

犯罪与刑罚新论

烟台大学法学研究所编 甘雨沛 杨春洗 张 文 主编



国防大学 2 073 2521 4

烟台大学法学研究所编

犯罪与刑罚新论

主编 甘雨沛 杨春洗 张 文



北京大学出版社

内 容 简 介

本书对犯罪与刑罚中的一些基本理论和重大司法实践问题,作了较为全面深入的论述,对当前刑法学界争论较大的问题,提出了一些新的见解。作者对每个问题都进行了大量的调查研究,占有较为翔实的古今中外资料。本书适合刑法教学、科研工作者,司法实际工作者,法学研究生,在校大学生和自学法学的人阅读。可资撰写刑法学博士、硕士学位论文参考。

烟台大学法学研究所编

犯 罪 与 刑 罚 新 论

主编 甘雨沛 杨春洗 张 文

责任编辑:张晓秦

*

北京大学出版社出版

(北京大学校内)

北京大学印刷厂印刷

新华书店北京发行所发行 各地新华书店经售

*

850×1168毫米 32开本 22.5印张 560千字

1991年3月第一版 1991年3月第一次印刷

印数:0001—2,500册

ISBN 7-301-01351-5/D·129

定价:11.60元

606.00/30

说 明

当前,我国刑法学界和司法界研究国内外的犯罪和刑罚问题,已经进入了一个更加深入的阶段。理论与实践提出的问题之深,所涉及的问题之广,是前所未有的。本书以犯罪论、刑罚论和罪刑各论为基本体系,但在具体安排上,则本着不拘泥于刑法教科书的模式、不求面面俱到的原则,从与当前司法实践联系最密切、在刑法学界争论较多的问题入手,力求对每个问题论述深刻些,资料充实些;既有中国刑法方面的问题,也有外国刑法问题,大多数专题都是从历史沿革论及当前的实践,中外兼顾,相互比较。本书中许多专题,是在甘雨沛、杨春洗、周密、杨敦先、储槐植、张文等教授、副教授的精心指导下写成的。在编入本书时,主编在体例和内容的筛选上作了一些改动,保留了每一问题的学术观点,对某些不同的观点,未加变动,以利于活跃学术研究。本书中个别问题的基本内容,在其他刊物上曾发表过,编入本书前作者又作了较大的补充和修改。

本书作者(按书目体系):序言、杨春洗、张文、曲三强;一、杨春洗、王明达;二、张文;三、郭巍;四、王世洲;五、梁根林;六、王明达;七、张晓辉;八、甘功仁;九、陈广君、杨春洗;十、徐冲;十一、刘勇;十二、丁建祥;十三、董文濮;十四、郭自力;十五、林遐;十六、滕炜;十七、郑孟状;十八、张坚忠;跋、甘雨沛。全书由烟台大学法学研究所编,甘雨沛、杨春洗、张文主编,最后由杨春洗统定。

编 者

1990年5月

目 录

序言

——十年来我国刑法学研究概况…………… (1)

一、论我国刑法的适用范围…………… (28)

(一) 我国刑法在空间上的适用范围…………… (29)

(二) 我国刑法在时间上的适用范围…………… (43)

二、论刑法因果关系…………… (49)

(一) 哲学因果关系与刑法因果关系…………… (49)

(二) 因果关系的客观性…………… (54)

(三) 因果关系的相对性…………… (59)

(四) 必然因果关系与偶然因果关系…………… (68)

三、论法人犯罪…………… (82)

(一) 法人犯罪的概念与刑法意义…………… (82)

(二) 法人犯罪的刑事责任理论…………… (91)

(三) 法人犯罪的刑事处罚…………… (105)

四、论我国刑法中的罪过…………… (113)

(一) 罪过的历史沿革…………… (113)

(二) 罪过的概念与内容…………… (124)

(三) 罪过的种类及其特征…………… (142)

五、论业务过失犯罪…………… (155)

(一) 业务过失犯罪概述…………… (155)

(二) 业务过失犯罪的一般构成特征…………… (157)

(三) 业务过失犯罪的处罚…………… (181)

六、论刑法中的认识错误…………… (197)

