制度的前置性问题
151	三、微罪制度的体系定位
153	四、微罪的内涵
161	五、微罪的处罚
162	第二节 其他犯罪层次
163	一、轻罪
163	二、中罪
164	三、重罪
166	第八章 建议增设的微罪研究
166	第一节 背信罪
166	一、背信罪概述
169	二、增设背信罪的必要性
171	三、立法建议
172	第二节 暴行罪
172	一、暴行罪概述
174	二、增设暴行罪的必要性
175	三、立法建议
176	第三节 强迫罪
176	一、强迫罪概述
178	二、增设强迫类犯罪的必要性
179	三、立法建议
180	第四节 妨害业务罪

180	一、妨害业务罪概述
181	二、增设妨害业务罪的必要性
182	三、立法建议
184	结 论
186	参 考 文 献
194	后 记

引言

Introduction

一、问题的缘起

“严而不厉”是储槐植教授在1989年发表的“严而不厉：为刑法修订设计政策思想”一文中提出的观点。“严”与“厉”二字含义有相同的一面，常常一起连用；它们也有不同的一面，“严”为严肃、严格、严密之意，“厉”为厉害、猛烈、苛厉之意。本文是在不同含义上使用这两个字：“严”指刑事法网严密，刑事责任严格；“厉”主要指刑罚苛厉，刑罚过重^{〔1〕}。

该观点一经提出，便获得学界的普遍认可，并在其后刑法的制定和修改过程当中获得一定的体现。“严而不厉”的思想主要有两方面的内容：一方面是犯罪圈的扩大化，另一方面是刑罚的轻缓化。其中刑罚的轻缓化是世界刑罚发展的大趋势，也是人类文明水平提高的表现，因此在这个方面的争议不多，但也有学者提出了不同的看法：“我们必须反对一味重刑的做法，而酷刑由于其不人道性，理所当然亦必须反对。然而，反对一味重刑不能得出轻刑化的结论。重刑与轻刑并非完全相对应的两个概念，两者之间完全可能存在中间状态，即中刑（即刑罚适中）的刑罚程度。我们不倾向于选择重刑，并非必须选择轻刑，而应该选择一个刑罚处罚程度适中的刑法结构”^{〔2〕}。这种观点反对刑罚一味地轻缓或严苛，其“建议的是一种适中的犯罪圈构想，即不要对‘严’过于迷信，认为严密的法网可以完全地圈定各种犯罪形式，也不能过于狭窄地坚守

〔1〕 参见储槐植：“严而不厉：为刑法修订设计政策思想”，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》1989年第6期。

〔2〕 卢勤忠：“‘中罪中刑’的刑法结构之提倡——对‘严而不厉’的一点质疑”，载《当代法学》2012年第6期。

刑法谦抑立场，对于严重的危害社会秩序行为置之不理，听之任之”〔1〕。这种观点从形式上看是正确的，但由于其属于一种折中的观点，在兼顾“轻”和“重”的优点的同时，不可避免地也会同时具备二者的缺点，另外其也很难提出所谓“适中”的标准，因此这种观点的实践意义不大。而关于我国的犯罪圈是否应当扩大的问题，后文还有专门的介绍。

虽然也有一些不同意见，但整体上“严而不厉”的立法思路受到了大多数学者的支持。尤其是近些年来，我国各领域的变化可谓翻天覆地，社会结构和生产生活方式发生了巨大的变化，新的犯罪现象层出不穷。这些新变化和新趋势，都要求刑法在新时期发挥更大更积极的作用，传统保守的思维已经不能适应时代的要求和人民的需要，我们应当坚持创新刑事立法理念，进一步发挥刑法在维护社会主义核心价值观、规范社会生活方面的引领和推动作用〔2〕。但刑罚是以剥夺性的痛苦为基础的，一旦适用将对犯罪人甚至其亲属的生活和命运造成巨大的消极影响，所以就要求刑法必须具有谦抑性。这就出现了一个巨大的矛盾，即一方面是要求刑法“有所作为”，另一方面又要求刑法“尽量无为”，如何解决好这一矛盾，将是我国刑法下一步发展的主要议题。

基于“严而不厉”的思路，在风险社会的大背景下，许多学者在论及诸如食品安全、环境保护等公害类犯罪问题的解决方案时，都认为应当“织密刑事法网”，将一些公害犯罪的前置行为等违法行为纳入犯罪圈，并配之以较轻的法定刑，这样既打击震慑了犯罪，又可以将刑罚对犯罪人带来的伤害降至最低。这样的思路从形式上看似乎是可行的，但他们却忽视了刑罚给犯罪人带来的更深远的影响：一旦被贴上犯罪的标签，哪怕没有被监禁，行为人也会有了前科，将会对其未来的工作生活甚至其亲属的工作生活带来不可估量的负面影响，有的学者将这种负面影响概括为“犯罪附随后果”，并指出“我国法律、行政法规中关于犯罪附随后果的规定数量庞大，随着犯罪化进程

〔1〕 卢勤忠：“‘中罪中刑’的刑法结构之提倡——对‘严而不厉’的一点质疑”，载《当代法学》2012年第6期。

〔2〕 参见2014年10月27日全国人大常委会法制工作委员会主任李适时在第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议上所做的《关于〈中华人民共和国刑法修正案（九）（草案）〉的说明》。

