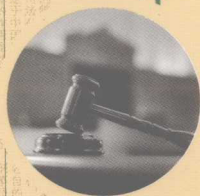


刑法系列丛书

聂立泽◎著



中国刑法基本理论研究

走进刑法

刑法学是研究国家制定和认可的、规定犯罪和刑罚的法律规范的总称。本书以刑法学的基本理论为研究对象，系统阐述了刑法学的基本原理和原则，包括刑法的机能、刑法的体系、刑法的适用等。本书力求做到理论联系实际，既注重对刑法学基本理论的深入探讨，又注重对刑法学在司法实践中的具体应用。本书可作为法学专业及相关专业的教材，也可供从事法律工作的司法人员参考。



知识产权出版社

刑法系列丛书

聂立泽◎著



走进刑法

中国刑法基本理论研究



知识产权出版社

内容提要

本书内容反映了作者研究刑法12年来对我国刑法基本理论的基本观点的形成过程以及独特的思考方法、视角、维度。本书着重对犯罪概念与特征,法定犯的特征与认定,作为犯与不作为犯区别标准,刑法中的实行行为,直接故意存在的范围,注意能力判断标准与业务过失判断基点,共同过失犯罪,“片面共犯”与承继共犯,单位犯罪的理论基础,严格责任问题,未遂犯、累犯的刑事责任根据,国际犯罪个人刑事责任,罚金刑易科制度,数罪并罚疑难问题,假释制度的立法完善,以及结果加重犯的构造模式与归责原则等问题,进行了尝试与创新性探讨,形成关于刑法基本理论的认识与思考。

责任编辑:王 辉

图书在版编目(CIP)数据

走进刑法:中国刑法基本理论研究/聂立泽著.

—北京:知识产权出版社,2010.6

ISBN 978-7-80247-988-3

I. ①走… II. ①聂… III. ①刑法—法的理论—研究—中国 IV. ①D924.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第062994号

走进刑法:中国刑法基本理论研究

ZOUJIN XINGFA:ZHONGGUOXINGFA JIBENLILUN YANJIU

聂立泽 著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村1号

网 址:<http://www.ipph.com>

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

责编电话:010-82000860 转 8129

印 刷:知识产权出版社电子制印中心

开 本:880mm×1230mm 1/32

版 次:2010年07月第1版

字 数:220千字

ISBN 978-7-80247-988-3/D·977(2918)

邮 编:100088

邮 箱:hjb@cniipr.com

传 真:010-82000893

责编邮箱:wanghui830811@163.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:9.125

印 次:2010年07月第1次印刷

定 价:25.00元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前 言

本书是作者近 12 年来在对我国刑法理论探究与反思，并在密切结合司法实践中的新、疑、难问题进行创新性思考的基础上生成的。

之所以以“走进刑法——中国刑法基本理论研究”为书名，是基于以下两个方面的考虑：一方面，从时间上来看，本书内容反映了作者研究刑法 12 年来对我国刑法基本理论的基本观点的形成过程以及思考的方法、视角、维度，作者也正是随着时间的脚步一路走进了“刑法槽”；另一方面，作者目前正在进一步思考中国刑法理论的精细化与系统化的问题。这样，从逻辑上来看，下一步，将以“刑法探微——中国刑法理论精细化研究”以及“走出刑法——中国刑法理论系统化研究”为书名，对中国刑法进行深入系统的探讨，以期形成完整的关于中国刑法基本理论研究的三部曲。这样的想法或者欲望，直接源自作者近 8 年来在中山大学法学院为刑法学研究生开设的《罪刑各论》的教学心得体会，以及经常参与刑事司法实践活动的所感所悟。毫不夸张地说，广州乃至珠三角地区的刑事判例资源是刑法理论研究的弥足珍贵而富饶的矿藏，作为一名刑法学者，自己的思想经常穿梭在刑法理论与司法实践之间，并深刻地认识到，尽管我国的刑法总则呈现出超乎寻常的稳定性，除了增加单位犯罪之外，几十年来未曾有大的变革，但是，与刑法总则稳定性形成鲜明对比的是，刑法分则中部分内容变化过快，这种态势是否会造成“板块漂移”而引发刑法学“地震”灾害，必须未雨绸缪。事实