(一) 对刑法中认识错误的认识	(197)
(二) 刑法中认识错误的分类	(208)
(三) 认识错误负刑事责任的理论依据 及原则	(212)
(四) 刑法中认识错误的内容及刑事责任	(217)
七、论教唆犯	(234)
(一) 教唆犯性质的理论考察	(234)
(二) 教唆犯的成立条件	(245)
(三) 教唆犯的犯罪阶段	(255)
(四) 对教唆犯的定罪与量刑	(264)
八、论我国刑法中的数罪并罚	(277)
(一) 我国数罪并罚制度的产生和发展	(277)
(二) 数罪的成立和例外情况	(283)
(三) 我国刑法中的数罪并罚原则	(300)
(四) 适用数罪并罚的意义	(314)
九、论我国刑法中的死刑	(317)
(一) 死刑问题概述	(317)
(二) 我国关于死刑的立法及其适用	(322)
(三) 死刑的发展趋势	(339)
十、论西方国家的死刑	(344)
(一) 西方国家死刑概述	(344)
(二) 西方国家死刑存废论战的内容	(352)
(三) 西方国家死刑存废论战的实质	(380)
十一、论西方国家的自由刑	(389)
(一) 自由刑概述	(389)
(二) 对传统自由刑地位的冲击	(391)
(三) 对传统自由刑地位的维持	(413)

(四) 确定刑罚体系中心的标准	(420)
(五) 自由刑地位变化的理论背景	(423)
十二、论西方国家的不定期刑	(453)
(一) 不定期刑的概念	(453)
(二) 不定期刑的由来和发展	(457)
(三) 不定期刑的理论基础	(462)
(四) 关于不定期刑的论战	(471)
(五) 对不定期刑的考察	(483)
十三、论西方国家的罚金刑	(495)
(一) 罚金刑的产生及其沿革	(495)
(二) 罚金刑的地位变迁	(501)
(三) 罚金刑的实际运用	(512)
(四) 对西方国家罚金刑的评价	(523)
十四、论保安处分的发展和特点	(531)
(一) 保安处分产生的时代背景	(531)
(二) 保安处分的历史沿革	(534)
(三) 刑法学派关于保安处分的论战	(538)
(四) 保安处分的特点	(545)
十五、论故意杀人罪的若干问题	(562)
(一) 关于间接故意杀人	(562)
(二) 关于不作为杀人	(571)
(三) 关于“致人自杀”	(577)
(四) 关于抢劫“致人死亡”	(582)
(五) 关于情节较轻的故意杀人	(587)
十六、论故意伤害罪	(592)
(一) 轻伤害	(592)
(二) 重伤害	(601)

(三) 伤害致死	(609)
十七、论抢劫罪中的几个问题	(623)
(一) 关于抢劫罪的犯罪对象	(623)
(二) 关于抢劫罪中的暴力	(632)
(三) 关于抢劫罪中的胁迫	(639)
(四) 关于准抢劫罪	(643)
(五) 关于抢劫罪的犯罪形态及未遂	(648)
十八、论诈骗罪	(656)
(一) 诈骗罪的特点	(656)
(二) 法人与诈骗罪	(663)
(三) 间接故意与诈骗罪	(668)
(四) 经济合同纠纷与诈骗罪	(672)
(五) 投机倒把罪与诈骗罪	(675)
(六) 诈骗数额与诈骗罪的成立	(678)
跋	
——当代刑法科学研究中的世界性趋向	(688)

序 言

——十年来我国刑法学研究概况

(一)

自从 1978 年党的十一届三中全会提出加强社会主义法制以来,我国的刑法学研究工作呈现出一派蓬勃发展的可喜景象。这同过去 20 多年相比,形成一个鲜明的对照。早在我国建国后最初的那些年代里,随着刑事立法工作的发展和司法实践的需要,刑法学研究工作已有了初步的开展,对若干刑法理论和实践问题作过一些探讨。但是后来,由于受到种种干扰,刑法学研究工作基本上处于停滞状态。在“文革”时期,这一学科又遭到严重破坏。1978 年以后,随着我国刑事立法和刑事司法工作的进一步发展,刑法学界一扫过去那种沉闷状态,出现了“百花齐放,百家争鸣”的崭新面貌。近十年来,不仅出版了一大批质量较高的教材,在报刊上发表了许许多多的学术论文,而且还陆续出版了一些有较高学术价值的刑法学著作。其中既有研究中国历史的,也有研究现实的,尤以研究现实的居多;既有研究外国刑法的,又有研究我国刑法的,尤以我国的居多。这些著述,无论从广度、数量,还是从研究的深度、质量,都是前所未有的。

