



北京师范大学刑事法律科学研究院
京师刑事法文库 (38)

刑法撷言

Essays on Criminal
Law Theory

许成磊 / 著

- 刍议刑事不法与行政不法的界限
- 论罪刑法定主义视阈中的不纯正不作为犯
- 不作为共犯问题研究
- 现代死刑适用制度比较研究
- 非公有制经济刑法平等保护问题研究
- 交通肇事逃逸问题研究
- 生产、销售伪劣商品罪司法认定若干疑难问题探讨
- 赌博罪的认定与完善问题



中国人民公安大学出版社



北京师范大学刑事法律科学研究院

◎京师刑事法文库 (38)

刑法摭言

Personal Essays on Criminal Law Theory

许成磊 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法箴言/许成磊著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 8

(京师刑事法文库; 38)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 218 - 0

I. 刑… II. 许… III. 刑法 - 文集 IV. D914. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 120185 号

京师刑事法文库 (38)

刑 法 箴 言

XINGFA ZHIYAN

许成磊 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2008 年 8 月第 1 版

印 次: 2008 年 8 月第 1 次

印 张: 37.5

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 700 千字

ISBN 978 - 7 - 81139 - 218 - 0/D · 188

定 价: 85.00 元

网 址: www.phcpsu.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cpsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (门市): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672 83905641

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

京师刑事法文库

总 序

现代化的国家是法治国家。现代文明进步的社会是法治社会。我国依法治国、建设社会主义法治国家之基本治国方略的确立及其贯彻，对社会的发展进步至关重要。而现代刑事法治则在现代化法治国家中扮演着非常重要的角色。改革开放后的二十多年来，我国的刑事法治已经取得了长足的进步。但是，在新世纪建设社会主义法治国家的进程中，无论是刑事法学理论还是刑事法治实践，都仍需要进一步发展与完善，以更为充分地发挥其应有的作用。

北京师范大学刑事法律科学研究院于2005年8月建立，系专门从事刑事法学研究的、中国刑事法学领域首家且目前唯一的、独立的实体性综合性学术研究机构。研究院以一批中青年专家学者为中坚，并聘请了包括老一辈著名刑法学家、中央政法机关专家型领导以及重要国际组织领导人在内的国内外知名刑事法专家、学者担任特聘顾问教授、专家委员会委员、兼职教授（研究员）。研究院的设立，旨在建设全国领先并与国际知名刑事法学机构看齐的新型刑事法学术机构，本着刑事法学一体化的精神，逐步全面发展中外刑法学、国际刑法学、区际刑法学、刑事政策学、犯罪学、刑事执行法学、中外刑事诉讼法学、刑事证据学、刑事司法制度等刑事法的诸多学术领域，培养高级刑事法学专门人才，为中国法学研究和高层次人才培养进行新的探索，力争为中国依法治国、建设社会主义法治国家的伟大事业在刑事法学领域作出更大的贡献。

为达此目标，研究院成立伊始即创办“京师刑事法文库”。研究院的主要成员在中国人民大学刑事法律科学研究中心工作时，亦曾设立“刑事法律科学文库”与“国际刑法研究所文库”，并已颇具规模。为获得更为广阔的学术发展空间与学术交流平台，数位专家学者首批加入北京师范大学创立了全国首家实体性的刑事法律科学研究院。学术事业是薪火相传、继承发展的事业，为使刑事法学术事业得到进一步传承和发扬，北京师范大学刑事法律科学研究院遂在我们设立的原“刑事法律科学文库”与“国际刑法研究所文库”的基础上，重新创办两个系列著作项目，并定名为“京师刑事法文库”和“京师国际刑事法文库”。两个文库是分工不同、相辅相成的姊妹项目，前者以国内刑

事法著作为范围，后者以国际刑事法著作为范围。两个文库以百年名校北京师范大学深厚的学术积淀、悠久的历史传统和浓郁的文化氛围为依托，凭借北京师范大学坚实宽广的人文社会科学和自然科学的综合实力，并广泛争取和吸纳中外刑事法学界的支持与帮助。“京师刑事法文库”的出版领域主要包括国内刑事法律与刑事法学方面（包括刑法、犯罪学、刑事执行法学、刑事诉讼法学、刑事侦查、刑事物证技术等领域）的有新意、有深度、有分量的著作与译作，也会涉及我国港澳台地区刑法暨中国区际刑事法等领域的科研成果，可以是专题研究、综合研究，也可以是论集、有价值的文献资料等形式。作者以研究院专职、兼职研究人员为主，并向其他专家、学者开放。