上，刑法本身所潜藏着的缺陷以及以其为研究对象的注释刑法学，在面对时常发生的新生犯罪时往往是捉襟见肘，显得苍白无力，这些现象提示我们必须对刑法理论的缜密性和刑事法律的规范性进行深入的研究，这就促使作者萌生了写出一本《中国刑法学精细化研究》的念头，并已经深深地陷入到刑法精细化的思索当中。与此同时，作者还发现，在构建和谐社会的背景下，刑事法律的作用虽然功不可没，但是，刑事司法在本质上与其他法律的作用一样，都是依照自身的规范与特点以解决社会矛盾为终极目标的。因此，刑法学研究是不应当也不能够孤立地进行的，应当摒弃“吃中餐饭菜，作西餐学问”的流弊，除了在刑法之上、之下、之前、之后来研究刑法学的“一体化”方法之外，作者渐渐认识到，还要在“刑法以外”研究刑法，此所谓“功夫在诗以外”矣。仔细思量，所谓“刑法以外”，至少包括三个层次，即不仅要在全球化视野上联系国际刑法来研究中国刑法，还必须立足于中国四个法域的客观存在与各自的特色优势来比较研究，最后还要冲破部门法的藩篱，联系民商法（刑民、刑商交叉问题）、行政法（刑行交叉问题）等来进行研究，余以为，唯如此，才能科学准确，合情合理，“法社双效”地解决原本就是社会问题的刑事案件的法律适用问题，这就是《走出刑法——中国刑法理论系统化研究》的思想渊源。当然，“走出刑法”还有一层意思，即作者学士学位与硕士学位虽然都是法学学位，但却不是法律专业，如果说从博士阶段才姗姗来迟走进了“刑法槽”的话，那么，如今对刑法学来说可谓专业化、职业化，甚至情感化、理想化了，这种状态虽说是自然而然的，也是正常的，但是，作者从不同“专业槽”背景学者对许霆案的定性上再一次发现了“在商言商，在刑言刑”的倾向，即民商法学者中更倾向于把许霆案看成是民事范畴的“不当得利”，而刑事法学者则基本上认为构成刑事犯罪是不成问题的，只是在定盗

窃罪、诈骗罪（金融）、侵占罪之间存有分歧和异见。实际上，这种因“专业槽”背景不同所形成的特定的认识问题的视角与惯性思维是客观而普遍存在的，正像“横看成岭侧成峰”所描述的情状一样，作者也不例外，幸亏自己有点非刑法专业的血统，有时候似乎是歪打正着地把问题看准了^①，这恰恰是作者对“不识庐山真面目，只缘身在此山中”诗词的一些联想与体会，或者说就是“发散性思维”，因此，自己就琢磨着要主动而自觉地辗转于“山里”与“山外”之间，以便从里里外外上上下下不同方位看清“刑法真面目”。

正是基于以上考虑，本书中以作者已经发表的部分总则性论文为骨架，并作了必要的补充、修改与完善，加上部分新创作内容，形成关于刑法基本理论的认识与思考，以期与后两部书从逻辑与内容上形成一个梯度递进的关系。本书共分7个专题、20章，具体内容如下：

第一章中，通过对社会危害性与刑事违法性及其关系的研究，论证社会危害性与刑事违法性之间的辩证关系，创造性地提出了犯罪的三个阶段特征：前提特征——严重的社会危害性，法律特征——刑事违法性，后果特征——刑责承担性。