综观十年来刑法学研究的情况,我们可以明显地看到:第一,我国刑法学研究的指导思想是明确的,方向是对头的。广大刑法理论工作者和司法实际工作者,以马列主义、毛泽东思想为指导思想,阐述了我国刑法的任务和性质、刑法的指导思想和基本原则,深入研究了犯罪和刑罚的一般原理、原则,努力区分罪与非罪的界限,为正确发挥刑法的机能、实现刑法的任务,提供了科学的理论

根据。第二,我国刑法学研究坚持从我国司法实际出发,努力贯彻理论联系实际的原则。近十年来,我国刑法学者紧密结合我国经济体制改革和政治体制改革,在进行大量调查研究的基础上,对刑事立法和刑事司法提出了很多为立法、司法机关所采纳的建议;近年来,又发表了一批关于我国刑法修改与完善的论著。刑法学研究工作当然不能割断历史,也不能排斥一切关于外国刑法理论的研究。我国刑法学者坚持“古为今用、洋为中用”的方针,从我国现实情况出发,批判吸收中国历史上的和外国的研究成果。在这方面,亦取得了很大的成绩。第三,我国刑法学研究已逐渐向纵深发展。近年来发表的一些论文和专著,除了探讨刑法基本原理、原则外,还涉及到过去从未触及或触及不深的许多刑法问题,如刑事法律关系、刑事责任、刑事政策、定罪根据、法人犯罪等。在建立与完善具有中国特色的刑法学体系和犯罪构成理论方面,也进行了许多有益的探讨。第四,刑法学的研究空气活跃,学术气氛民主。改变了过去那种把刑法简单地视作阶级斗争工具,将刑法学单纯地作为意识形态一部分的观念,刑法学的科学地位已得到应有的重视。本着在真理面前人人平等的精神,我国刑法学者对许多刑法问题,各抒己见,畅所欲言,不同学术观点进行说理式的研讨和争论,使得许多问题的研究不断深入。第五,一批勤奋好学、思想敏锐、勇于开拓的青年刑法学者涌现出来,这充分展示了我国刑法学研究的光明前景。

(二)

从近十多年来发表的法学教材、专著和论文中可以看到,在我国刑法学界对一系列刑法理论和实践中的问题,存在着不同的见解。对于我国刑法的修改与完善,从总则到分则,从基本原则到具体犯罪,从体系结构到罪名的设置等等,都提出很多建议。鉴于这

方面已有较为详细论述的专著和资料性的综述,故在本书中不再述及,仅就在其他论著中的各种观点,简单归纳下列各项争论问题:

1. 关于我国刑法的指导思想

(1) 关于指导思想

对马克思列宁主义、毛泽东思想是我国刑法的指导思想,大家的基本认识是一致的。但是,对于这一指导思想在刑法中的具体体现,论者的观点不尽相同。有人认为,这一指导思想主要体现在两个方面,即对人民实行民主和对敌人进行专政相结合的思想。有人认为主要体现在三个方面,即除上述两方面以外,再加上原则性与灵活性相结合的思想。也有人认为体现在四个方面,即除前述主要体现在两个方面之外,还有关于上层建筑为经济基础服务和关于调查研究、实事求是,一切从实际出发的思想。