我们希望通过文库形式能逐步积累学术成果，繁荣、深化和开拓刑事法领域的学术研究，促进国内外刑事法学界的交流合作，不断提高我国刑事法理论与实践水平，进而有力地促进国家现代法治之昌盛和社会的文明进步。

北京师范大学刑事法律科学研究院

院长 赵秉志教授

谨识于乙酉年初秋

College for Criminal Law Science of Beijing Normal University Criminal Law Library of BNU

Preface

A modern country and a modern civilization should be governed by law. The establishment and actualization of the principal guideline of rule by law is crucial for our society to make progress in the efforts of constructing socialism under rule of law. Modern criminal law, playing a very important part in the development of modern society under rule of law, has achieved great progress in the past two decades since 1978 when the reform and opening – up policy was carried out. Whereas, further development and reform for both theory and judicial practice of criminal law are required in the process of building socialist legal democracy, so as to bring it into full play.

The College for Criminal Jurisprudence Studies of Beijing Normal University, founded in August of 2005, is the first and, at present, the only academic research organ in China specializing in criminal jurisprudence that is independent and comprehensive entity. The College is staffed with a group of famous young and middle – aged criminologists as academic nucleus and a group of criminologists and scholars known home and abroad as specially invited consultative professors, member of experts committee, guest research fellows (professors), including those senior professors, leaders with judicial expertise from the central procuratorial, judicial and public security departments and leaders of some important international academic organizations. The college, aiming at turning into a new national leading academic body which can keep pace with international prestigious organs of criminal jurisprudence, is gradually extending its research fields covering Chinese and foreign criminal jurisprudence, international criminal law, trans – regional criminal law, criminal policy science, criminology, criminal executive law, Chinese and foreign criminal procedure law, criminal evidence law, criminal judicatory and so on following the spirit of integrated criminal science. Meanwhile, the College trains high – level criminal juris-

prudence professionals and makes new exploration into research of jurisprudence and cultivation of high - level professional in China. We are trying our best to make a greater contribution in the field of criminal law science to the great cause of building our socialism under rule of law.

Cherishing this hope, the College initiated the Criminal Law Library of BNU as soon as it is founded, with the working experience of Criminal Jurisprudence Library of RUC and International Criminal Jurisprudence Library of RUC which had been established in the Criminal Jurisprudence Research Center of RUC and in a rather large scale before the main staff's transfer to the College. In order to obtain a broader space for academic research, we six scholars transferred from RUC to BNU and founded this first and the only one independent academic entity in our country—College for Criminal Law Science of BNU. Learning is a continuous business, so the College re - establishes two book - series programs named "Criminal Law Library of BNU" and "International Criminal Law Library of BNU" based upon the former two libraries so as to further develop our academic cause. The two sisterly programs undertake different missions and supplement each other. The domain of the former focuses on domestic criminal jurisprudence literatures and the latter on international criminal jurisprudence literatures. Depending upon the profound academic deposit, centuries - old historical traditions and full - bodied cultural atmosphere of the prestigious Beijing Normal University and with BNU's comprehensive and powerful integrative strength in both fields of humanity social science and nature science, the two libraries will attract and accept the contributions from the field of criminal jurisprudence home and abroad. The publications of Criminal Law Library of BNU cover the creative and profound works and translations on domestic and foreign criminal jurisprudence (criminal law, criminology, criminal execution law, criminal procedure law, criminal investigation and criminal evidence etc.) and those academic and research fruits in the field of extroversive criminal law (including international criminal law, comparative criminal law, foreign criminal law and criminal laws of Hong Kong, Macao and Taiwan) . The publications may be of either special topics or general topics or translations of foreign literatures and codifications. The authorship is mainly entitled to full - time and guest research fellows besides other experts and scholars engaged in criminal jurisprudence.

Through these programs of libraries, we seek to help to accumulate academic fruits, to exploit and deepen and thrive the academic researches on criminal jurisprudence, to facilitate exchanges and co - operations between domestic and foreign col-

leagues engaged in criminal jurisprudence and to gradually improve our theoretical and practical expertise of criminal law so as to accelerate the prosperity of our country under rule of law and the progress of social civilization.