第二章中，对法定犯的特征、法定犯的认定与处罚问题进行深入探讨，在深化刑法理论中关于罪过理论认识的同时，对司法实践也有指导意义。

第三章中，通过法益状态说之提倡，首次从新的视角论述作

① 如在许霆案判决书中，把许霆取款时ATM柜员机上从其银行卡上扣除的174元钱从盗窃数额中也给扣除了。作者以为这笔款项数额虽然不大，对量刑没什么影响，但是，其作用就像花钱购置犯罪工具一样，这笔开支不能在计算犯罪所得数额时作为犯罪成本而扣除，所以，这174元钱也是犯罪所得，不能从盗窃罪数额中被扣除，只是其落在银行手中，作为犯罪工具予以没收即可。进一步而论，如果把这174元钱从盗窃罪数额中扣除，就等于承认了许霆是拿自己的钥匙合法地打开了自家的门，结果把邻居寄存存在自家的东西给非法所有了，这样的话，很显然，没有盗窃罪只有侵占罪。

为犯与不作为犯区别的新标准。

第四章中，在论述刑法中的实行行为的性质、实行行为的外延、实行行为的法律特征的基础上，提出实行行为也有双重属性，是自然属性与法律属性的辩证统一，在法律评价层面，实行行为应当以构成要件为单位，且实行行为恒为单一行为。

第五章中，以防卫过当罪过形式为视角，探讨了直接故意存在的范围，对罪过理论也是一种创新性探讨。

第六章中，深入探讨了过失犯罪中注意能力判断标准与业务过失判断基点问题，有利于澄清理论上一些误区和科学地指导司法实践。

第七、八、九章中，以主客观相统一原则为基础，通过对共同犯罪中的特殊疑难争议问题进行深入探讨，指出共同过失犯罪存在的逻辑前提与理论基础，“片面共犯”的本质和立法司法出路以及承继共犯存在的时空范围和司法认定问题。

第十章中，对单位犯罪的宏观基础理论和微观立法完善问题进行了深入的研究，有利于厘清单位犯罪的本质属性与科学指导司法实践。

第十一章中，通过对严格责任的概念、产生原因、我国法律界关于严格责任的观点的评析，指出严格责任既不公正又不科学，我国一贯坚持主客观相统一原则，实无存在的余地。针对严格责任这一新概念，应当在刑事诉讼当中来把握，把严格责任与证明标准联系在一起，在谋求公正与效率相平衡的价值目标的前提之下，以客观真实为基础，以法律真实为辅助，重新定位刑事诉讼的证明标准，以求最大限度地实现我国刑法第一条所规定的“惩罚犯罪，保护人民”之目的。

第十二章中，通过对未遂犯刑事责任的理论与制度根据以及对不能犯的罪与罚的探讨，厘清了理论上现有的片面、模糊观点，利于科学的理解与贯彻刑法基本原则。

第十三章中，以抢劫罪为对象，以犯罪客体为视角，依据唯物辩证法基本原理，通过实证研究方法，论述了理论上之所以对抢劫罪既遂与未遂的区分标准存在很大的争议，根本原因在于受复合实行行为样态所决定的抢劫罪的双重客体在立法与司法之间出现浮动所致。倡导“浮动客体”的概念并以此来揭示理论难题。同时，为了更好地解决抢劫罪既遂与未遂的区分标准，对抢劫罪的立法完善问题亦作出了具体的构想。

第十四章中，通过对累犯刑事责任的制度根据、累犯刑事责任的承担方式、累犯刑事责任从重处罚的理论基础进行全面论述，指出对累犯从重处罚的刑事责任中，作为报应根据的已然之罪无疑受主客观相统一原则的制约，作为特殊预防根据的人身危险性，也是主客观相统一的。因此，我国刑法对累犯的处罚和整个累犯制度体现了主客观相统一原则。同时指出，由于累犯的存在以人身危险性为前提，而单位不存在人身危险性的问题，所以，试图把单位犯罪纳入累犯视野是不可行的。

