



XINGFA ZONGLUN YANJIU

刑法

XINGFA ZONGLUN YANJIU

总论研究

邱兴隆 杨凯 主编



中国检察出版社

刑法总论研究

主 编 邱兴隆 杨 凯

撰稿人 (按先后顺序排列):

赖早兴	王 奎	周红涛
李智良	肖世杰	谢高仕
蒋秋云	尤金亮	梁建伟
范登峰	曾慧成	黄 征
王 杨		

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总论研究/邱兴隆, 杨凯主编. —北京: 中国检察出版社, 2004.12
ISBN 7-80185-329-6

I. 刑… II. ①邱… ②杨… III. 刑法-研究-中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 121950 号

刑法总论研究

主编 邱兴隆 杨凯

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68650027(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 19.25 印张

字 数: 532 千字

版 次: 2005 年 1 月第一版 2005 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-329-6/D·1308

定 价: 42.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

编辑说明

湘潭大学自 1995 年获得刑法专业硕士学位授权,至今已招收 9 届硕士研究生,培养的刑法专业硕士已百人有余。如果算上最终选择刑法作为论文写作方向的在职与全日制法律专业硕士生,则这一数字差不多要翻番。在由刑法专业所培养的硕士研究生中,无论是从事实务工作者,还是在高校或科研单位从事教学或研究工作者,均不乏佼佼者。这既是研究生们自我努力的结果,也是湘潭大学刑法学科全体教师心血的结晶。

研究生的培养的成功与否,衡量的指标无疑是多元的。但是,在我们看来,硕士论文是否成功,应该说是其中的一个重要指标。因为无论研究生毕业以后从事的是什么样的工作,也无论其毕业后的发达程度如何,硕士论文都是其走出校门前的一张重要的答卷,更是其作为学生的研究能力与学术水平的重要标志。在这一意义上说,湘潭大学刑法专业的硕士生们未必个个都是合格的,即使他们并未因为硕士论文的不很成功而没有获得硕士学位,也即使硕士论文的不优秀并未妨碍他们毕业后的飞黄腾达。但客观地说,在现所存档的近 200 篇刑法专业硕士论文中,大部分应该说是合格的,而且,也不乏上乘之作。

然而,令人遗憾的是,即使是最优秀的硕士论文,也大多没有公开出版。这无论对于学术研究事业,还是对于作者本身来说,都意味着一种资源闲置乃至浪费。因为这既无益于研究成果的推广,也未能使作者的劳动得到应有的肯定。正是为了弥补这样的遗憾,我们决定有选择地将本学科研究生的部分硕士论文以《刑法总论研究》、《刑法分论研究》与《有组织犯罪研究》的名义结集出版。

总的说来,所录的论文都是我们认为大致成功的,尽管其未必

都是最佳的。我们选录论文的标准大致有三：其一是，选题有一定新意，所探讨的问题在行文时是前人较少涉足的，按流行的说法，便是或此或彼地具有某种“填补空白”的意义；其二是，旧题新作，即虽然所选论题是传统刑法学问题，但要么是反谈琵琶，提出了与成说相左的观点，要么是深化了前人的研究，完善了传统理论；其三是，探讨现实问题，对立法与司法具有直接的现实意义。我们认为，就选题而论，离开了这三个方面，硕士论文的价值便恐需打一定折扣。也正因为此，基于学术研究所必需的宽容，在符合这三项标准之一的前提下，或此或彼地存在的缺陷，并不妨碍文章的入选。当然，尽管我们力图使所录论文均符合以上标准，但实际上是否真正符合这些标准，则是另外的问题。

