



刑法分则体系的 法理基础与立法完善

余高能◎著

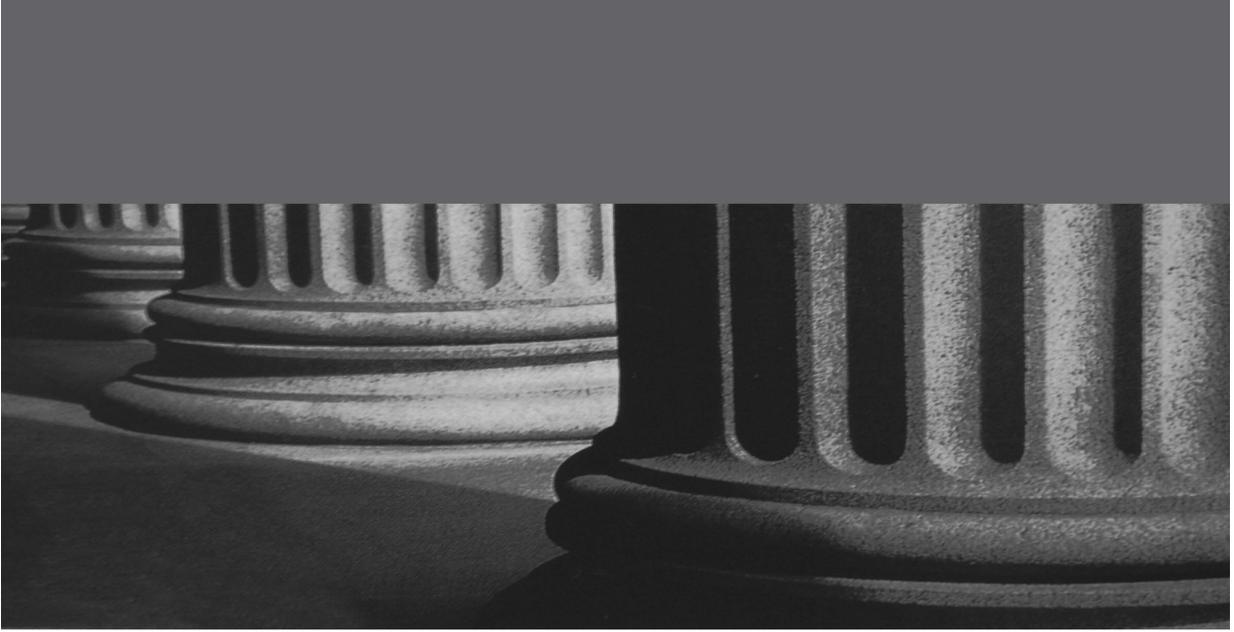
中国社会科学出版社



刑法分则体系的 法理基础与立法完善

余高能 © 著

中国社会科学出版社



刑法分则体系的 法理基础与立法完善

余高能 ◎ 著

中国社会科学出版社

版权信息 COPYRIGHT

书名：刑法分则体系的法理基础与立法完善

作者：余高能

出版社：中国社会科学出版社

出版时间：2019年07月

ISBN：9787520347938

字数：338.0千字

本书由中国社会科学出版社授权得到APP电子版制作与发行

版权所有·侵权必究

内容简介

分则是刑法的原型，刑法分则体系的完善，不仅事关刑法学科体系的完整性、立法技术的科学化、刑法适用的准确性以及刑法学习的便利性，更体现立法对公众的价值导引。我国刑法分则正面临观念、内容和技术等多方面的重建。本书从刑法分则的特点入手，首先通过对各种犯罪分类标准的利弊分析，论证法益标准的相对合理性；然后以法益的主要类型、范围及归属为重点，系统深入地探讨犯罪分类及排序标准问题，提出构建刑法分则体系的原理、原则及规则；接着比较各主要国家的刑法分则体系，发现各自特色与共同规律；最后对中国现行刑法分则体系进行系统审视和全面梳理，找出问题，更新观念，提出相应完善建议与具体方案。本书主要有两大特色：一是全面系统研究，避免零敲碎打，顾此失彼；二是立法比较与多学科分析结合，拓宽视野、丰富内容、增强理论深度。

