

马克昌著

刑法理论探索

法律
出版社

刑法理论探索

马克昌 著

法律出版社

(京)新登字 080 号

刑法理论探索

马克昌 著

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/中国人民解放军第一二〇二工厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/14.125 字数/373 千

版本/1995 年 5 月第 1 版 1995 年 5 月第 1 次印刷

印数/0,001—2,000

社址/北京广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所服务楼 (100073)

电话/3266796

出版声明/版权所有，侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-1645-8/D·1313

定价: 29.50 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

作者简介

马克昌 1926年8月生，河南省西华县人，1952年中国人民大学法律系刑法研究生班毕业。现任武汉大学法学院教授、博士研究生导师，兼任中国法学会常务理事、中国法学会刑法学研究会副总干事。主要著作有《刑法学》（副主编）、《中华人民共和国刑法论（上）》（副主编）、《论共同犯罪》（与人合著）、《中国刑法学》（副主编）、《犯罪通论》（主编）、《中国刑事政策学》（主编）、《刑法学全书》（第一主编）等，并发表论文七十余篇。

自序

刑法学是一门实用性很强同时也是理论性很强的学科。研究刑法必须理论联系实际，注意分析社会生活中的犯罪现象，重视总结司法机关与犯罪作斗争的经验，这是不言而喻的；但绝不应忽视对理论的深入探索，因为在刑法学领域中虽然不乏经典性著作，但许多问题都是观点分歧，莫衷一是，需要进一步研讨。本着这种认识，我在教学之余，从事刑法学的研究，对刑法学上一些有争议的问题或新问题发表自己的看法，在刑法理论上进行探索。从1957年以来，特别是从1980年以来，除了参与教材、论著和工具书的撰写外，截至1994年11月，发表刑法方面的论文达70余篇。这些论文基本上反映了我的上属看法，属于理论上探索性的为数较多。

我是不大愿意出论文集的，因为学术论文集在市场上销售一般比较困难，不如专著受读者欢迎。可是今年我已执教45个春秋，明年即将进入古稀，我所指导过或教过的博士、硕士研究生和本、专科生，出于尊师重道的意愿和对老师的深厚感情，极力主张我出一本论文集以资纪念。他们为论文集筹措出书经费，联系出版单位，殷勤之情，难以推脱，于是接受了他们的意见。在已发表的文章中选出论文34篇，另有首次发表的论文1篇，共35篇。这些论文主要是中国刑法学方面的，也有中外刑法史和比较刑法学方面的，它们大体上体现了作者本人的理论观点和学术风格。

由于论文大多是探索性的，观点并非都已成熟，加上社会情况的变动不居和同行专家的切磋琢磨，有些观点难免前后发生变化，如想像竞合犯，现在的看法与过去就有所改变。我研究想像竞合犯的当时，国内一篇论述的文章都未发表过，我是借鉴日本学者的观点

对它进行解释和分析的，现在看来确有其不足。但还尚未写出新的论文，收入文集的那篇论文，我没有加以修改，因为我感到还是保留着当时不成熟的原貌为宜，从这里可以看出学术发展的轨迹。同时由于时间跨度大，过去有些说法现在已很少出现，但论文毕竟是当时发表的，它反映了当时的历史情况，为了尊重历史，这些一般也未改动。对收入的论文只是在为了统一体例和其他必要的情况下作了适当的修正。不妥或错误之处在所难免，欢迎读者批评、赐教。

论文集能够出版，主要是我的学生们的努力，他们在论文集和法律出版社之间架起了金桥。法律出版社曾出版过我作为副主编的《刑法学》，眼下又承担本书的出版，再次给我以支持。博士研究生史卫忠同志帮我收集、复印和整理论文，付出了辛苦的劳动，使我加快了工作的进程。其他一些同志，在论文集的出版上，也给予了许多帮助。这里一并表示衷心的感谢。

马克昌

1994年冬 于珞珈山



马克昌 1926年8月生，河南省西华县人，1952年中国人民大学法律系刑法研究生班毕业。现任武汉大学法学院教授、博士研究生导师，兼任中国法学会常务理事、中国法学会刑法学研究会副总干事。主要著作有《刑法学》(副主编)、《中华人民共和国刑法论(上)》(副主编)、《论共同犯罪》(与人合著)、《中国刑法学》(副主编)、《犯罪通论》(主编)、《中国刑事政策学》(主编)、《刑法学全书》(第一主编)等，并发表论文七十余篇。



