

高铭暄 著

刑法 问题 研究

法律出版社

刑法问题研究

高铭暄 著

法律出版社

(京)新登字 080 号

刑法问题研究

高铭暄 著

法律出版社出版发行

(北京宣武区广内登莱胡同 17 号)

新华书店经销

宏伟胶印厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 13.875 印张 368000 字

1994 年 6 月第一版 1994 年 6 月第一次印刷

印数 00,001—3,000

ISBN7-5036-1493-5/D · 1197

定价 15.50 元

自序

刑法是国家的基本法律之一。刑法学是一门既古老又充满生机的现代法律科学。我从1947年考入大学法律系以后，即对刑法学发生浓厚的兴趣。1951年大学毕业，根据自己的志愿，又被保送到中国人民大学法律系刑法研究生班专门攻读了两年刑法学。研究生班毕业以后，即留校任教，从此就使刑法学与自己毕生从事的教师工作结下了不解之缘。这中间尤其使人难忘的是从1954年10月至1979年7月这段时间内，我还有幸虽不连贯但算是全过程地参加了《中华人民共和国刑法》的起草工作，这对自己刑法专业知识才能的长进，无疑是一股强劲的推动力量。但是，从教学与科研这两方面的成果来说，我的教学工作起步较早，教的课程和班次也较多；而科研成果从50年代至70年代，虽然手边有若干积累，但公开发表的为数不多。科研工作真正出成果，还只是在《刑法》颁行之后最近这十多年中的事。

十几年来，就我国刑法的理论和实践问题，我撰写了一点专著，主编了一批教材和工具书，发表了百余篇论文、文章和讲稿等。其中有不少是集体编著的，有的是我与他人合作完成的，凡此都凝聚着集体的智慧和其他同志的心血。这些成果产生了一定的社会效应，受到了有关部门和刑法学界同仁们的欢迎和鼓励。虽然如此，但自己感到个人水平不高，贡献很有限，需要改进的还很多。况且，有的学术观点也只是一家之言，是否具有真理性尚有待于实践的严格检验。在此我诚挚地欢迎广大读者和同仁们不吝赐正。

这次，继续本着“双百”方针的精神，我将最近十几年来陆续发表或仅在内部印发的论文、文章、讲稿加以认真的清理，选择其

中 35 篇自认为较有代表性的论著，结集出版，题名曰《刑法问题研究》，以求教于更大范围的读者。对这批论文、文章和讲稿，由于尊重发表当时的历史背景，基本上维持原状；但鉴于刑法学是一门实践性很强的应用学科，文稿的内容应当与现行的刑事立法和司法实际相一致或衔接，因此，随着现实情况的发展，对文稿的某些段落、提法，有必要作一些技术性处理，有的增删，有的加注，有的修正，有的增列小标题，并对原稿印刷中的讹漏也一一作了校正。其中有少数文稿，因为还没有正式发表，只在内部印发，这次改动面略大一些，时间下限截至当前，也就可算做是新作吧。此外，还有附录二篇，是应编辑要求列入的，谨供参阅。

辑文成书，对作者无疑是一种幸运，但也使作者增添了一份责任。值本书即将付梓之际，我对所有关心我、爱护我、帮助我的同志们和朋友们表示由衷的感谢！法律出版社曾出版过我的第一本专著《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》和我主编的第一部教材《刑法学》，这次又慷慨地俯允我结集出版论文稿，我感到既幸福又惶恐。责任编辑蒋浩同志更是为本书付出了艰辛的劳动。今后我只更加努力地工作，方能回报他们的盛情，也才不辜负广大读者的期望。谨以此自勉。