作者简介

余高能，1970年2月生，陕西佛坪人，德国波恩大学法学博士（Dr.iuris），西北大学法学院副教授、硕士研究生导师。美国Freeman Fellow、英国DickinsonDees Fellow及德国马普学会博士生奖学金获得者，美国伊利诺伊大学（UIUC）及英国达勒姆大学（Durham University）访问学者。出版中英文个人专著两部：《比较法视野下中国反贿赂犯罪刑事立法之完善》，Towards More Reasonable and Effective Punishment Strategies for Bribery: A Comparative and Behavioral Study（海外出版），在美国SSCI期刊American Law and Economics Review发表论文1篇，在英国法学类学术期刊发表英文论文2篇；在国内CSSCI及其他期刊发表学术论文18篇。主持司法部及陕西省社科基金项目2项。主要研究领域为比较刑法、刑事立法、贿赂犯罪、行为法和经济学等。

目录

导言

一刑法分则体系的研究意义

二国内外研究现状

三研究思路、主要内容及研究方法

四理论应用价值及创新之处

第一章刑法分则的特点与分则体系的任务

第一节刑法分则的特点与任务

第二节刑法分则体系的任务

第二章犯罪分类标准的核心理论

第一节法益理论的深度考察

第二节犯罪客体理论的深度考察

第三节法益理论与犯罪客体理论之比较

第三章法益的归属及其类型

第一节个人法益

第二节社会法益

第三节国家法益

第四节国际社会及全人类共同法益

第四章特定领域犯罪及其立法模式

第一节经济犯罪与经济刑法

第二节行政犯罪与行政刑法

第三节军事犯罪与军事刑法

第四节国际犯罪与国际刑法

第五章刑法分则的宏观设计

第一节刑法分则的模式与风格

第二节刑法分则的基本要求

第三节犯罪化的实质标准

第四节分则体系及个罪设置原则

第六章刑法分则的微观设计

第一节罪名设置

第二节罪状与法定刑设计

第三节罪刑结构与罪刑适用规则

第七章中西方刑法分则体系概况及比较

第一节中国刑法分则体系及其沿革

第二节西方国家刑法分则体系概况

第三节中西方刑法分则体系简要比较

第八章中国刑法分则体系的问题与缺陷

[第一节刑法观念问题](#)

[第二节内容与技术缺陷](#)

[第九章中国刑法分则体系的更新与完善](#)

[第一节刑法观念的更新](#)

[第二节内容与技术的完善](#)

[第三节章节设置方案](#)

[参考文献](#)

[后记](#)

导言

《刑法修正案（十）》的颁布进一步凸显了刑法修订的频繁。随着内容的不断扩充，刑法分则越来越庞大杂乱，内部充满了矛盾，章节逻辑混乱、个罪归类不当、法条交错重叠、用语不够规范等问题越来越突出。立法的科学化与合理化直接关系到司法和执法的公正与效率。一部不公正的法律被执行得越严格，其离公正就越遥远；而一部杂乱无章、互相冲突、充满矛盾的法律则不可能被顺利地加以贯彻执行。刑法是所有法律当中于个人而言最为要紧的法律，其科学性和合理性显得尤为重要。面对范围广泛、数量众多的具体犯罪，如何对其进行科学的分类排列以构建合理的刑法分则体系，已成为立法者必须认真对待的问题。

与刑事立法的窘迫状况相随，刑法学亦步亦趋，显得手忙脚乱。而这一切，只能通过使刑法学发展成为一门具有严格的内在逻辑的规范理论才能改变。^[1]刑法的体系化是刑法教义学对立法者提出的更高要求，是回归立法理性的客观需要。^[2]长期以来，关于刑法分论一般理论的研究是整个刑法学中的薄弱环节。刑法分则不能只是罪名的集合与简单归纳，它还应有了一定的结构，甚至复杂的结构，才能满足社会发展的需要。刑法分论应克服在表面的、经验的、粗线条的思想观念指导下闭门造车的弊端，以建构科学的刑法典分则体系。^[3]

我国刑法分则正面临观念、内容和技术等多方面的重建。陈兴良教授指出，我国刑法修改担负着价值转换与体例调整的双重使命。价值转换是指刑法内容上的突破，通过修改使刑法的价值内容能够适合当前社会的实际需要；体例调整是指刑法形式上的改进，通过修改使刑法的体例形式更趋完善。刑法价值植根于一定的社会生活，因而社会生活的嬗变必然引起刑法价值的转换，当前中国刑法观念更新的根本内容在于刑法价值取向的民主化。^[4]