Prof. Zhao Bing – zhi
Dean of College for Criminal Law Science
Beijing Normal University
Autumn of 2005

序

赵秉志^①

丁亥岁末，成磊博士的论文集《刑法摭言》将付梓出版，邀我为书作序，作为他攻读硕士学位和博士学位期间的导师，我感到由衷的高兴，因而欣然应允。

“十年磨一剑”。成磊同志自1997年随我研习刑法至今，恰好十年。十年间，成磊博士以其勤谨聪慧和对刑法的良好悟性，钻研刑法理论，关注法学热点，其对刑法理论的研究心得亦陆续成文，相继独立或合作发表在国内外学术报刊、杂志上，取得了较为丰硕的科研成果，在学术界和司法实务界产生了较好的影响。今其将部分论文结集成书，又为我国日益繁荣进步的刑法理论研究注入了新的血液，增添了新的力量。

所谓“文如其人”，用在成磊博士身上颇为恰当。成磊性情敦厚，做事踏实认真，为人朴素真诚。这种性格映射到学术上，则呈现为一种稳健执著的研究风格，既不盲目偏执，亦不随声附和。他不求形式上的唯美，而是执著于在严谨的理论依据和缜密的逻辑结构中构建平实而深邃的理论世界，在对现实刑事法治问题的理论探讨中体现出一个学子对社会的责任和良知。例如，在对于不纯正不作为犯罪理论的研究过程中，尽管国内研究相对滞后并且参考资料较为缺乏，遇到了很大阻力，而成磊博士不惧困难，通过各种渠道收集翻译资料，循序渐进地推进对该课题的研究，在一定程度上填补了国内学术界在该问题研究上的空白。尤为值得称赞的是，成磊博士在毕业从事实务工作以后，仍然关注当前刑事法治的热点问题，结合工作实践，提出了自己的看法，其中，不乏为立法、司法机关所采纳之观点，如《关于当前流浪乞讨有关问题的刑法思考》、《赌博罪的认定与完善问题》等文，均产生了良好的社会效果。纵有观点与有权解释相左，但其不断求索、探究热点问题及其科学合理依据的努力令人钦敬。

而这种研究风格也正是我所一贯主张的。早在1996年，在我所著的《刑法研究系列》文集序言中，我就明确提出，“刑法学研究之第一要义，是要坚

^① 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长，国际刑法学协会中国分会常务副主席。

持理论联系实际、研究和解决实践问题的研究道路与学风，应当力戒脱离国家法治发展现实、脱离刑法立法与司法实务的经院哲学式的研究道路与方法。这样，刑法学研究才能切实担当起引导和促进国家刑事法治建设与社会进步的使命。”^① 而今，我依然认为，作为一名刑法学者的真正使命，应当是从专业和良知出发，对当前国家和社会政治、经济、文化、生活领域中发生的一些法律现象和存在的问题提出切实的理论对策，而不是陶醉于自我欣赏、自我演绎，只愿做“阳春白雪”，不屑于做“下里巴人”。正如日本著名刑法学者大塚仁教授所言：“在解决刑法上的问题时，要仔细观察社会实际，提出符合社会实际的解决办法，也就是说，刑法理论必须是能够给社会带来妥当结果的现实的刑法理论。”^② 我深以为是。

成磊博士把这本论文集交给我审阅时说，考虑到自己在将来的工作中很难有大量和专门的时间关注刑法学、从事刑法研究，但难舍对刑法学的热爱与钟情，今将其论文整理出版的初衷一为多年求学研究经历的总结，但更多的是出于一种纪念和感怀。我理解他的心情，但以曾为师者的身份，我更希望这本文集的出版是他继续从事刑法研究的一个新的起点和开端，希望他在工作岗位上能够结合工作实践，继续为我国刑事法治事业的发展尽自己的一份力量。

是为序。

2008 年 1 月

① 赵秉志著：《刑法研究系列》序言，中国法制出版社 1996 年版，第 2 页。

② 参见〔日〕大塚仁著：《刑法概说》（总论），日本有斐阁 1992 年改订增补版，第 3 页。



作者简介

许成磊，1975年生，山东省郯城县人。1993年9月至2003年7月，先后就读于山东师范大学中文系（现为文学院）、中国人民大学法学院，分别获文学学士、法学硕士、法学博士学位。现为公安部治安管理局执法工作指导处副处长。

先后在《刑法论丛》、《法学家》、《法律科学》、《政治与法律》、《法学》、《法商研究》、《人民日报》、《法制日报》等杂志、报刊发表专业学术论文、文章60余篇，其中有10余篇被《中国人民大学复印报刊资料》全文转载。曾参与承担省部级以上科研项目近10项，并获得省部级科研成果奖励。独著、合著、主编、参编专业著作、教材30余部。代表性论著有：《不纯正不作为犯理论》（人民出版社，独著）、《金融犯罪的惩治与防范》（西苑出版社，独著）等。