1980年11月23日下午与周亨元律师在最高人民法院特别法庭第二审判庭辩护人席上



1986年5月中国法学会名誉会长张友渔同志访问武汉时和章若龙教授与他的合影



1991年10月3日与武汉大学法学院首届刑法博士毕业生鲍遂献、周红梅、熊选国的合影



1994年9月10日晚在巴西里约热内卢国际刑法学协会第十五届大会晚上与协会主席巴西奥尼会见交谈。

目 录

第一编 中国刑法学

向市场经济转变时期刑法观念的更新·····	(3)
我国刑法的任务·····	(9)
我国刑法适用范围理论的发展·····	(19)
论犯罪的概念和特征·····	(29)
论犯罪的本质·····	(42)
犯罪构成的分类·····	(48)
论我国刑法上行为的概念·····	(54)
如何解决刑法科学中的因果关系·····	(63)
论正当防卫和防卫过当·····	(75)
故意犯罪过程中的犯罪形态概说·····	(82)
论预备犯·····	(88)
论共同犯罪的概念和要件·····	(97)
论犯罪集团与犯罪团伙·····	(108)
论教唆犯·····	(117)
共同犯罪与身分·····	(128)
想像的数罪与法规竞合·····	(139)
我国刑法中的管制·····	(150)
我国刑法中的死刑·····	(157)
论死刑的适用·····	(165)
论自首·····	(177)
我国刑法为什么没有规定“恶毒攻击”罪?·····	(192)
论奸淫幼女罪·····	(201)

论贪污罪·····	(214)
论受贿罪·····	(253)
向市场经济过渡时期经济犯罪的罪与非罪的界限 刍议·····	(287)

第二编 比较刑法学

结果加重犯比较研究·····	(301)
预备犯比较研究·····	(313)
评西方刑法理论关于共犯的学说·····	(326)
日、德刑法理论中的间接正犯·····	(342)
罚金刑比较研究·····	(354)

第三编 中外刑法史

株连考略·····	(373)
近代西方刑法思想述评·····	(388)
刑法中行为理论发展述略·····	(420)
中外共同犯罪理论的发展·····	(426)
刑事立法中共同犯罪的历史考察·····	(430)

第一编 中国刑法学

向市场经济转变时期 刑法观念的更新

江泽民总书记在党的十四大报告中指出：“建立社会主义市场经济体制，涉及到我国经济基础和上层建筑的许多领域，需要有一系列相应的体制改革和政策”。这一指示对刑法领域同样适用。过去我国实行的是产品经济——计划经济，我国的刑法基本上是在这种经济体制下制定的，刑法上的不少观念和制度，是这种经济体制直接或间接的反映。现在我国的经济体制正向社会主义市场经济体制转变，与此相适应，我国刑法的许多观念和制度也要随之转变，才能符合新的经济体制的要求。这就需要进行刑法观念的更新。这里所说的刑法的观念的更新，是就与社会主义市场经济体制有关者而言，并非所有刑法观念都要更新。笔者认为，刑法观念的更新，就其主要者而言，可有以下几点：

一、改变强调作为阶级斗争工具的刑法观，树立为发展社会主义市场经济服务的刑法观。只要有阶级斗争存在，刑法就会起着阶级斗争锐利武器的作用，即使在发展社会主义市场经济时代也不例外。不过，在当前发展社会主义市场经济的情况下，阶级斗争只在一定范围内存在，“我国社会的主要矛盾已经不是阶级斗争”，而“是人民日益增长的物质文化需要同落后的社会生产之间的矛盾”，因而“必须把发展生产力摆在首要位置，以经济建设为中心，推动社会全面进步”（以上引语均见江泽民总书记在党的十四大上的报告。）与此相适应，我国刑法主要已不再是阶级斗争的工具，而应是保护社会主义市场经济发展的有力武器。具体言之，在刑法观念上

应有以下几点更新：

(一)就刑法的功能来说，不仅要重视刑法规范人们的行为、维护社会程序的功能，而且要重视刑法保护社会主义市场经济发展和保障公民合法权益的功能。所谓刑法的功能，就是刑法所能起的作用。刑法作为一种法律规范，当然具有规范人们的行为、维护社会秩序的功能，过去强调这一功能是必要的，今后对此也不能忽视。但仅仅这样是不够的，因为刑法还有其他功能，而且社会形势发生了很大变化。据此，必须强调刑法要保护社会主义市场经济的顺利发展不受破坏，强调保障公民的合法权益不受侵犯包括不受司法机关的非法侵犯，以适应当前经济发展的要求。

(二)就刑法的任务来说，刑法既要保护国有经济、集体经济，也要保护个体经济、私营经济。过去，适应产品经济、计划经济的体制，我国刑法只注意保护集体生产，对破坏集体生产，情节严重的，作为犯罪加以打击；而不注意保护个体生产，对破坏个体生产的，刑法未加规定。当前实行的社会主义市场经济，除了国有经济、集体经济外，还不能缺少个体经济、私营经济。因此，保护个体经济、私营经济也是刑法的一项重要任务。与此相适应，刑法中破坏集体生产罪应加以修改，以便把破坏个体生产和私人生产的行为也包括进去，以利于对个体经济、私营经济的保护。