一 刑法分则体系的研究意义

刑法分则体系是指刑法分则根据一定的标准和规则，对所规定的各类犯罪及其所包含的各种具体罪名，按照一定次序排列而形成的有机体。^[5]分则是刑法的原型，刑法分则体系的完善，不仅事关刑法学科体系的完整性，也涉及立法技术的科学化、刑法适用的准确性以及刑法学习的便利性。更重要的是，刑法分则的构造是立法价值的宣示，体现立法对公众的价值导引。编纂内容完备、逻辑严谨、结构合理的刑法典，既是法学界的理想，又是司法机关以及普通民众的愿望。刑法分则体系的科学化，更是刑法理性的必然要求，其研究意义主要体现在三个方面，即对刑法的形式理性、实质理性和技术理性的全面展示。

（一）刑事立法的体系性与刑法的形式理性

“法律越复杂，找法越困难，简化法律的要求就越迫切，于是便编纂法典。”^[6]法典是一种专门的立法形式，即按照一定的目的、顺序和层次，对相关法律规范进行排列而形成的一个较为统一的规范整体。“法律之所以可能达成现代意义上的那种特殊专门的、法学上的提升纯化，唯其因为其具有形式的性格。”^[7]马克斯·韦伯认为，人们对客观事物的认识必须通过人们自己发明的认识工具才能进行，而人们的认识工具就是人们发明的各种概念和范畴的体系，要使自己所使用的概念条理化、明晰化，精确而严谨；在社会科学领域，概念的混淆和模糊比比皆是，韦伯为此提出了“理想型”作为理解社会现象的工具。^[8]就刑法而言，分则条文并非界定具体犯罪的定义，而是以抽象性、一般性的用语描述具体犯罪类型，^[9]属于“理想型”。

在法律领域，所谓合理性就是法律法规的体系化和实施法律的程式化，基于抽象阐释意义的法律分析方法，以及由理智控制的司法原则等。^[10]形式合理性是指实体法和程序的运行不是逐案处理，而是根据一般决定的方法。如在超出理性控制的方法指导下，法律制定者和适用者就会以神谕、先知预言或神明裁判等形式上不合理的方式操作；只要法律制定者和适用者不根据一般的规范行事，而是在具体问题上感情用事，或独断专行，就会产生实质的非合理性。^[11]费尔巴哈清晰地阐明了刑法学体系论的教义：“任何混乱及不协调都是对理性的侮

辱，理性的最高使命是协调与统一……科学的黑暗意味着，对内容不予区分、对不同种类不予分离、对相同种类不予整合、对于科学的各组成部分没有按照逻辑顺序加以编排，其中一部分以另一部分为其前提、根据或通过该部分得以诠释，却没有根据这样的关系将各部分予以逐一排列。” [12]

“形式理性”要求刑法立法在形式上符合基本逻辑，即刑法典的结构划分合理，不存在交叉或冲突，符合逻辑的自治性要求；刑法典的条文设置适当，不存在矛盾或重复；[13]法律术语的含义明确、统一，不存在含混不清或前后不一。刑事法律体系的内部统一是法律准确适用的前提，科学的刑事立法技术能够大大减少甚至避免刑事法律内部的冲突与矛盾。例如，侵犯人身罪与侵犯民主权利罪是否分列，贪污贿赂罪是否纳入渎职罪，便是对刑法分则形式合理性的考验。再如，信用卡犯罪中所说的信用卡实际上是指银行卡，刑法应当与相关法律部门尽量统一法律用语，减少不必要的误解。

（二）刑事立法的目的性与刑法的实质理性

实质合理性是指法律制定者和适用者自觉地遵循某种一般的原则，这些原则可能是宗教原则，或伦理思想的体系，或理性的观念，或清晰的政策。[14]“实质理性”要求刑法典在内容的设置上力求全面、科学。首先，刑法典必须有一个合理的立法理念。该理念是整个刑法典的核心，对刑法典的立法起提纲挈领作用。犯罪化与非犯罪化的标准、构成要件设置的目的、法定刑设置的标准等都是刑法目的性或实质理性的体现。贪污贿赂罪与财产犯罪定罪量刑数额的差异，作为对向犯的行贿罪、受贿犯罪与同属对向犯的拐卖妇女儿童罪、收买被拐卖的妇女儿童罪构成要件设置模式的不同，均反映出立法者在保持均衡与区别对待问题上的立场选择。其次，刑法典的立法理念在刑法条文和结构中得到有效贯彻。[15]要使罪刑法定原则得到贯彻实施，关键问题是要科学地、具体地把各种犯罪的定罪、量刑落实到分则条文上。如果分则中规定内容不明确、不具体，矛盾多、疑义多，罪刑法定原则就只是形式上的“法定”，实际上还是“人定”。[16]