结集出版硕士论文，只是我们的一种尝试。这一尝试是否成功，当然有待学界的评说。我们期盼着读者客观的评价，也等待着读者真诚的批评。

编者

2004年12月

目 录

编辑说明	(1)
I. 非国有企业权益刑法保护问题研究	(1)
一、概念界定	(3)
(一)“企业”、“国有企业”与“非国有企业”	(3)
(二)“权益”、“企业权益”与“非国有企业权益”	(5)
二、我国刑法对非国有企业权益保护现状分析	(7)
(一)我国刑法对非国有企业权益已形成一定的保护 力度	(7)
(二)我国刑法对非国有企业权益保护中存在不足	(16)
三、加强非国有企业权益的刑法保护必要性之根据	(23)
(一)法理根据：刑法平等观的内在要求	(23)
(二)事实根据：非国有经济在国民经济中的比重不 断提高但刑事立法中没有充分体现其利益导向 功能	(26)
(三)政策和宪法根据：非公有制经济已是我国社会 主义市场经济的重要组成部分	(29)
(四)部门法的要求：其他部门法对刑法提出要求	(32)
四、加强非国有企业权益刑法保护中涉及的几个问题	(35)
(一)加强非国有企业权益的刑法保护会不会取消国 有经济在国民经济中的主导地位	(35)
(二)加强非国有企业权益刑法保护是否违背刑法的 谦抑性原则	(37)
(三)加强非国有企业权益的刑法保护会不会导致刑 罚攀比	(41)

五、完善刑事立法, 加强非国有企业权益的刑法保护·····	(43)
(一) 完善刑法典的相关规定·····	(44)
(二) 完善附属刑法立法模式·····	(47)
II. 人身危险性概念辨析·····	(49)
一、人身危险性的理论渊源·····	(50)
二、人身危险性的概念·····	(55)
(一) 人身危险性的外延·····	(56)
(二) 人身危险性的内涵·····	(60)
三、刑法领域中的人身危险性表征·····	(65)
(一) 犯罪人个人基本情况·····	(71)
(二) 犯罪人的行为表现·····	(75)
(三) 人身危险性的评价原则·····	(77)
四、人身危险性与相关概念辨析·····	(80)
(一) 人身危险性与主观恶性·····	(80)
(二) 人身危险性与社会危害性·····	(86)
III. 论复合行为犯罪·····	(90)
一、刑法中的行为与行为单复判断·····	(91)
(一) 刑法中行为的概念·····	(92)
(二) 刑法中行为单复的判断·····	(97)
二、复合行为犯罪的概念、分类及与典型罪数形态类型 的异同·····	(100)
(一) 复合行为犯罪的概念·····	(101)
(二) 复合行为犯罪的分类·····	(109)
(三) 复合行为犯罪与相关罪数形态类型的异同·····	(114)
三、复合行为犯罪的修正形态·····	(122)
(一) 复合行为犯罪的停止形态·····	(122)
(二) 复合行为犯罪的共同犯罪形态·····	(132)
IV. 身份犯研究·····	(135)
一、身份及身份犯的概念·····	(136)
(一) 中外刑事立法关于身份犯的历史渊源与概况·····	(137)

(二) 身份的概念及其特征·····	(140)
(三) 身份犯的概念及特征·····	(145)
二、身份犯的类型·····	(148)
(一) 身份犯的学理类型·····	(149)
(二) 身份犯的法律类型·····	(155)
三、身份犯与共同犯罪问题研究·····	(163)
(一) “混合身份共犯”的概念及其几种学说·····	(163)
(二) 混合身份共犯的辨识及其刑事责任·····	(169)
V. 论刑法中的责任原则及其实践悖反之克服·····	(178)
一、相关概念之厘定与比较·····	(180)
(一) 各国刑法理论中的概念: 责任、罪责、罪过与 刑事责任·····	(180)
(二) 责任原则、罪责原则·····	(184)
二、量刑中的责任主义及其实践悖反之克服·····	(186)
(一) 大陆法系国家关于量刑基准之立法规定及其对 责任原则之悖反·····	(186)
(二) 中国刑法中量刑之立法规定与学理上的解释·····	(190)
(三) 中外量刑基准之反思性比较·····	(193)
(四) 比较后的结论·····	(198)
(五) 配刑中对责任主义悖反之克服·····	(203)
三、归责中的责任主义及其实践悖反之克服·····	(208)
(一) 外国刑法中的归责理论及其理论缺陷·····	(209)
(二) 中国刑法理论中的归责理论·····	(214)
(三) 归责理论的本体思考和实践难题·····	(216)
(四) 责任评价之于责任主义的悖反及其克服·····	(220)
VI. 论无限防卫·····	(230)
一、无限防卫的历史考察·····	(232)
(一) 防卫权之起源·····	(232)
(二) 东西方无限防卫之递变·····	(235)
二、我国新刑法中无限防卫之界定及其存在根基·····	(239)

