



◎京师刑事法文库(54)

罪责刑专题探索

Special Topics on Crimination,
Liability and Punishment

左坚卫 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

罪责刑专题探索/左坚卫著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010. 1

(京师刑事法文库; 54)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 879 - 3

I. 罪… II. 左… III. 罪责—研究—中国 IV. D914. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 237886 号

罪责刑专题探索

Special Topics on Crimination, Liability and Punishment

左坚卫 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: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2010 年 1 月第 1 版

印 次: 2010 年 1 月第 1 次

印 张: 13. 25

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 357 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 879 - 3/D · 720

定 价: 30.00 元

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

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsui.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 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

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

北京师范大学刑事法律科学研究院 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 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 jurisprudence 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 Renmin University of China (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. Meanwhile, in order to attract active concerns with important realistic issues, publications on the related topics will be collected and affiliated to *Criminal Law Library of BNU* as new book-series with famous criminal jurisprudence specialists as their chief editor. The authorships of *Criminal Law Library of BNU* are 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 research.

定罪量刑与学派之争

(代序)

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律，刑法学是以刑法及其所规定的犯罪、刑事责任和刑罚为研究对象的部门法学。因此，判断行为的罪与非罪、认定犯罪的性质、估算行为人应当承担的刑事责任的大小和刑罚的轻重，始终是刑法学研究的核心内容。当众多著名刑法学者对事实简单的许霆案的定性问题展开激烈争论的时候，^① 我们不能不感到准确定罪的不易；当许霆案发回重申，一审法院对许霆案不改变定性，却将刑罚由原来的无期徒刑突然改为 5

① 2006 年 4 月 21 日，被告人许霆到广州市天河区黄埔大道某银行 ATM 机上取款。取出 1000 元后，他发现账户里只被扣了 1 元，狂喜之下，许霆连续取款 5.4 万元。他回到住处后，将此事告诉同伴郭安山，两人随即再次前往提款。郭安山取了 1.8 万元，许霆则共取款 171 次，共计 17.5 万元。随后两人各自携款潜逃。后来，郭安山投案自首，被判有期徒刑 1 年，并处罚金 1000 元。2007 年 5 月 22 日，许霆被抓获归案。2007 年 11 月 20 日，法院以盗窃罪判处其无期徒刑。判决公开后，社会反映强烈，普遍认为量刑过重（参见王睿：《许霆案：量刑太重》，载《上海金融报》2008 年 1 月 15 日，第 A13 版）。案件发回重申后，一审法院于 2008 年 3 月 31 日以盗窃罪判处许霆有期徒刑 5 年。刑法学界对本案的定性和刑罚裁量问题展开了热烈的讨论。在定性方面，存在盗窃说、侵占说、诈骗说、信用卡诈骗说等多种观点（参见张明楷：《许霆案的刑法学分析》，载《中外法学》2009 年第 1 期）。在量刑方面，许多人认为第一次判决量刑过重，第二次判决量刑又过轻。对于法院的两次一审判决，有学者甚至尖锐地批评道：“如果说广州中院对许霆案所作的第一次审判就抛弃了罪刑法定原则，存在恣意定罪情况的话，那么，该法院经过重新审判，除了继续在定罪问题上远离罪刑法定原则以外，还在量刑情节的认定、刑期的改判以及量刑程序的组织等方面滥用了自由裁量权。”（参见陈瑞华：《脱缰的野马——从许霆案看法院的自由裁量权》，载《中外法学》2009 年第 1 期。

年有期徒刑的时候，我们不能不对法院在量刑上的巨大反差以及过分随意感到吃惊。自古以来，罪刑擅断与反罪刑擅断就是刑法领域的主战场。定罪的失当与量刑的失衡和随意，意味着我们还徘徊在现代刑事法治的大门之外。对罪责刑问题的研究在刑法学领域永远不会过时，而且，罪责刑的判断问题会随着时代的变迁、社会主流价值观和正义论的更替而不断推陈出新。

