

杨兴培刑法学作品

犯罪的二次性 违法理论与实践

兼以刑民交叉类案例
为实践对象

THE THEORY AND PRACTICE OF
TWO VIOLATIONS OF CRIME
Take Criminal and Civil Cross Cases as the Object of Practice

杨兴培 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

杨兴培刑法学作品

犯罪的二次性 违法理论与实践

兼以刑民交叉类案例
为实践对象

THE THEORY AND PRACTICE OF
TWO VIOLATIONS OF CRIME

Take Criminal and Civil Cross Cases as the Object of Practice

杨兴培 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

犯罪的二次性违法理论与实践: 兼以刑民交叉类案例为实践对象/杨兴培编著. —北京: 北京大学出版社, 2018. 3

ISBN 978 - 7 - 301 - 29184 - 9

I. ①犯… II. ①杨… III. ①刑事犯罪—研究—中国②刑事诉讼—案例—中国③附带民事诉讼—案例—中国 IV. ①D924. 114②D925. 205 ③D925. 105

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 019226 号

书 名 犯罪的二次性违法理论与实践
——兼以刑民交叉类案例为实践对象
Fanzui de Erci Xing Weifa Lilun yu Shijian
——Jian yi Xingmin Jiaochalei Anli wei Shijian Duixiang

著作责任者 杨兴培 编著

责任编辑 田 鹤 焦春玲

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 29184 - 9

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 yandayuanzhao@163.com

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

印 刷 者 三河市北燕印装有限公司

经 销 者 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 23 印张 353 千字

2018 年 3 月第 1 版 2018 年 3 月第 1 次印刷

定 价 49.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010 - 62756370

本书获卡西欧学术著作出版资助

经过一番紧张的忙碌和自知的甘苦，终于给《犯罪的二次性违法理论与实践——兼以刑民交叉类案例为实践对象》一书画上了一个句号。在本书即将付梓之际，沿袭过去老的著作撰写习惯，特缀数语，略述本书之旨，以表未竟之心迹，也算分内之事，又为书外之情。

此时，想到自己作为一名刑法学者，一生的忙碌不就是希冀自己对刑法理论思考和刑法制度构建的点点滴滴能够形成一些观念、观点与同行们进行交流切磋，从而为繁荣刑法理论作出自己绵薄的贡献？作为一位刑法教师，一生的辛苦不就是希冀自己治学施教的经验能形成纸面上的不朽文字而传于学生和后人吗？作为一个时时想要关心中国刑法文化发展的社会成员，一时的兴趣所在不就是希冀自己对古往今来一直以严刑峻法著称的中国刑文化的反思与批评能够转化为文字结晶以作后来之备考吗？此时，自思即使本书所含之理论成分之不足，实践经验之缺乏，以致自知在众多刑法学巨著前面，不过乃思考之半熟、技巧之夹生，仍不嫌丑陋，顽固地呈现出来以为他人所需时备考。更何况笔者自以为本书既有理论性的原理阐述，又有实践性的技术运用。当然人们也已经知道，任何一种理论观点、思想观念的形成初始，犹如风起于青萍之末，虽不见半分形，但也善聚庭前草，能开水上萍；借助天地空间，终能发展成一股狂风，摇动千树万杆。又如一条山间小溪，不过潺潺之流，汨汨而淌；然而一旦汇入江河，便能融入波涛浪涌之间，照样推波助澜。更如山间小道，千回百折，盘桓而上；然而一旦凌绝顶，也会纵览众山小。

长期以来中国社会有着悠久的重刑轻民的法律文化传统。在中华民族五千年文明发展过程中，重刑轻民的观念一直是一股绵延不绝的文化力量，它直接影响着我国社会的政治统治方式和人们的思想观念。尽管历朝历代的统治者不时主张“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”的先礼后法、有教而刑、内法外儒的文化宣示，提出了“治国之要，刑非所先”的政治思