(三)就刑法打击的重点来说，刑法应当由以反革命犯罪为打击的重点，转而以严重经济犯罪和严重危害社会治安的犯罪为打击的重点。建国初期，反革命破坏活动比较严重，为了巩固新生的人民政权，刑法以反革命犯罪为打击的重点是理所当然的。经过几年有力的打击，1957年初毛泽东主席作出“还有反革命，但是不多了”的结论，但由于以后仍然长期“以阶级斗争为纲”，打击的重点并没有改变。党的十一届三中全会，拨乱反正，改变了党的“以阶级斗争为纲”的路线，提出以社会主义经济建设为中心，经过多年的改革开放，去年党的十四大提出建立社会主义市场经济体制，社会形势发生巨大变化。当前危害我国社会主义市场经济建设的犯罪，主要

不是反革命犯罪，而是严重经济犯罪和严重破坏社会治安的犯罪。因而，刑法现在应当以严重经济犯罪和严重破坏社会治安的犯罪为打击的重点，以便于保护社会主义市场经济的顺利发展。

二、改变单纯以危害统治关系为标准的犯罪观，补充树立以危害社会生产力发展为标准的犯罪观。马克思、恩格斯曾经指出：“犯罪——孤立的个人反对统治关系的斗争”，统治阶级之所以将某种行为规定为犯罪，就在于该种行为危害其统治关系。所以犯罪总是危害统治关系的行为，即使在发展社会主义市场经济的今天也不例外；但应当对这一命题予以补充、完善。由此应当树立以下观点：

(一) 是否危害社会生产力的发展，也应当成为判断某一行为是否构成犯罪的标准。马克思主义告诉我们：社会的生产方式是生产力和生产关系的有机统一，生产力是生产方式的物质内容，生产关系是生产方式的社会形式。危害一定的生产关系的行为，固然危害该种社会的生产方式；危害一定的社会生产力的行为，同样危害该种社会的生产方式。由此可见，危害统治关系（即一定的生产关系的表现）的行为，固然可以构成犯罪；危害一定的社会生产力的行为，同样可以构成犯罪，因为它们都是对一定的社会生产方式的危害。这可以说是生产力标准犯罪观的哲学根据。江泽民总书记根据邓小平同志去年视察南方谈话的精神，在党的十四大工作报告中说：“判断各方面工作的是非得失，归根到底，要以是否有利于发展社会主义社会的生产力，是否有利于增强社会主义国家的综合国力，是否有利于提高人民的生活水平为标准。”由此可以看出，是否危害社会生产力的发展，应是判断一个行为是否构成犯罪的标准。因为这是上述判断工作是非得失标准在区分罪与非罪问题上的具体化。据此可以认为，凡是有利于社会主义社会的生产力发展的，就是对社会有益的行为，就应受法律保护；凡是破坏社会主义社会的生产力发展的，就是对社会有害的行为，情节严重的，就是违法犯罪行为，就应受法律制裁。需要指出，这里所说的是社会生产力，不是单纯就某一企业或部门的经济效益而言。如果就某一企业或部门来看，虽

然行为的经济效益好，利润高，赚钱多，但却是采用的不正当手段，损害了国家的利益，那就不能说是有利于社会主义社会的生产力，自不应当受到法律保护。只有那些确实有利于发展社会生产力，增强综合国力和提高人民生活水平的行为，才应受到法律保护。

(二)是否危害社会主义市场经济的发展是当前考虑一种行为是否构成犯罪的因素。我国之所以将计划经济改为市场经济，因为当前社会主义市场经济体制，是推动我国社会生产力发展的决定力量。因此，有利于社会主义市场经济发展的，必然会有利于社会主义社会的生产力的发展；而破坏社会主义市场经济发展的，必然会破坏社会主义社会的生产力的发展。社会主义市场经济与社会主义社会的生产力的密切关系，决定了是否危害社会主义市场经济的发展，当前对考虑一种行为是否构成犯罪具有重要意义。由此可以作出如下结论：

1. 凡是有利于社会主义市场经济发展的行为，即使过去认为这种行为是犯罪，由于现在已不具有社会危害性，就不应当再作为犯罪处理。例如“从零售商店或其他渠道套购紧俏商品，就地加价倒卖的”，过去被认为是投机倒把行为，情节严重的，构成投机倒把罪。而在发展社会主义市场经济的今天，购得紧俏商品，就地加价出卖，只要货物真实，购买人愿出高价购买而成交，这有利于活跃市场经济，就不应再作为投机倒把罪论处。

2. 凡是破坏社会主义市场经济的行为，情节严重的，应当以犯罪论处；如果刑法未规定该种行为是犯罪的，可以比照刑法分则最相类似的条文定罪判刑，或者由立法机关尽快制定新的刑事法律，将这种行为规定为犯罪并规定相应的法定刑。例如，制造、销售伪劣产品，坑害消费者；利用虚假广告、欺骗顾客；采取不正当竞争手段，损害国家或他人利益……等等，这些都是破坏社会主义市场经济正常秩序的，也就是破坏社会生产力的，因而应当用法律包括刑法，予以严厉禁止。

三、改变与计划经济相适应的刑罚观，树立与市场经济相适应