高 铭 暄

1994 年 3 月于北京

目 录

第一编 刑法学建设

第一题 毛泽东同志关于刑法问题若干论述的指导意义	(1)
一、立足于本国实际制定刑法	(1)
二、明确规定刑法的任务	(3)
三、严格区分两类不同性质的矛盾	(6)
四、实行惩办与宽大相结合的政策	(8)
第二题 略论刑法学研究的对象和方法	(13)
一、刑法学研究的对象	(13)
二、刑法学研究的方法	(17)
第三题 十年来的刑法学研究	(23)
一、十年来刑法学研究的特点	(23)
二、研究中涉及刑法总论的几个问题	(25)
三、对今后刑法学研究的建言	(33)
第四题 社会主义商品经济与刑法观念的转变	(37)
一、转变有关经济犯罪的观念	(37)
二、树立社会主义民主的刑法观	(41)
三、坚持罪刑等价性和刑罚有效性的统一	(43)
四、注意国内刑法与国际刑法的衔接	(45)
第五题 挑战与机遇：面对市场经济的刑法学研究	(48)
一、刑法根基的本质思考	(48)
二、刑法观念的根本转变	(51)
三、刑事控制的模式选择	(54)
四、刑事政策的适当调整	(56)
五、刑法机制的科学改革	(61)
第六题 谈谈如何编好刑法学教材的几点体会	(65)

一、处理好刑法学体系与刑法典体系的关系	(65)
二、处理好刑法理论与司法实践的关系	(66)
三、处理好全面论述与重点突出的关系	(67)
四、处理好编写教材与便利教师使用教材的关系	(68)

第二编 刑事立法

第七题 刑事立法工作的宝贵经验——学习《彭真文选》摘记	(70)
第八题 刑法特别法的立法原则初探	(75)
一、刑法特别法的概念范围	(75)
二、刑法特别法的几个立法原则	(77)
三、刑法特别法的立法技术问题	(85)
第九题 略谈单行刑事法律对刑法典的补充修改和发展	(88)
一、单行刑事法律对刑法总则的补充修改和发展	(89)
二、单行刑事法律对刑法分则的补充修改和发展	(97)
第十题 简析非刑事法律中的附属刑法规范	(110)
一、包含附属刑法规范的非刑事法律概况	(110)
二、非刑事法律中附属刑法规范对刑法典的补充和发展	(111)
三、非刑事法律中设置附属刑法规范的意义	(120)
第十一题 略谈刑法修改的指导思想	(122)
第十二题 略论我国刑事立法的完善	(125)
一、关于完善刑法的必要性和可行性	(125)
二、关于完善刑法的指导思想	(127)
三、关于具体完善刑法的若干设想	(129)
第十三题 从刑法的创制和发展看中国法律家的作用	(137)

第三编 罪刑总论

第十四题 犯罪和犯罪构成	(141)
一、犯罪概念与犯罪构成的关系	(141)

二、犯罪构成的概念和分类	(143)
三、犯罪构成与定罪	(149)
第十五题 略论犯罪与民事纠纷的界限	(163)
一、犯罪与民事纠纷的一般界限	(163)
二、划清利用合同进行诈骗犯罪与经济合同纠纷的界限	(164)
三、划清犯罪与侵权行为的界限	(166)
第十六题 关于共同犯罪的若干问题	(169)
一、共同犯罪的概念和构成	(169)
二、共同犯罪的形式	(179)
三、各种共同犯罪人的认定	(187)
第十七题 论共同犯罪人的分类及其刑事责任	(195)
一、两种分类方法的结合	(195)
二、对各种共同犯罪人及其刑事责任的分析	(198)
第十八题 谈谈我国刑法中的一罪与数罪	(205)
一、区分一罪与数罪的标准	(205)
二、一行为在刑法上规定为一罪或者处理时作为一罪的情况	(207)
三、数行为而在刑法上规定为一罪的情况	(210)
四、数行为而在处理时作为一罪的情况	(212)
五、余论	(221)
第十九题 论牵连犯的几个问题	(225)
一、什么是牵连犯?	(225)
二、牵连犯有哪些特征?	(227)
三、对牵连犯如何定罪量刑?	(231)
四、牵连犯问题的前景如何?	(236)
第二十题 论刑事责任	(240)
一、我国现行法律对刑事责任的规定概况	(240)
二、刑事责任的概念	(242)
三、刑事责任与刑罚的联系和区别	(244)
四、刑事责任的开始和终结	(246)
五、刑事责任的法律事实根据	(247)
六、刑事责任的哲学理论根据	(250)