(一) 我国新刑法无限防卫之界定·····	(239)
(二) 无限防卫之立法规定具有其合理的存在根基·····	(242)
三、无限防卫之构成要件·····	(245)
(一) 无限防卫之起因要件·····	(247)
(二) 无限防卫之时机要件·····	(253)
(三) 无限防卫之对象要件·····	(258)
(四) 无限防卫之主观要件·····	(262)
四、无限防卫构成要件之缺失情形·····	(265)
(一) 缺失构成无限防卫起因要件之情形·····	(265)
(二) 缺失构成无限防卫时机要件之情形·····	(269)
(三) 缺失构成无限防卫主观要件之情形·····	(271)
(四) 缺失构成无限防卫对象要件之情形·····	(273)
五、我国新刑法中无限防卫之立法完善与司法运作·····	(274)
(一) 我国新刑法中无限防卫之立法完善·····	(274)
(二) 我国新刑法中无限防卫之司法运作·····	(276)
Ⅶ. 单位犯罪论 ·····	(280)
一、单位犯罪概论·····	(282)
(一) 单位犯罪的概念·····	(282)
(二) 单位犯罪的特征·····	(285)
二、单位犯罪构成论·····	(286)
(一) 单位犯罪的主体·····	(287)
(二) 单位犯罪的主观方面·····	(294)
(三) 单位犯罪的客观方面·····	(298)
(四) 单位犯罪的客体·····	(299)
三、单位犯罪未完成形态论·····	(300)
(一) 单位犯罪预备·····	(301)
(二) 单位犯罪未遂·····	(304)
(三) 单位犯罪中止·····	(307)
四、单位共同犯罪形态论·····	(308)
(一) 单位犯罪与共同犯罪辨析·····	(309)

(二) 单位共同犯罪·····	(313)
五、单位罪数形态论·····	(315)
(一) 单位罪数形态概述·····	(316)
(二) 单位罪数形态的分类·····	(319)
(三) 几种具体的单位罪数形态·····	(323)
VIII. 论刑罚的效益·····	(329)
一、刑罚效益的概念和基本要求·····	(332)
(一) 刑罚效益的概念·····	(332)
(二) 刑罚效益的基本要求·····	(339)
二、刑罚的成本与收效·····	(344)
(一) 刑罚的成本·····	(344)
(二) 刑罚的收效·····	(347)
三、影响刑罚效益的要素·····	(353)
(一) 影响刑罚有效性的要素·····	(353)
(二) 影响刑罚有益性的要素·····	(364)
(三) 影响刑罚节俭性的要素·····	(368)
四、提高刑罚效益的有效途径·····	(374)
(一) 确立适当的严密性和严厉性·····	(374)
(二) 通过公正实现刑罚的效益·····	(381)
(三) 完善相关刑罚制度·····	(383)
IX. 刑罚配置论·····	(386)
一、刑罚配置的历史考察与法理分析·····	(387)
(一) 刑罚配置的历史考察·····	(388)
(二) 刑罚配置的法理分析·····	(395)
二、刑罚配置的有效模式·····	(399)
(一) 影响刑罚配置的因素·····	(399)
(二) 刑罚配置的价值定位·····	(404)
(三) 刑罚配置有效模式的选择·····	(411)
三、实现刑罚配置有效模式的途径·····	(412)
(一) 刑罚配置的原则·····	(413)