第十五章中，较为全面地论述了国际犯罪个人刑事责任问题，指出了国家刑事责任在本质上不同于国际犯罪个人刑事责任，在承认国家刑事责任的前提下，国家犯罪中的领导人等自然人所承担的刑事责任本质上不是个人刑事责任，只是国家刑事责任的一种表现形式而已，而且在只能由国家来实施的犯罪，如战争罪等，个人刑事责任是没有存在余地的。

第十六章中，通过对我国罚金刑执行现状、困境与原因的考察与分析，对国外及我国台湾地区有益经验之借鉴，以及对我国建立罚金刑易科制度必要性及可行性论证，提出建立罚金刑易科制度的构想。

第十七章中，通过对数罪并罚概念的界定，判决确定后刑罚执行完毕前数个漏罪的并罚规则，判决确定后刑罚执行完毕前数个新罪的并罚规则，判决确定后刑罚执行完毕前新罪与漏罪之并

罚规则，数罪并罚中适用限制加重原则时应执行刑罚的确定，以及数罪并罚中的“以上”、“以下”的含义的确定，指出既考虑刑罚报应思想的一面，又考虑刑罚的教育与改造之功效，同时也体现刑罚人道主义之理念，这是现代刑罚文明之征表。我国的刑罚制度也概莫能外，数罪并罚制度就根植于这些现代刑罚理念之中。限制加重原则是我国数罪并罚的核心与基石。我国数罪并罚当中其他各项原则都无一例外地体现着这一核心与基石。

第十八章中，在对我国假释制度中限制性条件的缺陷及比较、假释撤销条件及撤销后处理上的缺陷及比较的基础上，提出了我国假释制度立法完善的具体构想。

第十九章中，密切结合司法实践，以罪责均衡原则在考量经济犯罪罪刑关系中的作用，犯罪竞合与再竞合理论对经济犯罪定罪量刑的指导作用，以及单位间接正犯在经济犯罪中的样态及认定问题为视角，对经济犯罪定罪量刑问题进行了创造性研究。

第二十章中，对结果加重犯进行了全面深入的反思，指出结果加重犯基本构造模式从内部来看，主观面属于平行性罪过，客观面呈现梯度质变关系，从外部来看则属于想象竞合关系，正是其特殊而复杂的构造模式，刑法规范上才将其作为一种修正的犯罪形态予以特别规制，但其刑事归责原则仍然值得进一步探讨，我国相关立法也有必要加以完善。

需要进一步说明的问题是，书中有不少自以为创新的思考与概念，前者如提出犯罪的三个阶段性特征，从“法益状态说”论述作为犯与不作为犯的区分标准，从犯罪化的历史发展逻辑来说明“过失共同犯罪”规范化的必然趋势，从刑罚的基本理念提出限制加重原则是我国数罪并罚的核心与基石等，都是新的思考；后者如“浮动客体”、“再竞合犯”、“平行性罪过”等概念，也是创新概念。对于这些新思考与新概念的论述由于水平所限，难免存在不周全之处，尤其是新概念的提出，由于尚缺乏必

要而充分的论述，深知不便于理解与交流，心里充满不安与亏欠，也就权当是引玉之砖，正如上面“坦白”所言，今后将在《刑法探微》、《走出刑法》中细细道来，补上这一课，诚望同仁给予谅解与“从宽”之情。

目 录

专题一 犯罪概念基本问题研究	1
第一章 社会危害性与刑事违法性及其关系论	1
第一节 社会危害性与刑事违法性概念之解析	1
第二节 社会危害性与刑事违法性关系之界定	7
第三节 结论	13
第二章 法定犯研究	15
第一节 法定犯的特征	15
第二节 法定犯的认定与处罚	23
专题二 犯罪构成基本问题研究	31
第三章 作为犯与不作为犯区别标准新探	
——以法益状态说为视角	31
第一节 作为犯与不作为犯区别标准的辨析	31
第二节 法益状态说之提倡	36
第三节 从法益状态说看犯罪的分类	40
第四章 论刑法中的实行行为	42
第一节 实行行为的性质	42
第二节 实行行为的外延	45
第三节 实行行为的法律特征	52
第五章 直接故意存在的范围研究	
——以防卫过当罪过形式为视角	55
第一节 问题的提出	55
第二节 防卫过当罪过形式不排除直接故意的	