(2) 关于惩办与宽大相结合政策

论者在论述这一政策时,理解也不尽相同。争议的焦点是如何认识“坦白从宽、抗拒从严”这一具体政策。有的认为,刑法中未明文规定“坦白从宽、抗拒从严”的刑事政策,表明这一具体政策已不再适用。从历史发展的眼光看,这一具体政策在分化、瓦解、打击、教育犯罪分子上,确实发挥过积极作用;然而,“文革”期间,它曾被林彪、“四人帮”利用,作为制造冤、假、错案的工具,表明这一政策本身存在着纰漏。在倡导社会主义法制的今天,不必再重申和执行这一政策。有的认为,它一向是我们同犯罪作斗争的一项行之有效的政策,尽管它曾经被歪曲滥用,但并不是政策本身的问题。刑法中虽然未明文写出这一具体政策,但刑法规定的“惩办与宽大相结合的政策”,实际上已包含这方面的内容。刑法的其他条款,诸如有关缓刑的规定,有关累犯、自首的规定,以及刑法关于量刑原则的规定等,均体现出这一政策的精神。在全国人大常委会《关于严惩

严重破坏经济的罪犯的决定》中,重申了这一具体政策。

2. 关于我国刑法的基本原则

刑法的基本原则,是指在制定刑法和适用刑法过程中,应当严格遵循的准则。它是刑法理论中带有全局性、根本性意义的问题。但对现行刑法中究竟确立了哪些基本原则,大家的认识不尽一致。多数人认为,下列原则是我国现行刑法的基本原则:(1)罪刑法定主义原则;(2)罪刑相适应原则;(3)罪责自负、反对株连的原则;(4)惩罚与教育相结合的原则;(5)主、客观相统一的原则。此外,还有一些原则也被当作我国刑法的基本原则论及过:(1)国家主权原则;(2)法制原则(法律面前人人平等原则、民主原则);(3)刑罚轻重必须依法适时的原则;(4)区分两类矛盾犯罪的原则;(5)社会主义的人道主义原则等。

对罪刑法定原则能否作为我国刑法的基本原则,亦存有争议。主要观点有:(1)认为罪刑法定是我国刑法的基本原则。这种观点又分为两种说法:一是认为罪刑法定是我国刑法的基本原则,类推制度是罪刑法定原则的补充或例外;二是认为我国实行的是以罪刑法定为基础,以严格控制的类推为补充的原则。(2)认为罪刑法定不是我国现行刑法的基本原则。这也有两种观点:一是认为罪刑法定主义按其本意,应当排除法律类推的适用和溯及既往的效力。而我国刑法明文规定了类推制度,而且一些单行刑事法规具有溯及既往的效力。因此,罪刑法定不是我国刑法的基本原则。在我国实行罪刑法定原则,既不利于同犯罪作斗争,也不利于保障无罪的人免受刑事追究;二是认为我国刑法目前没有实行罪刑法定原则,今后应当逐步实行罪刑法定原则。

3. 关于犯罪的特征

犯罪具有哪些基本特征,众说纷纭,主要有:

(1) “三特征说”。多数人认为,根据我国刑法第 10 条的规定,犯罪应当具有三个特征,即社会危害性、违法性、应受刑罚惩罚性。

(2) “二特征说”。持这种观点的人认为,“应受刑罚惩罚性”应当包括在“违法性”之中。因为,凡是触犯刑律而构成犯罪的行为,必然应受到刑罚惩罚。因此,没有必要把“应受刑罚惩罚性”单列为一个犯罪特征。

(3) “四特征说”。持此种观点的人认为,犯罪除了具备上述三个特征外,还应包括主观上具有罪过性即故意或过失的特征。因为只有这样,才能体现出犯罪的主、客观相统一的原则。

此外,对于犯罪的“社会危害性”中是否应当包括行为人的主观恶性,也存在不同的见解。有人认为,“社会危害性”应是主观与客观相统一,不能只看客观危害,而不看行为人主观恶性。有的人则不同意这种看法。

4. 关于犯罪构成的共同要件

对这个问题主要有四种观点:

(1) “四要件说”。多数学者认为,现在通用的犯罪构成的四个共同要件,即犯罪客体、犯罪的客观方面、犯罪主体、犯罪的主观方面是合适的,符合我国刑法的规定。

(2) “五要件说”。这种观点认为,“犯罪构成”的提法欠妥,是从外国“进口的理论”,不符合我国刑法的规定。确切的提法应该是“构成犯罪”。“构成犯罪”有五个基本要件,即危害社会的行为;危害行为的客体;危害社会的结果及其与危害行为之间的因果关系;危害行为的主体条件;危害行为人的主观罪过。

