

二十一世纪法学热点系列

A New

刑法诸问题的 新界说

Definition of
Problems in Criminal Law

● 马荣春 著

中国检察出版社

刑法诸问题的新界说

马荣春 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法诸问题的新界说/马荣春著. —北京: 中国检察出版社, 2007. 10

ISBN 978 - 7 - 80185 - 826 - 9

I. 刑… II. 马… III. 刑法 - 法的理论 - 文集
IV. D914.01 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 153369 号

刑法诸问题的新界说

马荣春 著

出 版 人: 袁其国

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: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68687781(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: 11.875 印张

字 数: 328 千字

版 次: 2007 年 11 月第一版 2007 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 826 - 9/D · 1802

定 价: 30.00 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

刑法诸问题的 新界说

A new
definition of Problems in Criminal Law

作 者 简 介

马荣春，男，1968年5月25日生，江苏东海人，南昌大学法学院副教授，硕士生导师，南昌大学立法研究中心研究员，西南政法大学法学博士。1987年高中毕业考入江苏省苏州市商业学校，中专毕业后先后做过统计员和保管员；在考取法律大专文凭和律师资格之后，曾做过两年专职律师，1996年考入中山大学攻读刑法学专业硕士学位研究生，1999年硕士研究生毕业后在法院工作三年，2002年考入西南政法大学攻读刑法学专业博士学位研究生，毕业后任教于南昌大学。在《法学》、《中国刑事法杂志》等刊物上已发表专业学术论文50余万字，并于2006年出版专著《罪刑关系论》，另发表审判业务文章多篇。

刑法诸问题的

新界说

A new
Definition of Problems in Criminal Law

责任编辑/海 伟

前 言

本书分为“单位犯罪专题论”和“刑法其他专题论”上下两篇。

上篇“单位犯罪专题论”由“单位犯罪的立法回顾”、“单位犯罪的犯罪理论”和“单位犯罪的刑罚理论”三章组成。

在“单位犯罪的立法回顾”一章，本书通过特点分析、原因分析和意义分析梳理了当代中国单位犯罪立法的脉络，并提出当代中国的单位犯罪立法始于1985年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答（试行）》这一司法解释，而此后单位犯罪立法的快慢则取决于占主导地位刑法理论，并以经济发展为最终动因。

在“单位犯罪的犯罪理论”一章，关于国家机关的单位犯罪主体资格问题，本书从国家机关的职能等角度给予否定回答；对于单位共同犯罪问题，本书在提出单位共同犯罪只能是共犯主体都是单位的共同犯罪之后指出，单位共同犯罪在理论上应成立单位共同过失犯罪，并且在单位共同犯罪中也存在着主犯、从犯、胁从犯乃至教唆犯的共犯区分。

在“单位犯罪的刑罚理论”一章，阐述了以下几个问题：

对单位犯罪的双罚制根据问题，本书在辨析“双层犯罪机制说”和“双重意志双重行为说”等学说并在指出“两个主体说”或“双重主体说”违背了系统论的基本原理之后提出了“系统矛盾说”。单位犯罪就其外部考察，是社会这一大系统内部犯罪单位与社会其他部分的矛盾产物，且犯罪单位是矛盾的主要方面，故要处罚犯罪单位自身；单位犯罪就其内部考察，是犯罪单位这一系统内部犯罪因素（直接责任人员）与非犯罪因素（非直接责任人员）的矛盾产

物，且犯罪因素（直接责任人员）是矛盾的主要方面，故要处罚犯罪因素（直接责任人员）。

对于单位犯罪的直接责任人员问题，本书首先指出，要恰当把握单位犯罪的直接责任人员的界限，首先要克服单位犯罪的刑事责任的团体主义观念。在单位故意犯罪中，“直接负责的主管人员”也可兼任实行犯，而且普通成员也可充当单位犯罪的主犯，即“其他直接责任人员”的刑事责任未必轻于“直接负责的主管人员”。而在单位过失犯罪中，直接责任人员除了“直接负责的主管人员”，“其他直接责任人员”应出于刑法的谦抑性和处罚过失犯罪是例外而限定在分管单位具体职能部门的人员及具体职能部门的直接执行人员，而一般的辅助人员或协助人员应排斥在外。而对单位犯罪的直接责任人员的处罚应实行纯粹单位犯罪与非纯粹单位犯罪相区别的机制：对纯粹单位犯罪中的直接责任人员，应适用刑法单独规定的刑罚；对非纯粹单位犯罪中的直接责任人员，应比照同罪名同情节的自然人犯罪从轻或减轻处罚，这是由单位犯罪的刑事责任是在犯罪单位本身和直接责任人员之间分流所决定的。