第二十一题 论量刑的一般原则	(254)
一、量刑必须以犯罪事实为根据的实事求是原则	(254)
二、量刑必须以刑法为准绳的法制原则	(257)
第二十二题 论依法从重从快方针的法律意义	(264)
一、依法从重从快方针提出的根据	(265)
二、依法从重从快方针与刑法规定的量刑原则的一致性	(266)
三、依法从重从快方针与刑罚目的的实现	(269)
第二十三题 怎样理解和运用刑法规定的情节问题	(271)
一、情节的概念和分类	(271)
二、关于情节的具体适用问题	(279)
第二十四题 刑法为什么要规定时效?	(286)
第二十五题 关于参加国际死刑问题学术讨论会的情况报告	(289)
一、参加国际死刑问题学术讨论会的概况	(289)
二、从会议发言资料看到的有关国外死刑的几个问题	(292)

第四编 罪刑各论

第二十六题 谈谈反革命罪中的言论和行为问题	(303)
第二十七题 略谈反革命目的的认定	(306)
第二十八题 组织越狱罪与脱逃罪	(310)
第二十九题 简析偷税、抗税犯罪	(314)
一、偷税罪	(316)
二、妨害追缴欠税款罪	(318)
三、骗取国家出口退税款罪	(319)
四、抗税罪	(321)
第三十题 简析假冒注册商标犯罪	(325)
一、假冒他人注册商标罪	(328)
二、销售假冒注册商标的商品罪	(329)
三、非法制造、销售注册商标标识罪	(331)
第三十一题 略论抢劫罪	(333)

第三十二题 职务犯罪的刑法对策	(338)
一、职务犯罪的基本特点	(338)
二、惩治职务犯罪的原则	(339)
三、完善职务犯罪的立法规定	(344)
四、强化对职务犯罪的司法措施	(346)
第三十三题 论科技人员业余兼职活动中罪与非罪的界限	(349)
一、评价科技人员业余兼职活动的总标准	(349)
二、如何理解“三有利”的总标准、犯罪本质特征、犯罪构成三者间的关系	(351)
三、科技人员业余兼职活动中罪与非罪的若干具体界限	(353)
第三十四题 关于贿赂罪的比较研究	(359)
一、关于罪名问题	(359)
二、关于犯罪构成	(363)
三、关于处罚问题	(367)
第三十五题 军人违反职责罪的认定	(372)
附录一 高铭暄著作目录	(377)
附录二 高铭暄刑法学术思想述要	(394)

第一编 刑法学建设

第一题 毛泽东同志关于刑法问题 若干论述的指导意义

伟大的马克思主义者、无产阶级革命家、战略家、理论家毛泽东同志在长期的革命实践中,对马克思主义作了创造性的发展。他的理论贡献是多方面的,涉及哲学、政治、经济、军事、法律、教育、文学艺术等各个领域。这里仅就他有关刑法问题的若干论述的指导意义,谈谈我的几点认识体会。

一、立足于本国实际制定刑法

毛泽东同志指出:“马克思主义叫我们看问题不要从抽象的定义出发,而要从客观存在的事实出发,从分析这些事实中找出方针、政策、办法来。”^①“按照实际情况决定工作方针,这是一切共产党员所必须牢牢记住的最基本的工作方法。”^②制定方针、政策是这样,制定法律也必须这样。毛泽东同志在《关于中华人民共和国宪法草案》的讲话中指出:“搞宪法是搞科学”,“现在能实行的我们就写,不能实行的就不写。”一句话,坚持一切从实际出发的实事求是原则。这是我国刑事立法工作的根本指导原则。