想和法律思想。但一部厚重的中国法制史，笔者认为，其实不过就是一部中国刑法史。所以中国古代的法律形式虽表现为刑民不分、诸法合体，但真正起着治国安邦作用的还是以刑为主的严刑峻法。一有风吹草动，统治者总是喜欢用快刀斩乱麻的方法来处置各种棘手的社会问题，最终的目光都会聚焦在刑事规范的典章上和严刑峻法的手段上。这一中国社会的法文化观念可谓源远流长、根深蒂固，至今仍然具有强大的生命力。刑法本是社会处置各种违法行为的最后一道屏障和最后一种防范手段，而在现实生活中却往往成了冲锋陷阵的急先锋。即使在一些刑民交叉案件中，以刑事思维为先、以刑法规范为先和以刑事处理为先的思维观念也是大行其道，通行无阻。其实在中国，法治建设的一个重要任务在于如何培固刑法前置性法的根基，在于树立作为刑法前置性法的权威性，在于首先由刑法的前置性法对社会进行有效的分兵管控。如果没有其他法律作为刑法的前沿屏障，没有刑法的前置性法分领域、分层次、分程度地对不同类型的危害行为适用不同的法律制裁，而将其大小不同的违法危害行为全部纳入刑法调整的范围，一味动用刑罚手段，既不是一个明智的做法，也必然面临捉襟见肘的困境。所以我国在进行法治化建设过程中千万不能本末倒置，不然法治目标只会缘木求鱼而不可得也。

刑法学者们根据自己对法律的研究和理解，根据自己的生活经验和学识水平，尽可能站在价值中立的立场上，在刑法理论的层面上，通过对刑法与其他法律的相互关系进行必要的理解和诠释，然后以一种独特的观察角度对现实生活中各种违法犯罪行为进行必要的规范评价和价值评价，得出某种行为仍然停留在刑法的前置性法层面上无需刑法的介入，某种行为超越了前置性法需要刑法进行评价和干预，从而从理论上完成对某类案件的定性定量之评价和评判，是刑法学者进行理论演绎和理论实验的应有职责和必要的工作内容。尽管学者并不是法官，学者的观点也并非判决，但是学者可以成为司法工作人员的“参谋”，学者的观点和理论可以成为司法工作人员规范判断和价值判断的参考，这是因为司法工作人员的判决或者决定需要有理论的支撑。正如德国法学家伯恩·魏德士指出的那样：“在法学与法理学中，除非出现严重的功能（异化）与歧途现象，否则不

可能存在无实践基础的理论或无理论基础的实践。如果一个实践者，如法官或律师缺乏基本的理论知识，就不能称为优秀的实践者。理论和实践必须彼此引导、丰富和修正。”^① 本书正是基于这样的思考，为了让我国的司法实践能够获得理论的原料和营养而对一些刑法基础理论和刑民交叉案例进行思考和讨论，从而丰富自己；同时也可供司法工作人员在进行刑民交叉案例分析时作为一种参考系数和观照尺度加以对照，从中找到可以吸收和借鉴的成分，或者从证伪的角度避免重蹈覆辙。

本书是否能够全面实现上述这些初衷，有待于理论学界的同人们去评价，有待于实践部门的同志们去评判。平心而言，笔者并不是信心满满，反倒是如临深渊，如履薄冰，唯恐一论之错贻害司法实践。好在学者们的理论观点不管其说理性如何的得失是非，不过仅仅是一种参考系数和观照尺度而已。所以只要本书能够为理论学习提供一些新的理论素材，能够为司法实践提供一些新的理论参考，即使受到相反的但有坚实理论基础的观点的批评和否定也是笔者所欢迎的，这有助于刑法学理论的向前发展。唯如此，才能体现刑法理论的恣意多彩；能如此，那笔者的欣喜就足矣。