为了解决罪责刑判断问题，从事刑法学研究的人提出了无数观点，建立了大量学说，形成了若干学派。为了推动我国刑法理论的进一步繁荣和发展，有学者主张要促成中国的学派之争，认为只有“学派之争才利于伸展到刑法观、国家观、世界观的争论，进而使学术引向深入。”^①在笔者看来，无论是刑法的学派之争，还是刑法观、国家观乃至世界观的争论，在刑法的世界里，都是以使罪责刑的判断具有更深刻的理论基础、更令人信服为归宿。倘若不走学派之争的道路也能进入正确定罪量刑的罗马城，甚至能更顺利地达到目的地，则也可不必强求学派之争。问题是：在刑法学领域，我们能够绕开刑法学派之争而达到完美地解决罪责刑问题的彼岸吗？

罪责刑的认定和衡量，并非真理的判断，而是价值或正义的判断。价值和正义的判断具有因人而异的特征。“价值是客体与人民生活之间的情感关系，它意味着在客体和评价它的主体之间产生的量的合宜。”^②“由于价值和价值关系本身具有主体的个体性和多维性，所以价值标准和评价标准不可避免地具有个体性和多维性。”^③“正义具有着一张普洛透斯似的脸，变幻无常，随时可呈不同形状，并具有极不相同的面貌。”^④由于价值标准的多样性以及正义

① 见张明楷著：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第5页。

② 见〔日〕牧口常三郎著：《价值哲学》，马俊峰、江畅译，中国人民大学出版社1989年版，第15页。

③ 见李德顺著：《价值论》，中国人民大学出版社1987年版，第305页。

④ 见〔美〕E. 博登海默著：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第238页。

面孔的多变性，使得以价值判断和正义判断为内容的罪刑评判也变得众口难调，极易遭受非议。当有人说“这是一匹马”的时候，他所说是是对是错很容易形成统一观点；然而，当有人说“这是一匹好马”的时候，他所说是是对是错就很可能变得众说纷纭。原因在于，前者是一种纯客观事实判断，而后者是一种价值判断。当有人说“张三被雷劈死了”的时候，他所说是是对是错很容易形成统一观点；然而，当有人说“张三被雷劈死活该”的时候，他所说是是对是错就很可能变得众说纷纭。原因在于，前者是一种纯客观事实判断，而后者是一种正义判断。罪刑的判断作为一种价值和正义的判断，先天注定很容易陷入众说纷纭的困境。不同学者基于不同的价值观和正义论，通过不同的方法，会形成不同的观点，进而建立起不同的理论。我们很难说哪种价值观和正义论是完全正确的，哪种是绝对错误的，同时，我们也可以说，“它们中无一是错误的，每一个理论在一定的范围内都有相当的价值。甚至有时候竞争打成了平手。”^① 当不同的价值观和正义论孰是孰非、孰对孰错难以确定甚至无法确定的时候，允许甚至鼓励不同理论的存在以及学派的产生，是最为可取的态度。“我们在评论一个争论时，总是不得不倾向于肯定我们最喜欢的那个理论，虽然我们也必须承认别的理论可能也正确。在各种公认为是完美的镜头中，每个人总挑选和使用他所喜欢的那一种镜头。我相信，这类似于挑选最好的理论时的情况。”^② 既然对罪刑的判断不可避免地带有主观色彩，为了尽可能防止主观臆断，就有必要将作出判断的理由最充分地表达出来。刑法理论以及学派之争能够产生的效果之一是，持论者会竭尽全力来论证自己的观点，以说服众人接受它。由此可以促使刑法理论不断深化和完备。同时，在观点交锋的过程中，各种刑法理论自

① 见〔日〕牧口常三郎著：《价值哲学》，马俊峰、江畅译，中国人民大学出版社1989年版，第15页。

② 见〔日〕牧口常三郎著：《价值哲学》，马俊峰、江畅译，中国人民大学出版社1989年版，第15页。

身所具有的缺陷和局限性就会暴露出来,使得偏好这种理论的人有机会认真反思,进而对理论加以完善,也使得旁观者能够更清楚、全面地观察这种理论,适当地作出取舍,最终使罪刑的判断最大限度地趋于合理和适当。因此,如果刑法学界存在学派之争,应为幸事且应加以提倡。