对于单位参与共同犯罪的处罚，本书提出：若是单位共同犯罪，则按单位在单位共同犯罪中的角色或地位对单位本身进行处罚，并且把涉案的每个直接责任人员放在单位犯罪的整体中权衡其作用或地位大小而据以处罚。若是单位与自然人混合的共同犯罪，则无论是单位共犯，自然人共犯，还是共犯单位中的直接责任人员，也是按照各自在共同犯罪中的地位或角色处罚。

对犯罪单位的刑种制度，在剖析对单位犯罪规定的现行罚金刑的优劣的基础上，本书基于罪刑相适应原则和预防单位犯罪的现实需要而提出累进百分比罚金制和罚金得并制相结合的单位犯罪罚金刑的新模式，并进一步提出应将名誉刑、没收刑和行为刑增设为单位犯罪的新刑种以进一步有效地预防单位犯罪。

对于单位犯罪的累犯制度，在论述构建此制度理论上的必然性和实践上的必要性之后，本书结合刑法的发展趋势和预防严重的过失犯罪的需要而提出单位累犯的罪过条件可不限于故意犯罪，而单

位累犯的刑罚条件和时间条件应注意与自然人累犯相区别。至于单位累犯的从重处罚，要区分为对犯罪单位本身的从重处罚和对直接责任人员的从重处罚。

对于单位犯罪的自首制度，在论述了确立此制度的可能性与必要性之后，本书围绕着单位自首的认定论述了单位犯罪自首的条件，单位犯罪自首行为的实施者，单位犯罪自首交代罪行的范围和正在服刑的单位的自首等问题，最后通过对单位自身的处罚和对直接责任人员的处罚的论述对单位犯罪自首的处罚作了阐释。

对于单位犯罪的立功制度，在论述了确立此制度的可能性与必要性之后，本书从立功的条件、立功的分类和单位犯罪的立功制度的内在结构对单位犯罪的立功制度的内容予以展开。

对于单位犯罪的缓刑制度，在论述了确立此制度的必要性和可行性之后，本书围绕企业性单位从犯罪单位本身和直接责任人员两个层面论述了单位犯罪缓刑制度的内容。

下篇“刑法其他专题论”由“刑法的最高理念与核心原则”、“犯罪论”、“刑罚论”三章组成。

在“刑法的最高理念与核心原则”一章，对于刑法的最高理念，本书从刑法与上层建筑其他部分和经济基础之间的关系及刑法的内部关系提出和谐应构成刑法的最高理念，并指出和谐统摄刑法的所有价值，而刑法和谐的本质便是利益关系的和谐；对于刑法的核心原则，本书通过罪刑相适应原则与刑罚个别化原则、罪刑法定原则、刑法面前人人平等原则及刑法人道主义原则的包容或蕴涵关系论证了罪刑相适应原则是刑法的核心原则，而所谓的罪责刑相适应原则是一个不合刑法专业逻辑，无实际意义而应予摒弃的“原则”。

在“犯罪论”一章，论述了以下问题：

对于犯意表示，本书从有意性和对外界的影响性或作用性先肯定其为行为，接着从社会危害性的“威胁”内涵论证其具有社会危害性，最后交代了犯意表示的罪与非罪的区别。

对于违法性认识，本书在对国内外的实践与理论作了介评后，从实质的违法性认识和形式的违法性认识各自对罪刑的影响来论述

违法性认识之于刑法的实践意义及其理论地位。

对于犯罪的本质和本质特征，本书在对现有理论作出介评后，立足于哲学上本质与本质特征的概念及其相互关系，深入刑法学的自身逻辑论证了犯罪的本质是犯罪人对于社会秩序的极端蔑视的态度或人格即极端蔑视性，而应受刑罚惩罚性因具有“界限”犯罪和一般违法行为的功能而堪当犯罪的本质特征。

对于双重罪过，本书在肯定其客观存在及其实践意义之后，辨析了双重罪过的现有理论并指出双重罪过可以两个都是直接故意，最后指出了双重罪过对定罪量刑的影响。

对于刑法因果关系，本书先是立足于哲学上的相关原理剖析了刑法偶然因果关系的哲学错误，接着以实例分析了其在刑法实践中的危害，最后指出刑法因果关系就是刑法因果关系，既不是所谓刑法偶然因果关系，也不是刑法必然因果关系。