杨兴培

2017年10月26日

^① [德] 伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第13页。

第一章 刑法领域犯罪设定的三个层次	003
第一节 犯罪构成技术运用层面的研究	003
一、认识和理解犯罪构成，首先应当遵循罪刑法定的基本原则和“恶法亦法”的司法原则	003
二、认识和理解犯罪构成，必须从语言文字的既定规定上加以进行	005
三、认识和理解犯罪构成，需要运用逻辑思维和经验知识的方法	006
第二节 犯罪构成观念修养层面的研究	008
一、观念引导和制约着法律的制定	008
二、刑法具有二次性违法的规范属性	009
第三节 犯罪构成制度设定层面的研究	012
一、罪刑法定原则是我国刑法的基本原则	012
二、罪刑法定原则对于犯罪构成的制约	013
第二章 刑法是整个法律体系的保障法	015
第一节 无知、自由与守夜人式的国家	018
一、无知的必然	018
二、无知下的自由与生长的文明	019
三、守夜人式的国家	021
第二节 刑罚的困惑	025
一、刑罚首先意味着国家对个人的强制	025
二、刑法应注重节俭性	027
三、刑罚应注重正义性	029

第三节 理性地对待犯罪	031
一、人类不断发展的理性	031
二、刑罚应当是理性的产物	036
第四节 结 语	038
第三章 刑法是二次性违法的规范形式	040
第一节 刑法与道德的分野	041
一、刑法作为极端的手段只能维护最基本的道德要求	041
二、道德问题不能过多地依赖法律强制和刑罚制裁	045
第二节 刑法与“他法”的分野	049
一、刑法与其他部门法之间是一种补充关系	049
二、刑法与他法补充关系的表现	050
第三节 划出刑法的生存空间	056
一、行为犯罪化的定性限制	058
二、行为犯罪化的定量限制	065
第四章 犯罪的二次性违法特征的理论探讨	071
第一节 犯罪的二次性违法理论的背景	072
一、刑法谦抑性的理念要求	072
二、犯罪中“应受刑罚处罚性”的特征要求	075
三、“经验刑法”转向“实证刑法”的方法要求	078
第二节 犯罪二次性违法理论的基本内容与深度阐释	081
一、犯罪的二次性违法理论的基本内涵	082
二、犯罪的二次性违法理论的理论意义	083
三、犯罪的二次性违法理论的深度阐释	085
第三节 犯罪的二次性违法理论存在的质疑与回应	090
一、犯罪的二次性违法理论并不存在操作上的隐忧	090
二、犯罪的二次性违法理论不仅适用于刑事立法，同样 适用于刑事司法	091
三、犯罪的二次性违法理论不仅适用于法定犯，同样适用 于自然犯	092

第五章 犯罪的二次性违法理论	094
第一节 犯罪的二次性违法理论的基本内容	094
一、现代法治社会多层次法律规范的体系	094
二、犯罪的二次性违法理论在法体系中的展开	095
第二节 犯罪的二次性违法理论在立法上的运用	096
一、完善与明确前置性法的作用与地位	096
二、前置性制裁规则的多元化	099
三、前置性法与刑法的有效衔接	102
第三节 犯罪的二次性违法理论在司法上的运用	106
一、司法运用的一般操作方法	106
二、前置性法赋予权利情形下的具体运用	109
三、前置性法设定义务情形下的具体运用	112
第六章 刑民交叉案中先刑观念的反思与批评	116
第一节 “先刑观念”的现象与原因	116
一、“先刑观念”现象	116
二、重刑轻民传统法律文化浸淫的历史原因	121
三、国家公权力得不到有效限制的现实原因	122
四、缺失刑事法律关系的机制原因	123
第二节 “先刑观念”的消极影响与负面作用	124
一、“先刑观念”造成刑法一法独强独大的局面	124
二、“先刑观念”损害了前置性法的权威性	125
三、“先刑观念”大量浪费司法资源而效果适得其反	126
四、“先刑观念”必然会加重监狱的关押压力	128
五、“先刑观念”会通过社会舆论“绑架”司法机关	129
六、“先刑观念”往往导致刑法技术运用的走样	130
第三节 “先刑观念”思维模式的破解和时代出路	131
一、破解“先刑观念”的重要路径在于刑法观念的更新	131
二、破解“先刑观念”应当要建立和形成刑事法律关系新概念	132
三、破解“先刑观念”应当坚持刑法的二次性评价原则	133