的推进，此类规定产生的严重负面效应更加突显，甚至阻碍犯罪化功能的实现”〔1〕。所以要想实现“严而不厉”，并非只是增加一些处罚较轻的罪名那么简单，而是一项涉及刑事政策、刑罚制度、前科制度等不同领域的系统性工程。单纯的犯罪化，不仅无法有效地控制犯罪，反而会给公民带来更多的恶害，给社会带来更大的消极影响。正是基于这一原因，笔者认为应当建立我国的犯罪分层制度，改变传统意义上对犯罪概念的平面理解，将犯罪划分为轻重不同的层次并辅之以不同的处遇措施，对于轻微犯罪可以不留前科或实行前科消灭制度，尽可能减少犯罪圈扩大可能带来的附随伤害。也只有遵循这一思路，“严而不厉”的目标才可能真正实现。

二、研究的现状

犯罪分层是一个上位概念，其下位概念应当是轻罪、重罪等具体的分类，所以对轻罪、重罪制度进行的研究也可以算作对犯罪分层理论的研究。目前国内关于犯罪分层理论的大多数研究集中在轻罪制度上。笔者在中国知网以“轻罪”为关键词对“篇名”进行搜索，满足条件的中文文献共有199条结果，其中最早可见的文章是童颜在1984年发表于《现代法学》的“美国刑法中的重罪与轻罪”一文。该文以美国《标准刑法典》（即《模范刑法典》——笔者注）为研究对象，比较宏观地介绍了美国刑法当中的重罪轻罪分层制度；其中博士论文5篇，分别是张鑫博士的“我国轻罪问题研究”、陆岸博士的“轻罪法建构研究——兼论行政制裁与刑事制裁的衔接”、高长见博士的“轻罪制度研究”、陈荣鹏博士的“轻罪制度研究”和高勇博士的“轻罪论”〔2〕；硕士论文29篇。而如果以“犯罪分层”为关键词进行搜索，满足条件的则只有14条结果，其中最早的是叶希善于2007年发表于《中国人民公安大学学报》的“通过犯罪分层制度控制死刑”一文；尚未看到以“犯罪分层”为题的博士论文〔3〕。笔者所见到的目前已出版的与犯罪分层有关的专著有5部，

〔1〕 徐久生、师晓东：“犯罪化背景下犯罪附随后果的重构”，载《中南大学学报（社会科学版）》2019年第6期。

〔2〕 笔者在撰写博士论文时搜索到的结果只有3篇，但在出版前重新搜索的结果有5篇，在2018年增加了2篇，同时硕士论文也增加了4篇，体现出近两年我国学界对这个问题越来越重视。

〔3〕 据笔者了解叶希善博士的博士论文研究的是犯罪分层制度，但并未能检索到。

分别是高长见《轻罪制度研究》、叶希善《犯罪分层研究——以刑事政策和刑事立法意义为视角》、杜雪晶《轻罪刑事政策的中国图景》、田兴洪《宽严相济语境下的轻罪刑事政策研究》、李翔《重罪案件刑事和解中的价值冲突和裁判平衡研究》。由此可见，我国对犯罪分层理论的研究主要集中在对轻罪制度和刑事政策方面。

除了卢建平、郑丽萍、高长见、叶希善等几位比较系统地研究犯罪分层理论的学者之外，更多的学者则是在涉及犯罪概念及立法模式相关问题时表达了对犯罪分层的支持。在2008年3月由中国社会科学院法学研究所和国际法研究中心举办的“犯罪定义与刑事法治”国际研讨会的发言中，陈泽宪、陈兴良、张明楷、冯军、屈学武、刘仁文分别从不同的角度阐述了对未来我国犯罪分层的设想和建构。可以说，犯罪分层理论已经初步被我国刑法理论界认识并逐步接受。

虽然我国理论界已经对犯罪分层相关理论有了一定的研究，但也存在着一定的问题，主要是对犯罪分层理论的研究系统性不强，主要集中在了对轻罪制度的研究上。而犯罪分层理论是一个复杂的体系，不光包括轻罪制度，还应当包括微罪（轻微罪）、重罪等。特别是在我们国家的司法体系中，仅仅构建一个轻罪制度是无法解决实际问题的，还需要其他一些配套制度和措施，也需要深入地进行研究。另外，目前的学者都还只集中在对制度的设计方面，缺少对具体罪名的研究。作为犯罪圈扩大的主要对象，具体的轻罪罪名研究是必不可少的。最后，试图在我国建立一个全新的犯罪分层体系是不现实的，只能在现有刑法体系的基础之上进行解释和改良。这些都是笔者力图在本书当中克服的。

三、研究的方法

1. 比较研究：真正意义上的犯罪分层理论发端于法国，成熟于欧洲大陆并影响至全球。我国虽借鉴苏俄，但对于苏俄的犯罪分层传统则一直未能接受，因此研究犯罪分层理论必须重视对他国的经验和成熟做法的考察。另外，对于一些有必要增加的轻微犯罪罪名也有必要认真进行研究，对于较为成熟的罪名可以直接立法化。