(二) 刑罚结构调整·····	(423)
X. 论死刑的适用标准 ·····	(428)
一、死刑适用标准的概念、意义·····	(429)
(一) 死刑适用标准的界定·····	(429)
(二) 死刑适用标准的意义·····	(432)
二、死刑适用标准的考察·····	(433)
(一) 死刑适用的历史考察·····	(433)
(二) 国际组织和外国死刑适用标准的现状·····	(435)
三、死刑适用标准的确立依据·····	(440)
四、我国的死刑适用标准·····	(446)
(一) 我国死刑适用标准的确立·····	(446)
(二) 我国刑法中的死刑适用标准·····	(450)
(三) 我国司法中的死刑适用标准·····	(462)
五、对我国死刑适用标准的反思和重构·····	(463)
(一) 对我国刑罚思想的反思·····	(463)
(二) 对我国死刑政策的反思·····	(465)
(三) 对我国刑法中死刑适用标准的反思·····	(469)
(四) 我国刑法死刑适用标准的重构·····	(473)
XI. 论缓刑 ·····	(477)
一、我国内地一般缓刑条件之适用·····	(479)
(一) 一般缓刑条件之分析·····	(479)
(二) 单位缓刑及适用·····	(486)
二、我国内地一般缓刑条件之立法完善·····	(495)
(一) 关于设置缓刑听证程序之思考·····	(495)
(二) 关于增设罚金刑缓刑之思考·····	(503)
(三) 小结·····	(514)
XII. 论减刑制度 ·····	(515)
一、何谓减刑——减刑的概念·····	(516)
(一) 减刑制度的概念·····	(516)
(二) 减刑制度的本质·····	(519)

(三) 减刑制度的结构·····	(521)
二、为何需要减刑——减刑的根据·····	(521)
(一) 报应与功利相统一的要求·····	(522)
(二) 科学的刑事政策的要求·····	(524)
(三) 行刑的人权保护的要求·····	(524)
三、如何减刑(上)——减刑的标准·····	(525)
(一) 世界主要国家对减刑标准的规定·····	(526)
(二) 我国减刑标准的基本条件·····	(529)
(三) 减刑标准的定位·····	(541)
四、如何减刑(下)——减刑的程序及相关问题·····	(543)
(一) 减刑的管辖·····	(543)
(二) 减刑的操作·····	(545)
(三) 减刑的时间、幅度、限度的规定·····	(548)
(四) 附加刑、主刑中非监禁刑的减刑·····	(551)
XII. 假释制度论 ·····	(560)
一、概述·····	(562)
(一) 假释制度的起源·····	(562)
(二) 现代假释制度的发展趋势·····	(563)
(三) 我国的假释制度·····	(564)
二、假释制度的理论基础·····	(569)
(一) 国外关于刑罚目的的理论观点·····	(569)
(二) 我国的刑罚目的·····	(575)
三、我国假释制度的立法完善·····	(576)
(一) 放宽假释条件·····	(576)
(二) 关于罪犯在假释考验期内违法的规定·····	(583)
四、提高假释运用效能的深层问题·····	(587)
(一) 今日中国监狱的基本问题·····	(588)
(二) 改革的途径·····	(595)

非国有企业权益刑法保护问题研究*

一、概念界定

(一) “企业”、“国有企业”与“非国有企业”

(二) “权益”、“企业权益”与“非国有企业权益”

二、我国刑法对非国有企业权益保护现状分析

(一) 我国刑法对非国有企业权益已形成一定的保护力度

(二) 我国刑法对非国有企业权益保护中存在不足

三、加强非国有企业权益的刑法保护必要性之根据

(一) 法理根据：刑法平等观的内在要求

(二) 事实根据：非国有经济在国民经济中的比重不断提高但刑事立法中没有充分体现其利益导向功能

(三) 政策和宪法根据：非公有制经济已是我国社会主义市场经济的重要组成部分

(四) 部门法的要求：其他部门法对刑法提出要求

四、加强非国有企业权益刑法保护中涉及的几个问题

(一) 加强非国有企业权益的刑法保护会不会取消国有经济在国民经济中的主导地位

(二) 加强非国有企业权益刑法保护是否违背刑法的谦抑性原则

(三) 加强非国有企业权益的刑法保护会不会导致刑罚攀比

五、完善刑事立法，加强非国有企业权益的刑法保护

* 赖早兴

(一) 完善刑法典的相关规定

(二) 完善附属刑法立法模式

非国有企业是与国有企业相对的企业概念，它是随着经济体制改革的不断推进和深化而发展、壮大的。随着各类型非国有企业的数量日渐增多和规模日益扩大，非国有企业代表的经济实力在国民经济中已具有举足轻重的作用。