刑法分则各章的安排、组织和相互关系，必定是某种立法价值的展现和宣明，体现着立法者的价值取向及对公众的价值导引，^[17]正如耶赛克所言，“刑法在某种意义上是我们文化状态最忠实的反映并表现着我们国家占主导地位的精神状态”^[18]。刑法分则体系中犯罪类型的划分以及类罪和个罪的顺序如何进行排列，除同类客体和社会危害性程度大小的标准外，还涉及基本的价值诉求问题，即立法者是以保护公民个体价值优先，还是以保护社会或国家价值优先，以及在诸如自由、秩序、公平以及安全等现代法律的基本价值面前，立法者如何对其进行价值优位选择的问题。对类罪与个罪的不同归类体现出刑法分则体系在法益选择与法益衡量上的价值倾向。

（三）刑事立法的技术性与刑法的实用理性

刑法价值是以一定的法典与法条为载体的，立法意图必须有所附丽。刑法体例对于刑法价值的实现具有重要意义，而刑法体例调整的目标是科学化。^[19]有论者认为，狭义的刑事立法技术专指关于法律内部结构和外部结构的形式，法律的修改和废止的方法、法律的系统化以及法律条文的修辞、逻辑结构和文字表达的规则等。但是笔者认为，立法的技术性或实用理性与立法的体系性或形式理性并不相同，两者不容混淆。体系性是基本要求，技术性则是在体系性基础上提出的更高要求。如果说体系性要求能用，那么技术性就是要求好用。

刑事立法的技术性需要解决以下三个方面的问题：第一，精细与粗疏。精细的立法能够带来法律适用的便捷，但由于立法者智识所限，法律无法穷尽实践中所面临的所有问题，难免造成法律适用范围过窄而引发脱法现象。而粗疏的立法或许具备法律适用范围上的优势，能够随新的法律现象作适当的解释予以调整，但解释的弹性往往会造成执法的随意性而影响法治的统一。立法的精细与粗疏影响法律实施的效果，通过研究刑事立法技术，寻求两者契合的最佳坐标是刑事立法活动的重要一环。第二，通俗与高雅。刑法分则条文的制定，既要讲究遣词造句的准确性和规范性，又要从实际出发，充分尊重公民的道德水准、文化语言素养，明确易懂，有利于公民对刑法的理解和遵守，起到增强公民法律意识和推动法治进步的作用，真正做到韩非所

说的“设之于官府，布之于百姓”。^[20]第三，变革与稳定。刑事立法必须随社会的变化而进行适时的修正，而如何在确保刑事立法进步性的前提下又不损及法律的稳定性和连续性，属于立法技术应当解决的问题。从这种意义上讲，刑事立法技术担当了法律进步的重任。^[21]

一般而言，犯罪数额与犯罪情节的界定方式，反映着立法者对刑法的确定性与包容性的平衡能力；罪名的繁简程度、法条竞合的数量多寡，反映立法者的概括能力和逻辑分析能力；普通刑法与特别刑法的适用范围、刑法典与修正案的模式选择、刑法典与司法解释的分工配合，反映立法者对刑法的稳定性与灵活性的平衡能力。就中国刑法分则而言，侵犯人身罪是否进一步细分为侵犯生命、身体健康、名誉隐私等亚类，反映出立法者章节设置的能力；渎职罪罪名体系的粗疏与细密，反映出立法者个罪设置的能力；分则章、节、条、款、项的层次设置，反映出立法者对各类犯罪的编排组织能力和分则体例的设计能力。