然而,刑法学派的形成绝非一朝一夕之事,也非人工强力所能实现,而是需要具备一定的本土资源方可达成。“法律像语言一样,是民族生活的需要;它是从民族的经验与需要,经过自然的过程而成长起来的。”^① 建立在法律基础上的法学不能不反映这种民族精神的内容。当在民族精神中,法律仍然被视为一种工具,对法律的遵守本身根本不被视为终极目标的时候,追求刑法的学派之争恐怕为时过早,难免会因为缺乏现实基础而搁浅。域外的刑法理论以及刑法学派之争可以为解决我们在罪刑判断方面的现实问题提供参考,但他们的学派之争不可能在中国刑法学界得到复制,沉迷于脱离中国现实的学派之争恐怕也无助于中国刑事法治的进步。如果我们背离早已深入人心的基本观念,不顾公众认同的常识、常理,硬要引进国外立法,把盗窃行为由秘密窃取扩大到公然夺取,那么,我们的刑法理论就可能因远离现实而误入歧途。在笔者看来,究竟赞成何种刑法学派并不十分重要。在刑法主观主义与客观主义的学派之争背后,实际上是预防犯罪与维护正义两种刑罚功能或者说刑法价值何者应居主导地位之争。如果将预防犯罪置于刑法的首要地位,通常会赞同主观主义的刑法理论;如果将维护正义视为刑法追求的首要价值,则往往会赞同客观主义的刑法理论。很难说哪种学说绝对优于另一种。尽管有人认为,“正义是社会制度的首要价值,正像真理是思想体系的首要价值一样”,^② 但是,正义面孔

① 见贺卫方著:《法边馀墨》,法律出版社1998年版,第42页。

② 见〔美〕约翰·罗尔斯著:《正义论》,何怀宏译,中国社会科学出版社1988年版,第1页。

的多变性以及对正义理解的多样性使得对正义的追求困难重重。追求预防犯罪的效果虽然经常产生立竿见影的效果，然而，“功利主义者易于高估犯罪之损害，因而引入严刑来抵消它。”^① 正义与秩序的局限性使得我们有时很难在二者之间作出抉择。因此，在某一问题上赞同主观主义而在另一问题上赞成客观主义并非完全不可接受的态度，绝不能与生活中的骑墙行为相提并论。当我更重视刑法维护正义价值的实现时，我可能赞同客观主义的立场；当我更重视刑法犯罪预防功能的发挥时，我可能赞同主观主义的立场。有谁能说基于维护正义而形成的立场优于或者劣于我基于预防犯罪而形成的立场呢？又有什么理由认为一个死守客观主义或者主观主义立场的学者的学术品格就一定高于在客观主义与主观主义之间徘徊的学者呢？如果为了始终如一地坚持某一刑法学派的立场而不惜置更为合理、更受公众认同的结论于不顾，显然是本末倒置了。

基于上述思考，本书对罪责刑的研究没有刻意地先站在某种刑法学派的立场上，再展开论述，而是以笔者所赞同的价值观和正义论为出发点，提出自己的看法。显然，当笔者的立场与社会主流价值观和正义论发生冲突时，相应的观点和结论在目前的刑法理论和实务界自然不会被接受。但是，对于一个思考者而言，与结论或者建议能否得到赞同，能否得到立法或者司法实务部门的采纳相比，坚守自己的立场并充分论证自己坚信的结论也许更有价值。

本书对罪责刑问题的探讨从犯罪论、刑事责任及刑罚论三个方面展开。罪责刑认定中的疑难问题浩如烟海，笔者只能选择自己略有思考和心得的内容供同人批评，见笑于大方之家不可避免。