(3) “三要件说”。持这种观点的人认为,犯罪客体是犯罪行为所直接侵犯的人或物即犯罪对象,而犯罪对象属于犯罪客观要件中的一个要素。因此,犯罪构成的共同要件有三个:犯罪主体、犯罪客观要件、犯罪主观要件。

(4)“二要件说”。持这种观点的人认为,犯罪行为应是主观和客观的有机统一体,因此应把犯罪的主观要件和客观要件合并为“危害社会行为”的要件之中。这样,犯罪构成的共同要件只有两个,即犯罪主体和危害社会行为。

此外,也有人认为,只存在各种具体的犯罪构成要件,即刑法分则条文中的罪状,而不存在所谓的共同要件。

5. 关于犯罪客体和犯罪对象

多数人认为,犯罪客体是我国刑法所保护的、为犯罪行为所侵害的社会关系。犯罪客体是犯罪构成的必备要件。而犯罪对象则是犯罪行为所具体指向的人或物,它不是构成犯罪的必备要件。

少数人则认为,把犯罪客体解释成社会关系,不仅混淆了犯罪概念与犯罪构成,而且与犯罪构成的其他要件不相协调。实际上,犯罪客体就是犯罪对象。而犯罪对象是犯罪客观要件中的一个必备要素,即任何一种犯罪行为都必然侵犯某种对象。

关于什么是犯罪对象,在学者中也有不同的说法。有的人认为,犯罪对象不是指的具体人或物,而是刑法所保护的“利益”。

6. 关于刑法中的因果关系

刑法因果关系是刑法学界长期以来争论最多的问题之一。近几年来,争论的焦点集中在刑法因果关系是否包括偶然因果关系。对此,主要有以下几种观点:

(1)认为刑法中只存在必然的因果关系,不存在偶然的因果关系。刑法中的因果关系是行为人实施的危害社会行为同危害社会结果之间的内在的、必然的、合乎规律的联系。对这种观点,姑且称其为一元论。

(2)认为刑法中不仅存在必然因果关系,而且也存在偶然因果关系。偶然因果关系存在于两个必然因果关系交叉的场合,是危

害行为与危害结果之间的偶然的外在的联系。偶然因果关系是客观存在的,是刑法因果关系中次要的、补充的形式。在行为人有罪过的条件下,同样也是负担刑事责任的客观基础。我们姑且称这种观点为二元论。这种观点认为,一元论只承认在刑法中存在必然因果关系,不承认偶然因果关系,实际上是把必然与偶然绝对地对立起来了,在司法实践中容易放纵利用偶然因果关系犯罪的人。

(3) 折衷论者主张应放弃必然因果关系与偶然因果关系的提法,而代之以“客观的、合乎规律的内在联系”的表述方式。这可以避免“偶然”与“必然”两个概念间的混淆不清。

(4) 还有人提出“一个半因果关系”的观点,认为刑法上的因果关系应以哲学上两种因果关系形式为基础,但又不完全包括两种形式,即刑法上的因果关系的范围等于全部(一个)必然因果关系加上一部分(半个)偶然因果关系(即高概率的偶然因果关系)。这种观点实质上是对二元论的修正。

7. 关于犯罪主体

(1) 对于法人能否成为我国刑法中的犯罪主体,存在着两种截然不同的观点。

否定说认为:①承认法人犯罪,等于否定我国法人的社会主义性质。因为,社会主义性质的法人不可能实施严重危害社会主义国家利益的犯罪行为;②把法人作为犯罪主体违背主、客观相统一的犯罪构成理论。因为犯罪是人的有意识的行为,而法人是通过法人机关进行活动的,法人本身不可能产生犯罪故意。如果出现了貌似法人实施的犯罪行为,那不过是法人中的成员个人,假借法人名义,为了私利而实施的。这种行为是违背法人宗旨和章程、超越法人机关权限的。因此,对危害结果承担责任的应该是行为者个人,而不是法人。法人至多只能承担其法人代表实施的犯罪行为所引起的连带民事责任。③把法人视为犯罪主体违背罪责自负的原则。