二 国内外研究现状

欧陆刑法中没有分则体系的概念，鲜有对分则结构的系统研究，仅在教科书的结构中反映出犯罪分类的法益三分法，如德国的刑法分则教材^[22]、日本的分则教材^[23]等。不过，作为刑法分则中犯罪分类的重要标准，法益是欧陆刑法的核心概念，文献资料极为丰富，常见的如《刑法总论》^[24]《法益与刑事立法》^[25]《法益初论》^[26]《法益概念史研究》^[27]等。英美法系虽无严格意义上的刑法典，但英国最为经典的刑法教科书^[28]对具体犯罪的归类也大致体现了三分法的理念，尽管之后的版本省去了对侵害国家法益犯罪的探讨。

国内关于刑法分论一般理论的研究尚属薄弱环节。截至目前，专门针对刑法分则体系的著作近乎空白、期刊论文不到20篇，且其中不少先于1997年刑法典修订。现有研究主要集中在宏观考量、犯罪分类标准、法益的类型、类罪划分与个罪归类以及立法技术方面的探讨。研究动态上，对法益理论进行介绍和翻译的著作逐渐增多，呈现出从犯

罪客体向法益、从社会危害性向刑事违法性的转变；探讨的问题从类罪划分深入到个罪归类与罪名设计，体现出从理念到技术的推进。

宏观层面，文海林高屋建瓴地指出，刑法典分则以整个法律体系为保护对象，其体系是按重要性比例微缩了的法律体系，必须折射出法律体系的个性和结构层次；^[29]赵秉志指出，“形式合理”要求刑法典的结构合理，不存在交叉或冲突；^[30]陈兴良认为，我国刑法修改面临价值转换与体例调整的双重使命，其根本在于刑法价值取向的民主化。^[31]陈锐从一致性、完全性和简单性出发，详尽指出了刑法分则存在的诸多问题。^[32]

关于犯罪分类的标准，传统理论主张犯罪客体标准，新的理论体系主张法益标准。杨萌敏锐地指出，犯罪客体固然在内容上可以向法益论靠近，但因缺少对刑法进行系统批判的功能，绝不能等同于法益。^[33]余淦才、胡云腾则大胆地提出行为标准，认为犯罪客体具有复杂性和重合性，不是犯罪的决定性标志，而行为对任何犯罪都具有无可取代的高分辨性，以行为为标准进行犯罪分类可保证分类的准确性。^[34]

关于法益的内容及类型，刘远、曹希国将犯罪划分为安全犯、权利犯和秩序犯三种基本类型，主张根据时代需要和本国具体情况确定三者的界线，颇有深意。^[35]董保华认为，私法以个人利益为本位，公法以国家利益为本位，社会法则以社会利益为本位。^[36]钱叶芳主张，社会法包括经济法、环境法、劳动法、社会保障法、卫生法、教育法等。^[37]颜运秋、石新中认为，社会利益与个人利益、集体利益、国家利益四者是并列关系。^[38]王世洲对于经济秩序说以及超个人法益说等经济犯罪保护法益的主要观点做了很好的归纳。^[39]周佑勇、刘艳红准确地指出，行政犯罪是行政违法与刑事违法交叉形成的具有双重违法性的行为，^[40]并主张将行政犯划分为公权力主体行政犯罪、国家公职人员行政犯罪、管理相对人行政犯罪三类。^[41]李晓明则主张，刑法和行政刑法并立以解决行政执法与刑事司法衔接难的问题。^[42]

学者们关于某些类罪划分及个罪归类的探讨极具说服力。薛瑞麟建议，将侵犯人身权利罪、侵犯民主权利罪及妨害婚姻家庭罪分列三章。^[43]孟庆华、李佳芮主张，环境犯罪独立成章，将非国家工作人员

贿赂犯罪、职务侵占罪及挪用资金罪纳入贪污贿赂罪。^[44]王良顺主张，将走私违禁品犯罪归入危害公共安全罪。^[45]刘远、景年红主张，将生产、销售假药、劣药、有毒有害食品、不符合卫生标准食品、不符合标准的医用器材和化妆品等罪从破坏经济秩序罪转入危害公共卫生罪。^[46]李培泽指出，刑讯逼供罪、诬告陷害罪、报复陷害罪妨害司法活动却被归入侵犯人身权利罪，妨害公司企业管理秩序罪中既涉及公司利益又涉及行政管理。^[47]熊红文认为，洗钱罪主要妨害司法活动却归入破坏金融管理秩序罪；破坏生产经营罪是对市场秩序的破坏，归入侵犯财产罪不妥；煽动民族仇恨、民族歧视罪伤害的不是个体而是民族的感情，归入危害国家安全罪更合理。^[48]