制定刑法必须要系统地进行调查研究,总结我国自己同犯罪作斗争的经验,一切立足于本国的实际。我国刑法的起草工作是在彭真

① 《毛泽东选集》第三卷,人民出版社1991年第2版,第853页。

② 《毛泽东选集》第二卷,人民出版社1991年第2版,第1308页。

同志主持下进行的。彭真同志从马列主义、毛泽东思想的立场、观点出发指出：一定要十分注意中国的实际，总结我们自己的经验。古今中外对我们有用的经验可以吸取，但必须以是否符合我国实际情况为根据；要摆脱一切束缚，不管是苏联的，还是资产阶级的，都要摆脱，我们的法律也应当有创造性；刑法的立法原则是什么？是最大多数人的最大利益，社会主义的利益。符合这个标准的就规定，不符合的，不管是哪里的法理和立法例都不能要。这些指示对于刑法起草工作无疑有着重大的意义。我们的立法工作机关在整个刑法起草过程中进行了大量的调查研究工作：第一，收集了近万件刑事案件和实际资料，进行了系统的分析研究；同时，还配合最高人民法院对刑事案件的罪名、刑种和量刑幅度进行了总结。第二，对建国以来中央国家机关和前各大行政区以及部分省、自治区、直辖市的有关刑事问题的规定，进行了系统的整理，并收集了建国前各解放区的以及旧中国的、外国的有关资料，作为研究问题的参考。第三，先后到十几个省、自治区、直辖市进行了调查，召开各种座谈会、调查会，对许多重要问题进行了认真研究。第四，刑法草案拟出后，反复征求中央各部门，各省、自治区、直辖市，政法院校和法律专家的意见，并提交全国政法会议和司法会议进行讨论。各方面提出的意见，先后共编印了十几册，一百多万字，根据这些意见对刑法草案进行了反复修订。通过大量的调查研究工作，使我们越来越明确地认识到，制定刑法一定要立足于本国的实际。这个“实际”指的是什么？根据我们的体会，有以下几点：

第一，我国的社会主义革命取得基本胜利以后，剥削阶级作为阶级已经消灭，但是阶级斗争还在一定范围内长期存在，犯罪现象也将长期存在，而且很可能是时起时伏的，有时猖獗一些，有时隐蔽一些。

第二，我们过去在长期革命斗争中，主要靠政策办事，这在当时是完全正确的。建国以后，需要将党和国家的政策逐步制定为法律。特别是当前社会主义建设新时期，我们不仅要依靠政策，更主要的是依靠宪法和法律来治理国家，因此我们要强调社会主义法制建设。但是，社会主义法制建设需要有一个过程，有一个从法制不完备到逐渐

完备的过程。制定任何一项法律,都需要有总结经验的时间,立法工作也有一个统筹安排的问题,因此,我们不能企求在一个早晨就把法制统完备起来。

第三,我国幅员辽阔,人口众多,各地政治、经济、文化的发展很不平衡,风俗习惯也有很大差异。同时,我国有五十五个少数民族,约六千七百万人口,他们那里的情况,一般说同汉族地区差别较大。

第四,我国人民在长期同犯罪作斗争中积累了丰富的经验,比如,严肃与谨慎相结合,惩办与宽大相结合,原则性与灵活性相结合,缩小打击面、扩大教育面,专门工作与群众路线相结合等等,都是我们的宝贵经验。这些经验在刑法当中当然是要加以反映和体现的。但是,由于形势发展很快,对一些新情况新问题我们还缺乏经验。因此,我国的刑法还不可能十分完备和具体。它只能是将有成熟经验的东西规定下来,经验不成熟的问题,不能忙于规定或只作原则性的规定。

当然,坚持从实际出发的原则,并不是不吸取历史上和外国的对我们有用的经验,封建主义的、资产阶级的刑法,同我们社会主义的刑法有阶级本质的不同,但它们的某些立法技术和同犯罪作斗争的某些方法,还是可以借鉴的。其他社会主义国家刑事立法经验可以借鉴的就更多一些。因此,在刑法的制订中我们也吸取了一些古今中外对我们有用的东西。比如故意、过失的规定,正当防卫、紧急避险的规定,犯罪的预备、未遂、中止的规定,共同犯罪人的分类,刑法分则主要按犯罪客体对犯罪所作的分类规定等等,我们都在一定程度上借鉴了古今中外对我们有益的经验。

总之,只有坚持从实际出发的实事求是原则,才能使制定的法律具有鲜明的中国特色。实事求是马克思列宁主义哲学的核心,是辩证唯物主义的精髓。一切工作都离不开实事求是,刑事立法工作当然也不能例外。

二、明确规定刑法的任务

毛泽东同志指出:“我们的人民民主专政的国家制度是保障人民

革命的胜利成果和反对内外敌人的复辟阴谋的有力的武器,我们必须牢牢地掌握这个武器。”^①“法律是上层建筑。我们的法律,是劳动人民自己制定的。它是维护革命秩序,保护劳动人民利益,保护社会主义经济基础,保护生产力的。”^②遵循毛泽东同志的这些指示,《中华人民共和国刑法》第2条明确规定了刑法的任务,通过对任务的阐述,指出刑法打击什么,保护什么,从而深刻地揭示了我国刑法的社会主义性质。