第四节 余论	135
第七章 刑民交叉案件的类型分析与破解方法	137
第一节 刑民交叉现象研究划分类型的必要性	138
一、犯罪类型化的法律规定为刑事司法提供了必要前提	138
二、刑民交叉案件类型化的复杂性	139
第二节 刑民交叉案件类型化划分的分类依据	140
一、刑民交叉案件类型化划分根据的争议	140
二、应当以法律关系作为刑民交叉案件类型化划分的根据	141
第三节 不同法律关系的刑民交叉案件的破解方法	143
一、“先民后刑”或者“有民无刑”的破解方法和处理原则	143
二、“先刑后民”或者“刑事附带民事诉讼”的破解方法 和处理原则	145
三、“刑民并行”的破解方法或者遵循“桥归桥、路归路” 的处理原则	147
第八章 涉银行存款型刑民交叉案件的基本分析	150
第一节 专门研究涉银行存款型刑民交叉案件的必要性 和重要性	150
一、专门研究涉银行存款型刑民交叉案件的必要性和重要性	150
二、涉银行存款型刑民交叉案件的理论与实践的分歧意见	152
第二节 涉银行存款型刑民交叉案件的核心问题和研究的切入点	154
一、涉银行存款型刑民交叉案件的核心问题	154
二、涉银行存款型刑民交叉案件研究的切入点	155
第三节 实名挂失私自提取他人存款案件中的五对基本范畴 关系的辨析	156
一、银行卡、折所有人与银行之间的法律关系	156
二、非法或不合法使用人与银行卡、折所有人之间的 法律关系	158
三、非法或不合法使用人与银行之间的法律关系	159
四、财产所有权与财物占有状态之间的关系	160

五、银行卡、折内的钱款的所有权与实际占有状态的归属 问题与相互关系	161
第四节 对实名挂失私自提取自己名下他人存款案件的解析认定	162
一、谁与谁结成的法律关系是破解的路径	162
二、对所涉案件的解析认定	165
第五节 实名挂失私自提取自己名下他人存款的法理思考	168
一、实名挂失私自提取自己名下他人存款的问题本质	168
二、实名挂失私自提取自己名下他人存款的案件不要人为拔高 其行为性质	169
第九章 金融刑法与金融法规的相互关系及界分	172
第一节 金融犯罪的现状与成因	172
一、金融犯罪的现状	172
二、金融犯罪的成因	173
第二节 金融犯罪的刑法属性归位	174
一、金融犯罪具有法定犯的犯罪属性	174
二、金融犯罪具有“出乎他法而入于刑法”的二次性违法特征	175
第三节 二次性违法理论在金融刑事立法层面的展开	177
一、金融刑事立法的现状概览	177
二、二次性违法理论要求金融立法理念的更新	178
三、二次性违法理论对金融行为犯罪化依据的匡正	180
四、二次性违法理论呼吁首先设立完备的前置性法	181
第四节 二次性违法理论在金融刑事司法层面的运用	183
一、二次性违法理论对“先刑后民”司法理念的纠偏	183
二、前置性法是解释金融刑法的重要依据	185
三、前置性法是认定金融犯罪的必经程序	186
第五节 结 语	188
第十章 恶意透支多重法律性质分析及刑民界分	190
第一节 银行行政规章中的透支行为分析	190
一、信用卡基本功能的透视	190