关于立法技术方面的一些论述也颇有见地。文海林认为，法律体系调整的社会关系具有多重层次特性，刑法典卷、编、章、节、条、款、项、目的层次应反映这一特征。^[49]王文华指出，小章制为追求形式上的对称破坏了犯罪规定内容上的合理性。^[50]赵长青认为，推理式的罪名缺乏明确性和统一性，司法解释式的罪名徒增中间环节且过于分散，主张采用立法明示式罪名。^[51]王文华还指出，生产、销售伪劣商品罪与生产、销售伪劣产品罪罪名仅一字之差极易混淆，走私、贩卖、运输、制造毒品罪既是节罪名又是个罪名，不便适用且不合逻辑。薛进展认为，分解式罪刑结构明显优于综合式罪刑结构，一罪多款式结构有助于减少处刑偏差。^[52]张明楷探讨了分则用语的规范化与统一化问题。^[53]

总体而言，上述研究敏锐地指出了现行刑法分则体系的若干缺陷，极具价值，但总体而言存在三方面不足：（1）内容零散，碎片化明显，观点纷呈而全局意识稍欠，亟须一定刑法理念与思想的贯通与支撑；（2）缺少比较研究，视野与经验受到极大限制；（3）缺乏对利益类型及法益形成的多学科深度分析。刑法分则调整范围广泛，宜与相关学科紧密结合，力戒闭门造车。

三 研究思路、主要内容及研究方法

本书从刑法分则的特点入手，首先通过对各种犯罪分类标准的利弊分析，论证法益标准的相对合理性，并以法益的主要类型、范围及归属为重点，系统深入地探讨了刑法分则中的犯罪分类问题；然后从宏观的犯罪分类排序和微观的法条设计两个层面提出构建刑法分则体系的原理、原则及规则，并从立法技术和价值取向两个层面上比较世界各主要国家的刑法分则体系，发现各自特色及共同规律；最后在理论分析和立法比较的基础上，对中国现行刑法分则体系进行系统审视，对其存在的问题进行全面梳理研究，找出症结所在，更新观念、清除误区、理顺思路、统一立场，提出相应的立法完善建议和具体方案。

本书的内容主要由七个部分组成。第一部分，刑法分则的特点与分则体系的任务。从刑法的调整对象及其在整个法律体系中的定位角度，揭示刑法分则的基本特点与功能定位，阐明刑法分则体系的任务。第二部分，刑法分则中的犯罪分类标准理论比较。通过比较犯罪分类的行为标准、主体标准、法益标准及犯罪客体标准，尤其是法益理论与犯罪客体理论的深度比较，论证法益标准的相对合理性；并对法益的准确内涵与属性，法益的核心内容、违法性的多元论与法秩序的统一性做深入分析。第三部分，法益的分类及其归属。深入分析法益的主要类型及其归属，包括个人法益、社会法益、国家法益及国际法益的概念、范围、主要类型及相互关系。第四部分，特定领域犯罪及其立法模式。聚焦经济犯罪、行政犯罪、军事犯罪及国际犯罪四大特殊领域犯罪的概念、本质、范围、类型、结构及其立法模式。尤其对经济犯罪的侵害法益和立法体系、经济刑法的观念更新、经济犯罪立法模式的现代化、以公共管理为核心的行政观念的新发展、行政刑法的概念及其与经济刑法的关系、行政犯罪的立法模式以及国际犯罪国内立法的模式加以探讨。第五部分，刑法分则的设计理念。宏观层面涉及刑法分则的立法模式与风格、刑法分则的基本要求、犯罪化的实质标准、刑法分则体系构建四个方面，着力探讨社会危害性理论的机能及其缺陷，法益侵害与社会危害性理论以及英美刑法中损害原则的关系，犯罪分类的层次性与分类标准的多元化、法益的立法表达及其方式，个罪设置原则与法条竞合控制以及犯罪排序标准的多元化等问题；微观层面涉及罪名设置、罪状与法定刑设置、罪刑结构与罪刑规范适用规则三个方面，着力分析罪名的层级、功能、确定原则与方