我国刑法把保卫人民民主专政制度不受反革命分子的颠覆和破坏,作为自己头等重要的任务。人民民主专政制度是我们国家的根本制度。没有巩固的人民民主专政制度,就没有社会主义,就没有人民的一切。保卫人民民主专政制度不仅需要以武装力量为后盾,而且也需要运用法律手段,特别是刑罚手段。我国刑法总结了多年同反革命斗争的经验,明确规定了什么是反革命罪,有哪些反革命罪,以及对各种反革命罪的具体量刑幅度,从而为我们打击反革命提供了强大的法律武器。

我国刑法作为社会主义上层建筑的一部分,积极为巩固和发展社会主义经济基础服务。我国刑法坚决保护社会主义的全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的合法财产。公共财产是社会主义的物质基础,是加速实现四化和提高人民生活水平的物质保证。因此,保护社会主义公共财产不受侵犯,是关系到坚持社会主义道路,保卫社会主义成果的重大问题。在保护公共财产的同时,对公民私人所有的合法财产包括公民的合法收入、储蓄、房屋等生活资料,以及依法归个人或家庭所有、使用的某些生产资料,也要予以保护。在刑法条文中明确规定保护私人所有的合法财产,既符合社会主义经济发展的规律,进一步贯彻宪法的原则,也是广大人民群众所迫切要求的。运用刑法武器同各种侵犯公民合法财产的行为

① 《毛泽东选集》第五卷,人民出版社1977年版,第5页。

② 同上书,第358—359页。

作斗争,对保护公民合法权益,对促进商品生产和搞活经济都具有重大的现实意义。

切实保护广大人民的人身权利、民主权利和其他权利,是由我们国家的人民民主性质所决定的。早在抗日战争时期,毛泽东同志就指出:“全国人民都要有人身自由的权利,参与政治的权利和保护财产的权利。全国人民都要有说话的机会。都要有衣穿,有饭吃,有事做,有书读,总之是要各得其所。”^①毛泽东同志的这个预言,从新中国成立以来,已逐步变成生动的现实。在我国,人民是国家的主人,公民依照宪法享有各项基本权利,包括人身权利、民主权利和其他权利。我国刑法对侵犯公民权利的行为,分别按犯罪性质、情节,给予严肃惩处。对故意杀人、强奸、故意重伤、强迫妇女卖淫、拐卖人口等罪行,规定处以重刑,直至适用死刑。对刑讯逼供、诬告陷害、破坏选举、非法拘禁、非法管制、非法搜查、非法侵入他人住宅、侮辱诽谤、伪证、报复陷害、侵犯通信自由等犯罪行为,也规定给予必要的处罚。这充分体现我国刑法是保护人民、维护社会主义民主的强大武器。

为了保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,为了集中力量搞好社会主义现代化建设,就要努力维护社会秩序、生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众生活秩序,搞好社会治安,使社会有一个安定团结的政治局面。如果社会治安搞得不好,社会秩序很乱,刑事犯罪分子很嚣张,人民的生命财产就得不到保障,社会主义现代化建设也就不能顺利进行。因此,我国刑法坚决打击各种严重破坏社会秩序的刑事犯罪分子,打击那些制造动乱,严重扰乱秩序,破坏社会安定的一切“害群之马”。

当前,通过依法从重从快打击严重刑事犯罪的斗争,我们的社会治安已有了明显的好转,发案率下降,破案率提高,群众的安全感增强了,敢于同犯罪分子作斗争的人增多了。但是,某些重大、恶性的刑事案件还时有发生,社会治安还没有根本好转。因此,对于那些严重

① 《毛泽东选集》第三卷,人民出版社1991年第2版,第808页。

危害社会治安的杀人犯、抢劫犯、强奸犯、爆炸犯、放火犯、流氓集团的首要分子以及人口贩子等，必须继续依法从重从快惩处。为了打击经济领域中的严重犯罪活动，对罪行严重的走私犯、诈骗犯、贪污犯、受贿犯、投机倒把犯以及贩毒犯等，也必须依法从严惩处。在惩罚严重犯罪分子的时候要强调稳准狠。我们就是要通过这样的斗争，充分发挥刑法的威力，推进社会主义物质文明建设和精神文明建设，更好地实现刑法的任务。