如果惩治法人犯罪,就会株连法人组织的大多数人。④惩罚法人犯罪违背我国刑罚目的。我国刑罚目的之一,是通过惩罚罪犯来达到改造、教育罪犯,使之不再犯罪。而法人并非生物实体,无罪过问题,谈不上主观恶性。因此,对法人无法教育改造以实现刑罚目的。⑤作为我国刑罚主要组成部分的主刑,无法适用于法人。因为刑法的主刑都是针对自然人的。剥夺人身自由或生命、限制自由,都只能适用于自然人而不能适用于法人。⑥对某些外国立法例中把法人作为犯罪主体处罚的规定,我们不能机械照搬。因此,对于以法人名义实施的犯罪,不应把法人作为犯罪主体来追究刑事责任;而应该只追究直接责任人员的刑事责任(包括对其判处自由刑和财产刑),法人组织则应当依法承担民事的、经济的违法和赔偿责任。

肯定说认为:①在我国,法人实施犯罪行为是客观存在的事实,有必要对法人犯罪予以刑事制裁。②我国法人的性质与我国法人的行为性质并不总是统一的。这种不统一性,为法人性质的改变留下了缺口。法人的违法犯罪行为是法人性质与法人行为性质的不统一,是法人性质发生变化的具体体现。③法人犯罪由法人自己承担,是一种特殊形式的罪责自负。法人有其法律上的人格,是社会组织在法律上的人格化。法人之间互有区别;法人与法人的组织人员间也互有区别。因为法人有自身的特性,是独立的权利义务主体,所以,法人要对自己的犯罪承担刑事责任。④法人能够具备犯罪的主观心理态度。法人不是自然人,当然不能象自然人那样用自己的大脑思维。但是,法人的决策机关如同自然人的大脑,指挥法人从事多种活动。法人决策机构反映法人的意思。法人在为本单位谋利益,严重损害国家和人民的根本利益时,从主观上看,法人就会发生犯罪的主观心理状态问题,而且也有故意和过失之分。⑤惩罚法人犯罪也能起到改造、预防的作用。惩罚法人又可以促其整顿,不再违法犯罪;促使其他法人警觉,不能越轨;促使受罚的法人主管人员和直接责任人员悔改。⑥违法与犯罪没有绝对的界限,承

认法人可以作为违法主体,也就应该承认法人可以作为犯罪主体。全国人大常委会通过的《中华人民共和国海关法》和《关于惩治走私罪的补充规定》、《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》,已经规定全民所有制企事业单位、机关、团体可以成为走私罪和贿赂罪的犯罪主体。⑦对法人适用刑罚时可以采取“双罚制”,即对法人科以财产刑;对主管人员或直接责任人员科以自由刑和财产刑。⑧外国立法例和刑法理论上关于法人作为犯罪主体的规定和主张,可以为我国参考和借鉴。

(2) 关于病理性醉酒人能否负刑事责任,有两种看法:有的认为,病理性醉酒不应负刑事责任。病理性醉酒是由于饮酒而引起的一种急性的暂时的精神失常,属于精神病的范畴。处于这种状态下的人在实施危害行为时,没有责任能力,不应当负刑事责任。有的则认为,病理性醉酒应负刑事责任。醉酒性精神失常的人所造成的危害社会结果,同他主观上不防止醉酒的罪过有着直接的关系。这同精神病人不能辨认和控制自己行为时造成的危害结果,本人主观上无罪过的情况存在着原则性区别。因此,这种观点认为,刑法关于醉酒人犯罪应负刑事责任的规定,应当包括处于任何精神状态下的醉酒人的犯罪。

8. 关于犯罪的故意与过失

(1) 关于故意罪中的犯罪动机与犯罪目的的区别。通行的观点认为,犯罪动机与犯罪目的同属于故意犯罪主观方面的要素,两者有着密切的联系,但它们又存在着严格的区别。首先,犯罪动机是激发犯罪行为的内心起因;犯罪目的则是行为人实施犯罪行为所追求的犯罪结果。犯罪动机起推动、发动犯罪行为的作用;犯罪目的起犯罪定向、确定目标和侵害程度的引导指挥作用。其次,从心理角度分析,一般情况下犯罪动机产生在先,犯罪目的形成于后。最后,犯罪动机可以是意识到的或者未被意识到的;而犯罪目