	理论分析	58
第三节	防卫过当罪过形式不排除直接故意的 实证分析	63
第四节	防卫过当不排除直接故意的价值意蕴	67
第六章	注意能力判断标准与业务过失判断基点研究	70
第一节	注意能力判断标准的有关学说及评析	71
第二节	业务过失与普通过失的注意能力判断 应采用不同标准	74
第三节	业务过失的判断基点	80
专题三	共同犯罪与单位犯罪研究	83
第七章	共同过失犯罪刍议	83
第一节	共同过失犯罪成立的逻辑根据	83
第二节	共同过失犯罪否定说介评	91
第三节	共同过失犯罪肯定说介评	94
第四节	主客观相统一原则视野中的共同过失犯罪	97
第八章	“片面共犯”评析	100
第一节	“片面共犯”肯定说述评	100
第二节	“片面共犯”否定说述评	104
第三节	“片面共犯”之出路	106
第九章	承继共犯研究	110
第一节	两种对立观点之介评	110
第二节	承继共犯存在的时空范围	113
第三节	结语	118
第十章	单位犯罪问题研究	119
第一节	单位犯罪中的三个辩证关系研究	119
第二节	私分国有资产罪不符合单位犯罪的 构成要件	126
专题四	刑事责任研究	131

第十一章	严格责任研究 ·····	131
第一节	严格责任的概念、产生原因·····	131
第二节	对我国法律界严格责任观点之评析·····	136
第三节	结论·····	141
第十二章	未遂犯刑事责任新论 ·····	142
第一节	未遂犯刑事责任的理论与制度根据·····	142
第二节	我国刑法中未遂犯的处罚原则与根据·····	146
第三节	不能犯的罪与罚之探讨·····	149
第十三章	抢劫罪既遂与未遂区分标准新探 ·····	155
第一节	抢劫罪既遂与未遂区分标准上的 意见分歧之归纳·····	155
第二节	抢劫罪既遂与未遂区分标准意见分歧 成因之剖析·····	158
第三节	抢劫罪既遂与未遂区分标准的 立法完善之构想·····	164
第十四章	累犯刑事责任新探 ·····	167
第一节	累犯刑事责任的制度根据·····	167
第二节	累犯刑事责任的承担方式·····	172
第三节	累犯从重处罚的理论基础·····	173
第十五章	国际犯罪个人刑事责任若干问题研究 ·····	177
第一节	国际犯罪个人刑事责任概念之界定·····	178
第二节	国际犯罪个人刑事责任范围与承担方式 之确定·····	180
第三节	国际犯罪个人刑事责任与国家刑事责任关系 之论证·····	185
专题五	刑罚制度研究 ·····	190
第十六章	建立罚金刑易科制度之提倡 ·····	190
第一节	我国罚金刑执行现状、困境与原因·····	190

第二节	国外及我国台湾地区经验的启示·····	195
第三节	我国建立罚金刑易科制度必要性及 可行性分析·····	199
第十七章	数罪并罚疑难问题新探·····	206
第一节	数罪并罚概念之界定·····	206
第二节	判决确定后刑罚执行完毕前数个漏罪之 并罚规则·····	207
第三节	判决确定后刑罚执行完毕前数个新罪之 并罚规则·····	210
第四节	判决确定后刑罚执行完毕前新罪与漏罪之 并罚规则·····	211
第五节	数罪并罚中适用限制加重原则时应执行刑罚 之确定·····	213
第六节	数罪并罚中的“以上”、“以下”含义 之确定·····	215
第七节	余 论·····	217
第十八章	我国假释制度立法完善构想·····	219
第一节	假释制度中限制性条件的缺陷及比较·····	220
第二节	假释撤销条件及撤销后处理上的 缺陷及比较·····	225
第三节	假释制度的立法完善构想·····	228
专题六 经济犯罪定罪与量刑问题研究·····		231
第十九章	刑法基本理论在经济犯罪中的适用问题 研究·····	231
第一节	罪责均衡原则在考量经济犯罪罪刑关系中 的作用·····	232
第二节	犯罪竞合与再竞合理论对经济犯罪定罪量刑 的指导作用·····	239