对于犯罪对象，本书先根据逻辑类比、本质与表象的辩证关系和人类活动对象性原理论证了犯罪对象与犯罪的一一对应性即犯罪对象的必存性，接着通过犯罪对象的存在与相关事物的关联性和其在犯罪行为作用下的状态改变性来论述其对犯罪客体的体现。

对于修正的犯罪构成，本书在介绍修正的犯罪构成这一概念的来龙去脉之后，从其立足点、犯罪构成完整性和刑事责任的根据等方面指出了该理论的不足，接着从犯罪形态划分和法益侵害的角度论证了无论是未完成形态的犯罪，还是狭义共犯形态的犯罪，都有其完整独立的犯罪构成，并指出所谓修正的犯罪构成是一个应予摒弃的概念。

对于法规竞合，本书在给出其定义之后，论述了法规竞合在法律层面即形式层面上是犯罪构成的部分要件的竞合，而在价值层面即实质层面上则是刑法所保护的价值即刑法法益的竞合，并进一步指出其理论定位应在罪数论，最后对法规竞合的分类按照竞合的层数等标准作出了较为全面的论述，并附带澄清了与法规竞合有关的几个问题。

对于共同过失犯罪，本书先是从主客观相一致和罪刑相适应原

则论证共同过失犯罪应像共同故意犯罪那样统一定罪量刑，接着从前提条件、客观条件和主观条件三个方面论述了共同过失犯罪的成立条件并以此为基础对共同犯罪的立法提出建议。

对于共犯的共犯，本书结合国外相关立法与理论及我国刑法的现行规定分别论述了教唆教唆犯、教唆帮助犯、帮助帮助犯和帮助教唆犯的成罪性及其共犯地位。

对于间接正犯，本书在给出其定义并作出分类后，从大陆法系的共犯独立性说论述了间接正犯的刑事责任之根据，并指出用共犯独立性说来解释间接正犯的刑事责任与用我们的犯罪构成理论来解释是相通的，同时对间接正犯的情况下被利用者的刑事责任也进行了探讨。

对于犯罪中止，本书先是用中止前的行为和中止行为本身对犯罪中止进行解构，得出犯罪中止不应笼统地作为犯罪对待，只有当中止前的行为符合其他犯罪构成，才按他罪追究刑事责任，接着围绕犯罪中止在刑法体系和刑法学体系中的应有地位问题论证了犯罪中止应分别置于刑法总则犯罪章节的“正当防卫”和“紧急避险”之后和刑法学犯罪论的相应位置，并对犯罪中止的法条设计给出了立法建议，最后立足于主犯和从犯的地位差别和犯罪中止制度的设立宗旨对个别共犯犯罪中止的有效性条件提出了主犯与从犯应区别对待的主张：主犯成立犯罪中止须以有效性为必要条件，而从犯则不必如此，根据从犯是否具备了这一条件可将从犯中止分为有效中止与无效中止并在刑罚轻重上区别对待即可。

对于未遂教唆，本书在对大陆刑法理论的相关理论作出介评之后，通过共犯从属性理论、实质的违法性理论和主客观相统一原则论证了未遂教唆的成罪性即可罚性，接着从直接故意犯罪入手对未遂教唆的犯罪形态作了探讨，最后对未遂教唆与教唆未遂的异同作了比较。

对于先行行为，本书在对国内相关理论作出介评后，立足于合法行为与违法行为的区别和一般违法行为与犯罪的区别，并出于避免重复评价的考虑，论证了不作为犯罪义务来源之一的先行行为只

能是一般违法行为，而且，一般违法行为构成不作为犯罪的义务来源只能发生在间接故意犯罪和过失犯罪的场合。

对于罪名，本书先是立足于合法性和简明性分析了罪名设置的原则，接着对并列式罪名和选择式罪名作出了论述，最后指出现行有关罪名在条文位置和违背共同犯罪理论等方面所存在的问题。

对于“持有犯罪”，本书先是运用物理学和哲学上的“动”与“静”的辩证关系和逻辑学上的矛盾律论证了“持有犯罪”既不属于所谓的第三种行为方式的犯罪，也不属于不作为方式的犯罪，而是属于作为方式的犯罪，接着指出将“持有犯罪”定位于“作为犯罪”的意义：一是维护刑法行为理论的完整性；二是为“持有犯罪”的立法提供最有力的理由；三是实践并明晰刑事责任的证明理论。

对于黑社会性质组织与相关犯罪，本书先是从“高度开放性”、“结构多层性”、“长期目标性”和“生存条件的辐射性”论述黑社会性质组织的主要特征并以此为基础给出了黑社会性质组织的定义，接着从概念、犯罪构成和立法缺陷等方面分别论述了组织、领导、参加黑社会性质组织罪、入境发展黑社会组织罪、包庇、纵容黑社会性质组织罪。