然而，粗略研究我国刑法条文，我们便不难发现，国有企业在刑法中受到特别的保护，以致出现因企业性质的差别而存在企业权益刑法保护力度上的差异。这种差异是十分明显而又多方位的，既有刑法总则的差异性规定，又有刑法分则的差异性规定，既有罪名设置上的不平等，又有法定刑配置上的不平等；而且非刑事法律中的附属刑法立法模式也存在不利于非国有企业权益保护的问题。这些均引发了笔者对非国有企业权益刑法保护问题的思考。

从国内法学刊物和经济刊物的研究成果看，迄今没有论者就非国有企业权益刑法保护问题展开论述。虽然近年来有学者在论及刑法平等原则时也谈到不同所有制企业的刑法保护问题，^①但仅仅是数笔带过，没有展开论述；也有学者对非公有制经济的刑法保护问题作了思考，^②但区区六千余字不可能对此问题进行深入探讨，而且非公有制经济不能涵盖集体经济，其外延过窄。所以，非国有企业权益的刑法保护问题在刑法研究领域是一个新颖的论题。对此问题展开研究，可以填补刑法研究中的空白，具有重要的理论意义。对此问题的探讨，可以使立法者明了非国有企业权益刑法保护的不足，为实践中非国有企业权益的刑法保护提供理论依据，从这个意义上说，这一论题又具有重大的现实意义。

① 邓子滨：《有关刑法面前人人平等原则的几个问题》，丁慕英等主编：《刑法实施中的重点难点问题研究》，法律出版社1998年版，第203页。

② 邓又天，李永升：《论加强对非公有制经济的刑法保护》，高铭喧主编：《刑法修改建议文集》，中国人民大学出版社1997年版，第498—505页。

本文拟对非国有企业权益刑法保护现状、加强非国有企业权益刑法保护必要性之根据、加强非国有企业权益刑法保护途径及相关问题作较为深入地探讨。

一、概念界定

在论及非国有企业权益的刑法保护问题时,首先要触及和解决的是:何为“企业”、“国有企业”和“非国有企业”?何为“权益”、“企业权益”和“非国有企业权益”?

(一)“企业”、“国有企业”与“非国有企业”

企业是按照一定的生产方式和经营方式将生产资料、劳动者和经营者结合为一体的、以赢利为目的,从事生产、运输、销售或者提供劳务、服务的社会组织体。根据不同的标准,可对企业进行不同的分类:从企业组织形式看,企业可分为公司和非公司形态的企业,^①前者如有限责任公司和股份有限公司,后者如合伙;从企业的性质看,企业可分为国有企业和非国有企业。

在我国,“国有企业”是1994年国务院颁布的《国有企业财产监督管理条例》中首次提出的企业概念。在这以前,我国经济领域中所提的企业概念是公有制企业和非公有制企业。其中,集体企业和全民所有制企业(全民所有制企业又称为“国营企业”)为公有制企业,其他性质的企业为非公有制企业。由于“国营企业”的称谓反映的是计划经济体制下政企不分的企业经营理念,故在建立市场经济体制的大背景下,为建立政企分开、责权明确、自主经营、自负盈亏的现代企业制度,1994年《国有企业财产监督管理条例》提出“国有企业”概念,取代了“国营企业”这一称谓。自此以后,在一系列法律、法规和政策中广泛使用了“国有企业”这一称谓。但《国有企业财产监督管理条例》以及后来的法律、法规 and 政