三、严格区分两类不同性质的矛盾

严格区分敌我矛盾和人民内部矛盾，是我们处理包括犯罪问题在内的一切社会问题的基本原则。毛泽东同志在一系列著作中阐述的“一定要分清敌我”，^①“敌我之间和人民内部这两类矛盾的性质不同，解决的方法也不同”，^②对敌要狠、对内要和等光辉思想，是对马列主义理论宝库的卓越贡献，同时也为刑事立法和司法工作指明了根本方向。

我国社会上的犯罪，包括敌对分子的破坏和人民内部的犯罪两大类。从当前情况看，反革命犯罪是少数，普通刑事犯罪是多数；而普通刑事犯罪中，属于敌我矛盾性质的是少数，属于人民内部矛盾性质的是多数。但是，作为人民民主专政工具的刑法，必然把专政的锋芒集中指向敌对分子的破坏，而且首先是对准反革命。毛泽东同志指出：“逮捕某些反革命分子并且将他们判罪”，是属于专政的范围。同时指出：“为了维护社会秩序和广大人民的利益，对于那些盗窃犯、诈骗犯、杀人放火犯、流氓集团和各种严重破坏社会秩序的坏分子，也必须实行专政。”^③反革命犯罪、严重危害社会治安的犯罪和严重破坏经济的犯罪，是社会主义时期阶级斗争的重要表现。对这些严重犯罪分子必须狠狠予以打击。我国刑法的打击锋芒就是指向他们的。例

① 《毛泽东选集》第五卷，人民出版社1977年版，第380页。

② 同上书，第65页。

③ 同上书，第366页。

如，在刑法分则体系上，把反革命罪列为各类犯罪的首位，同时对反革命和杀人、抢劫、强奸、爆炸、放火等严重刑事犯罪以及数额巨大的走私、诈骗、贪污等严重经济犯罪，都规定了较重的刑罚，危害特别严重、情节特别恶劣的，甚至可处以死刑。在总则中也对反革命分子和严重破坏社会秩序的犯罪分子作了某些从严的规定。这些规定都说明：我国刑法对极少数破坏社会主义的敌对分子是实行专政的。

对于人民内部的犯罪，也必须严肃对待。毛泽东同志正确地论述了如何运用法律处理人民内部的违法犯罪问题。他指出：“人民自己不能向自己专政，不能由一部分人民去压迫另一部分人民。人民中间的犯法分子也要受到法律的制裁，但是，这和压迫人民的敌人的专政是有原则区别的。”^[1] 对待人民内部的错误问题，我们历来采取说服教育的方法，处罚只是说服教育的辅助手段。列入刑罚处罚的，只能是少数情节严重、危害较大已构成犯罪的行为。根据这一精神，我国刑法对那些轻微的危害行为，例如少量偷窃，一般性的赌博，轻微的流氓行为，后果不严重的过失行为等等，没有规定为犯罪。对于构成犯罪的，由于犯罪的性质所决定，由于这类犯罪分子还不是从根本上敌视、反对和严重破坏社会主义建设，他们不是属于敌对分子，所以一般法定刑比较低（当然情节恶劣后果严重的，也规定处以较重的刑罚），而在符合一定条件下，还可以宣告缓刑（刑法第 67 条）；如果犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚（刑法第 32 条）。所有这些规定，对于缩小人民内部的处罚面和扩大教育面，从而对于增强人民内部的团结，无疑是有好处的。当然，对人民内部犯罪分子即使依照刑法予以刑罚处罚，这也是一种特殊的教育手段，这样做是为了挽救犯罪分子本人并使其其他的人受到遵纪守法的教育，从而预防和减少违法犯罪行为。

刑法不仅要区分两类不同性质的矛盾，而且根据自己的斗争任务，特别重要的是要分清罪与非罪、反革命罪与非反革命罪的界限。

[1] 《毛泽东选集》第五卷，人民出版社 1977 年版，第 366 页。