对于渎职罪主体，本书基于现行刑法规定渎职罪主体为“国家机关工作人员”对预防渎职犯罪存在疏漏、出于全面预防渎职犯罪的需要作出的有关司法解释又违背罪刑法定原则，首先论证了渎职罪主体应回复到以往的“国家工作人员”，接着对国家工作人员的特征和分类进行了论述，指出从事国家管理活动、假借国家名义和合法资格是国家工作人员应具备的特征，而在国家工作人员的分类中应兼顾宪法规定和预防渎职犯罪的实际需要而将党政机关的公务人员与国家机关的公务人员相并列。

对于抢劫罪，本书先从罪与非罪的界限、此罪与彼罪的界限和罪刑法定原则、罪刑相适应原则等角度论证了转化性抢劫罪的基础行为只能是犯罪行为，接着对入户抢劫和在公共交通工具上抢劫作了论述，最后从基本犯和加重犯的完成形态与未完成形态区分标准



的同一性、加重情节与加重结果的应有作用论证了抢劫罪的加重犯仍应以是否达到财物目的作为其完成形态与未完成形态的区分标准。

对于帮助毁灭、伪造证据罪，本书先在辨析现有定义的基础上给出了新的定义，接着按照四大要件论述了该罪的犯罪构成，并对“情节严重”和“情节特别严重”作了大致归结，同时指出应在现行规定的罪状中增加“隐匿”规定，最后对与该罪有关的问题作了交代。

对于环境犯罪，本书先对该罪的客体要件和主观要件进行论述，指出环境过失犯罪中过失的成立标准应立于意志自由来设定而取结果避免义务说的立场，而立于罪刑法定原则和主客观相统一原则应摒弃严格责任原则，接着通过辨析环境侵害几种因果关系学说而为环境犯罪的因果关系设计出“正反因果关系”这一认定法则。

在“刑罚论”一章，论述了以下问题：

对于刑罚动机和刑罚目的，本书先从人类活动的动机理论论述了刑罚动机应该成为刑罚论的一个问题，惩罚和改造这两种并存的刑罚动机在阶级社会不同发展阶段主次有别，接着在定义刑罚目的和分析刑罚目的的共性和个性的基础上，运用“目的层次论”对现阶段我国刑罚的根本目的和直接目的作了阐明，指出现阶段我国刑罚的直接目的是减少犯罪而根本目的则是刑法的任务所在，最后从形成的先后、作用的差异和意识水平的高低分析了刑罚动机与刑罚目的的区别，并从刑罚心理发展过程和两者的相互影响阐明了两者的联系。

对于刑罚本质和刑罚功能，本书先是立足于刑罚本质的定义和刑罚本质与刑罚本质属性的关系来把握刑罚本质，并指出刑罚本质就是惩罚性，接着在定义刑罚功能的基础上通过对目前国内关于刑罚功能的几种分法的“消化”和“精简”而重新对刑罚功能进行了归类，并指出刑罚功能只有剥夺、改造、威慑、教育、鼓励和安抚六种，最后从说明的问题不同指出了刑罚本质与刑罚功能的区别，并从两者的范畴归属、决定与被决定、体现与被体现的关系论述了两者的联系。

对于死刑，本书先是“以其人之道还治其人之身”，指出废除死刑的理由正是保留死刑的理由，接着指出死刑之存废不能脱离相应的社会基础，并应对贝卡利亚有条件地赞成保留死刑而非无条件地全面废除死刑的观点保持应有的清醒。