^① See Philip bean, *Punishment: A Philosophical and Criminological Inquiry*, Oxford: Martin Robertson, 1981, p. 44. 转引自邱兴隆著：《关于惩罚的哲学——刑罚根据论》，法律出版社2000年版，第123页。

目 录

上编 犯罪论探索

第一题 犯罪概念与犯罪构成论	(3)
一、刑法中是否应当引入“社会危害性”概念	(3)
二、应受刑罚惩罚性是否是犯罪的基本特征	(6)
三、犯罪构成一般要件应当如何排列顺序	(8)
四、犯罪构成要件的层次结构应当如何把握	(9)
第二题 罪过及犯罪故意论	(10)
一、罪过的界定及其形式	(10)
二、我国刑法中是否规定了严格责任	(14)
三、犯罪主体是否是犯罪故意的认识内容	(16)
四、犯罪客体以及说明犯罪客体的事实是否属于犯罪 故意的认识内容	(19)
五、危害结果是否是一切犯罪故意的认识内容	(21)
六、社会危害性认识以及违法性认识在犯罪故意 中的地位	(24)
七、犯罪故意的意志因素的表现形式	(29)
八、间接故意犯罪的行为人是否可能认识到危害结果 必然发生	(30)
九、间接故意是否存在犯罪目的	(32)
十、犯罪故意研究述评	(33)

第三题 犯罪过失论	(51)
一、犯罪过失中行为人注意能力的判断	(52)
二、犯罪过失中“应当预见”的对象	(54)
三、过于自信的过失与间接故意的界限	(57)
四、“预见对象”具体结果说在业务过失认定中的运用	(61)
五、“被允许的危险”理论在业务过失认定中的运用	(65)
六、“信赖原则”在业务过失认定中的运用	(71)
七、“危险分配”理论在业务过失认定中的运用	(74)
第四题 危害行为与危害结果论	(79)
一、危害行为的界定	(79)
二、作为与不作为的认定	(81)
三、危害结果的界定	(86)
四、危害结果是否存在于一切犯罪之中	(87)
五、危害结果是否是一切犯罪构成客观方面的要件	(91)
六、对刑法第 14 条中的“危害社会的结果”的理解	(95)
第五题 刑法因果关系的认定	(100)
一、国外刑法理论中判断因果关系的学说及评析	(100)
二、我国刑法理论中的判断因果关系学说及评析	(103)
三、判断刑法上的因果关系之我见	(105)
四、刑法上的因果关系是否属于犯罪构成的客观要件	(108)
第六题 犯罪客体与犯罪对象	(110)
一、关于犯罪客体的定位	(111)
二、对犯罪直接客体的理解与把握	(113)

三、犯罪对象对犯罪性质及其危害程度产生影响的原因	(114)
四、犯罪对象影响犯罪性质和危害程度的表现	(115)
五、犯罪客体与犯罪对象的关系	(116)
第七题 共同犯罪论	(117)
一、犯罪共同说及其存在的问题	(118)
二、行为共同说及其存在的问题	(121)
三、共犯与正犯之间关系的判断标准及其实践意义 ...	(123)
四、共同犯罪与单独犯罪在量刑方面的区别	(130)
五、共谋而未实行是否构成共同犯罪	(131)
六、过失犯罪中的共同犯罪问题	(135)
七、黑社会性质组织的认定问题	(137)
八、与共同犯罪的主观方面有关的若干问题	(144)
 下编 刑事责任及刑罚论探索	
第八题 雇佣犯罪中雇主的刑事责任论	(181)
一、认定雇主刑事责任的根据	(181)
二、基于社会危害性的视角对雇主刑事责任的考察 ...	(184)
三、基于人身危险性及初犯可能性的视角对雇主刑事责任的考察	(192)
四、结论性观点——以雇主与受雇人刑事责任的比较考察为视角	(196)
第九题 刑罚定义及刑罚权根据论	(198)
一、刑罚的定义	(198)
二、刑罚权的根据	(208)
第十题 死刑适用论	(216)
一、我国死刑适用面临的观念性挑战	(216)
二、民意对死刑适用的影响辨析	(229)