第三节	单位间接正犯在经济犯罪中的样态 及认定问题·····	252
专题七	罪数形态研究·····	258
第二十章	结果加重犯的构造模式与归责原则研究·····	258
第一节	结果加重犯的构成特征·····	259
第二节	结果加重犯的构造模式·····	262
第三节	结果加重犯的归责原则·····	269
后 记·····		276

第一章 社会危害性与刑事违法性及其关系论^①

什么是刑法中的社会危害性？什么是刑事违法性？社会危害性与刑事违法性关系是什么？犯罪的刑法特征有哪些？这些看似简单的刑法学基本问题，在刑法学界始终争议不断，难以达成共识。本文试图以刑事法律的全球化、一体化为视角，赋予社会危害性与刑事违法性新的内涵，在此前提下，分阶段、有层次地对犯罪的特征予以考察、解析与厘清，以期对达成犯罪特征的共识有所启发和助益，并奢望深化对犯罪概念的认识与理解。

第一节 社会危害性与刑事违法性概念之解析

一、社会危害性的内涵及其判断

1. 社会危害性之内涵

所谓社会危害性，即危害社会的特性，是指行为对社会秩序和社会关系造成这样或者那样的事实特征。“危害社会”是一种事实，“特性”指社会对这种事实的特殊属性的概括和评价。犯罪的社会危害性是指行为对刑法所保护的社会关系造成这样或那样的损害特性。一般的社会危害性与犯罪的社会危害性有着本质

^① 本文原载《中山大学学报》2003年第2期，现有较大补充。

的不同。^① 社会危害性是一种抽象的东西，但是任何社会危害性都具有行为性，同时，任何行为又都是人在一定的主观心理支配下所实施的行为，因此，社会危害性必然具有主客观相统一性。此外，社会危害性随着人类社会的发展而呈现出变易性和多样性，不同社会、不同时期、不同国家对同一行为作出的评价可能会相差甚远，同一社会的不同时期对某种行为的社会危害性的评价也会有一定的差别。

2. 社会危害性之判断

其一，从危害社会行为的量的方面来看，危害社会的行为有一个从低度到高度、从轻微到严重的排列顺序。这一排列在整个法律规范上，一般表现为民事违法的社会危害性（包括一些违反伦理道德的行为所产生的社会危害性）、行政违法的社会危害性以及最为严重的在立法上作为犯罪行为的社会危害性。不过，值得注意的是，在罪刑法定原则的指导下，一些原本是民事违法或者是行政违法所造成的相当严重的社会危害性的行为，由于受“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”原则的节制，仍然不得当作犯罪来对待，因此，这些社会危害性只能按照其违法的本来属性，分别认定为民事违法或者行政违法，而不得认定为刑事违法。由此可见，站在整个社会的法秩序或者整体违法的角度来看，民事违法与行政违法的社会危害性与刑事违法的社会危害性在量上不完全是一个递进的、连续的关系，而是带有一定交叉甚至断层（跳跃）关系。这里所谓的交叉关系，如常见的刑事附带民事诉讼中，一个违法行为同时承载了刑事责任与民事责任，以及诸如经济犯罪往往既承担刑事责任又承担行政责任，甚至一个违法行为（如构成犯罪的交通肇事行为）一般情况下往往同时承担刑事责任（构成交通肇事罪）、行政责任（如吊销驾

^① 高铭暄：《刑法学原理（第1卷）》[M]，北京：中国人民大学出版社，1993。