内 容 简 介

全书共分上、下两篇：上篇“刑法理论问题研究”部分收录了21篇文章，内容涉及不作为犯、单位犯罪、共犯、死刑、缓刑、假释等刑法基本理论问题；下篇“刑法实务问题研究”部分收录了21篇文章，对非公有制经济的刑法保护，交通肇事罪，生产、销售伪劣商品罪，侵犯商标权犯罪，金融诈骗罪，赌博罪，文物犯罪，贿赂犯罪等司法认定问题作了深入的探讨。

目 录

上篇 刑法理论问题研究

刍议刑事不法与行政不法的界限	
——以治安管理处罚法为视角	(3)
论刑法中作为与不作为的区分	(26)
不纯正不作为犯概念辨析	(35)
论罪刑法定主义视阈中的不纯正不作为犯	(50)
论先行行为可以为犯罪行为	(75)
论刑法中基于自愿承担引起的作为义务	(83)
刑法中作为义务来源从形式走向实质的	
法哲学背景分析	(86)
不作为犯罪中实质的作为义务理论述评	(94)
论不纯正不作为犯因果关系的判断规则	(120)
论不纯正不作为犯与作为犯的等价性	(132)
刑法中“国家工作人员”概念的界定	(146)
刑法中“非法占有”之诸问题探讨	(158)
单位共同犯罪若干问题探讨	(170)
简论共同犯罪与消极身份	(184)
不作为共犯问题研究	(188)
简论经济犯罪的死刑立法及其废止问题	(208)
现代死刑适用制度比较研究	(214)
死刑缓期执行制度若干问题分析	(237)
我国缓刑制度的再完善探讨	(248)
内地与澳门地区假释制度比较研究	(255)
行刑社会化的基础理论问题探讨	(264)

下篇 刑法实务问题研究

非公有制经济刑法平等保护问题研究	(277)
交通肇事逃逸问题研究	(294)
生产、销售伪劣商品罪司法认定若干疑难问题探讨	(316)
侵犯注册商标权犯罪问题研究	(361)
我国版权刑事保护的现状及对策	(384)
放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的司法疑难问题研讨	(392)
“非典”期间哄抬物价罪行的定性问题 ——兼论非法经营罪的刑法价值取向	(407)
金融诈骗罪认定中的几个共性问题	(411)
盗窃信用卡并使用行为的定性分析与司法适用	(421)
恶意透支型信用卡诈骗犯罪问题研究	(434)
保险诈骗罪认定中的几个问题	(454)
论教唆他人自害行为的定性	(468)
强制猥亵、侮辱妇女罪若干争议问题研究	(478)
诬告陷害罪论析	(486)
刑讯逼供罪若干问题研究	(503)
关于当前流浪乞讨有关问题的刑法思考	(513)
论黑社会性质组织的成立条件	(517)
赌博罪的认定与完善问题	(528)
我国刑法中文物犯罪若干问题探讨	(539)
关于加强我国历史文化名城刑法保护的建議	(554)
贿赂罪共同犯罪问题研究	(558)
附录：作者发表论文、文章概览	(583)
后记	(587)

上篇 刑法理论问题研究

刍议刑事不法与行政不法的界限

——以治安管理处罚法为视角

目 次

一、刑事不法与行政不法区分的基本理论

（一）质的区别说

（二）量的区别说

（三）质量的差异理论

（四）危险程度理论

（五）形式标准说

二、从治安管理处罚法看罪与非罪的区分

（一）关于治安管理处罚法第2条的理解及适用问题

（二）刑法规定了相应罪名，治安管理处罚法没有规定相应违反治安管理行为名称的如何处理

（三）罪与非罪区分的具体问题

三、治安管理处罚法适用中与刑事法相关的几个特殊问题

（一）正当防卫是否适用于治安管理处罚法

（二）违反治安管理行为是否存在未完成形态

（三）行政罚与刑事罚的竞合问题

（四）治安调解与刑事和解

（五）关于治安案件与刑事案件交叉情形的处理

关于刑事不法与行政不法的区别问题，也就是刑事不法行为（即犯罪行为）与行政不法行为（即秩序违反行为）如何区分的问题，早在一个多世纪前，德国学者克斯特林就曾感叹：“这是一个令法学者陷入绝望的问题。”^①迄今有不少学者提出各种不同的论说。本文将结合我国的立法、司法实际，在剖析各种学说利弊的基础上，提出适合我国国情的区分刑事不法与行政不法界限

① [日] 中川佑夫：《行政刑法序说》，载 [日] 佐伯千仞博士还历祝贺论文集《犯罪与刑罚》（上），1968年版，第169页。