^① 文章论述的企业包括公司及其他非公司形态的企业。为行文的方便,除特别说明,文中的“企业”均包括各种组织形态的企业。

策中均没有对“国有企业”下一个明确的定义。而在实践中,随着国有企业改革的不断深入,特别是在中央“抓大放小”思想的指导下,全国各地对国有企业进行大规模的股份制改造。这样,国有独资企业越来越少,国家参股、控股的企业越来越多。这种情况下,我们所称“国有企业”是指国有独资企业、国有控股企业还是国家参股企业?由于党的文件和国家法律对此没有明确,导致理论界在这一问题上意见分歧。

经济学界对“国有企业”的界定有独资说、控股说和参股说三种观点。^①独资说认为,国有企业是指国有独资企业,即资产完全由国家投入、产权完全为国家所有、由国家委派代理人管理、经济目标受国家控制或影响的企业;控股说认为,国有企业是指国有独资企业和国家参股且国有股份达到一定的比例而能控制企业运行的非纯国有企业;参股说则认为,凡是有国有资本投入的企业,无论企业中国有资本或股份占多大比重,均应认定为国有企业。由于所持观点迥异,国有企业外延宽窄不一。其中,独资说外延最窄,参股说外延最宽,而控股说外延居中。在经济学界,控股说占有主导地位。

我国刑法中也多次使用了“国有公司、企业”这一概念。那么,我国刑法中的国有企业是国有独资企业、国有控股企业还是国家参股企业?对此,我国刑法典未作出立法解释,两高也未就此问题作出司法解释。以目前我国刑法学界的有关观点看,对刑法中“国有公司、企业”的理解基本上是持控股说和独资说。前者如,“国有企业,是指财产属于国家所有的公司,即国有独资公司和国家控股的股份有限公司(国家所有的股份占全部股份51%以上的股份有限公司)”。^②后者如,“国有公司是指国家授权的投资机构或者国家授权的部门单独设立的国有独资的有限责任公司和2个以上

^① 拙文:《“国有企业”概念辨析——兼谈刑法中的“国有公司、企业”》,《当代经济研究》,2000年增刊。

^② 唐立坚:《“国家工作人员”探析》,《律师世界》1998年第11期,第35页。

50个以下国有投资主体共同出资设立的有限责任公司”；“国有企业是指财产权属于国家所有，从事生产、经营或服务的有限责任公司。”^①

笔者赞同独资说，认为我国刑法中的“国有公司、企业”是指国有独资公司、企业。依据《刑法》第93条规定，“……国有公司、企业……委派到非国有公司、企业……从事公务的人员……以国家工作人员论”。依此规定可看出，实践中存在一个国有公司、企业派员到非国有公司、企业中从事公务的问题。何为“委派”？一般而言，委派是指委任和派遣，即指派人担任一定职务或完成一项工作。实践中，国有公司、企业向非国有公司、企业委派从事公务的人员有两种情况：一是国有公司、企业受非国有公司、企业委托为完成一定工作而向其委派从事公务的人员；二是国有公司、企业基于出资，为行使出资者的权利，向其他企业委派从事公务的人员。例如，国有独资公司A与外商独资公司B共同投资新建中外合资公司C。A公司为行使出资者的权利必然向C公司委任从事公务的人员（即管理人员）。A公司与C公司之间存在委派与被委派的关系。依据《刑法》第93条所规定，A公司为委派人员到非国有公司中从事公务的国有公司，而C公司为接受委派人员的非国有公司，而C公司中显然是存在国有资本的，但公司性质上却是非国有公司。所以，我们认为，刑法上的“国有公司、企业”仅指国有独资公司、企业。

“非国有企业”是与“国有企业”相对的概念。既然刑法上的“国有企业”是指国有独资企业，那么“非国有企业”就是指国有独资企业以外的企业形态，包括：国家控股企业、国家参股企业、私营企业、外资企业、合伙企业、个体企业、集体企业等。

（二）“权益”、“企业权益”与“非国有企业权益”

依据法理学的观点，所谓“权益”是指法律所承认和保护的权利

^① 王菊芬，陈文飞：《试析修订刑法关于国家工作人员的范围》，载胡驰，于志刚主编：《刑法问题与争鸣》（第一辑），中国方正出版社1999年版，第324页。