目 录

1 前言

► 上篇 单位犯罪专题论 ◀

3 第一章 单位犯罪的立法回顾

3 第一节 单位犯罪立法的从无到有

3 一、单位犯罪立法的一段空白

3 (一) 是否空白的争论与探讨

7 (二) 空白的原因与启示

9 二、单位犯罪的司法化立法

9 (一) 单位犯罪的司法化立法的开端

16 (二) 单位犯罪的司法化立法的成因

18 (三) 单位犯罪的司法化立法的特征与重要性

18 三、单位犯罪的单行立法与附属立法

18 (一) 单位犯罪的单行立法与附属立法之特点

22 (二) 单位犯罪的单行立法与附属立法的重要意义

23 第二节 单位犯罪的法典化进程

24 一、单位犯罪刑法总则部分的法典化特点

24 (一) 单位犯罪的主体称谓由粗到细

25 (二) 强调犯意形成的程序性、整体性并局限于故意要素

25 (三) 双罚制由绝对性或无条件性向相对性或有条件性转化

25 (四) 强调单位犯罪的罪刑法定

- 26 二、单位犯罪刑法分则部分的法典化特点
- 26 (一) 单位犯罪分则条文的构建采用吸收与新设并蓄
- 27 (二) 单位犯罪的类罪立法步伐快慢有别, 两大“板块”已经形成
- 29 三、单位犯罪法典化进程的重要意义
- 29 第三节 单位犯罪立法的集大成
- 30 一、单位犯罪立法内容的变化
- 30 (一) 单位犯罪立法内容进一步宽展化
- 30 (二) 单位犯罪立法内容进一步细密化
- 31 二、单位犯罪类罪立法的特点
- 31 三、单位犯罪主观方面的立法特点
- 32 四、单位不作为犯罪的立法突破
- 33 五、纯正单位犯罪的立法分布
- 34 六、单位犯罪的刑罚特点
- 34 (一) 刑罚的模糊性
- 34 (二) 刑罚的差别性
- 34 (三) 刑罚的例外性
- 35 第二章 单位犯罪的犯罪理论
- 35 第一节 国家机关的犯罪主体资格
- 35 一、问题的提出
- 36 二、问题的解答
- 38 第二节 单位共同犯罪
- 38 一、单位共同犯罪的概念与分类
- 38 (一) 单位共同犯罪的概念
- 39 (二) 单位共同犯罪的分类
- 40 二、单位共同犯罪的共犯区分
- 40 (一) 单位共同犯罪的主犯与从犯
- 40 (二) 单位共同犯罪的胁从犯和教唆犯
- 42 第三章 单位犯罪的刑罚论

42	第一节 单位犯罪双罚制的根据
42	一、单位犯罪双罚制根据的理论介评
42	（一）双罚制根据诸说内容
44	（二）双罚制根据诸说评价
47	二、单位犯罪双罚制根据的新解答
47	（一）单位犯罪双罚制根据的“系统矛盾论”
49	（二）与“两个主体说”的最后商榷
51	第二节 单位犯罪的直接责任人员的界限与处罚
51	一、直接责任人员的把握应克服团体主义观念
52	二、单位故意犯罪的直接责任人员
53	三、单位过失犯罪的直接责任人员
53	四、直接责任人员的处罚
56	第三节 单位参与共同犯罪的处罚
56	一、单位共同犯罪的处罚
56	（一）对犯罪单位的处罚
57	（二）对直接责任人员的处罚
57	二、对混合共同犯罪的处罚
58	第四节 单位犯罪的刑种制度
59	一、单位犯罪的罚金刑
59	（一）罚金刑的优点
60	（二）罚金刑的不足
61	（三）罚金刑的完善
63	二、单位犯罪的新刑种
63	（一）单位犯罪的名誉刑
66	（二）单位犯罪的没收财产刑
66	（三）单位犯罪的行为刑
67	第五节 单位犯罪的累犯制度
67	一、确立单位累犯制度的理由
67	（一）刑法理论上的必然性

- 68 (二) 预防单位犯罪的必要性
- 68 二、单位累犯的构成条件
- 68 (一) 单位累犯的罪过条件
- 70 (二) 单位累犯的刑罚条件
- 70 (三) 单位累犯的时间条件
- 71 三、单位累犯的从重处罚
- 71 (一) 对单位自身的从重处罚
- 72 (二) 对直接责任人员的从重处罚
- 73 第六节 单位犯罪的自首制度
- 74 一、确立单位犯罪自首制度之可能性与必要性
- 74 (一) 确立单位犯罪自首制度之可能性
- 75 (二) 确立单位犯罪自首制度之必要性
- 75 二、单位犯罪自首的认定
- 75 (一) 单位犯罪自首的条件
- 77 (二) 单位犯罪自首行为的实施者
- 78 (三) 单位自首交代罪行的范围
- 80 (四) 正在服刑的单位的自首问题
- 81 (五) 单位犯罪中视为自首的情况
- 81 (六) 单位自首的两个特殊问题
- 82 三、单位犯罪自首的处罚
- 82 (一) 对犯罪单位自身的处罚
- 84 (二) 对直接责任人员的处罚
- 84 第七节 单位犯罪的立功制度
- 85 一、确立单位犯罪立功制度的可能性与必要性
- 85 (一) 确立单位犯罪立功制度的可能性
- 85 (二) 确立单位犯罪立功制度的必要性
- 86 二、单位犯罪立功制度的内容
- 86 (一) 单位犯罪立功的条件
- 88 (二) 单位犯罪立功的分类