二、银行行政规章中信用卡透支的规定	191
第二节 民法中的恶意透支行为分析	193
一、民法中的恶意透支行为的表现	193
二、民法中的恶意透支行为的法律属性	194
第三节 刑法中的恶意透支行为分析及刑民界限的划分	194
一、刑法中的恶意透支行为分析	194
二、以非法占有为目的的要件分析	196
三、经发卡银行催收后仍不归还的要件分析	197
 ■ 下 篇 实践操作篇	201
第一章 夫妻争吵引起一方自杀的行为分析	203
第二章 出租车司机弃置伤者致死的行为分析	216
第三章 婚姻存续期间丈夫强行与妻子同居的行为分析	233
第四章 许霆 ATM 机疯狂取钱案的技术分析和法理思考	244
第五章 盗取房产凭证后出售父亲房产的行为分析	260
第六章 擅自出售登记于自己名下他人房产的行为分析	271
第七章 崔某等人提取他人存于自己账户钱款的行为分析	285
第八章 暴力索要为姘居而赠送的财物的行为分析	297
 附一：刑法的二次性评价机制的理论与实践 ——2005 年学术讲座发言稿	313
附二：中国社会应当加大关注犯罪的“供给侧”问题	336

上
篇



基础理论篇

第一章

刑法领域犯罪设定的三个层次

如果说现代文明可以由三个内容组成或者可以划分为三个层次，即器物文明、制度文明和观念文明，那么这种文明的组成和划分同样可以适用于社会生活的各个领域。就刑法领域的犯罪设定而言，无论是犯罪构成的运用还是犯罪构成的研究，也可以划分为三个层面，即犯罪认定的技术层面、犯罪设定的制度层面和犯罪构成的观念层面。在这些不同的层面和领域中，有着不同的内容和不同的要求，但它们又有着密切的关系。正确地理解这些关系和加深对这些关系的研究，对于正确认识刑法和运用刑法具有重要意义。

第一节 犯罪构成技术运用层面的研究

犯罪认定的技术层面实际上是如何理解和运用犯罪构成法律规范的问题。法条是法律规范的基本单位，也是刑法中犯罪构成规格的载体。犯罪构成是通过法条加以规定的，法条又是通过一定的语言加以表现的。这里既有如何认识法律条文即犯罪构成的问题，也有如何理解法律语言的问题。对犯罪构成的技术层面而言，就是从怎样认识、理解和运用既定刑法条文规定的犯罪构成加以展开的。

一、认识和理解犯罪构成，首先应当遵循罪刑法定的基本原则和“恶法亦法”的司法原则

罪刑法定原则已是我国刑法的基本原则，在我国刑事司法实践中也获得了高度的认同。然而“恶法亦法”在今天仍然备受争议。其实“恶法亦

法”和“恶法非法”是两个不同层面的观念问题。在立法层面，在民主制度下的法治观念上，“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定的良好的法律”^①。从这一意义上说，“恶法”不是法，“恶法”当然要受到人们的批评和批判，是人们痛斥的对象。但“恶法”只有被废除以后才能不是法，在被取代和更替之前，“恶法”作为一种实在法依然存在，依然体现着当时立法者的意志和管控社会的需要，既定的法律是一种铁的规则，依然需要作为司法实践中被遵照执行的一个依据。正是从这一意义上说，“恶法”也是法，“恶法”就是法。“恶法亦法”的古训应当在现实的司法实践中得到尊重和贯彻。柏拉图曾经有一句名言：“统治者是法律的仆人。”^②“恶法”当须改。但“恶法”被修改之前依然是法，这是不能被否定的。在司法实践中，法官只能作为法律的“奴隶”身份出现，而不能作为法律的“主人”身份去改变法律的实际存在和既有规定（如何理解则是另一个问题了）。在执行刑法过程中，犯罪构成作为一种法律规定一旦固定在刑法之中，就具有中立性的特征，成为全体社会成员共同遵守的行为规范。因此，犯罪构成的现实规定永远是有效的、“正确的”，法官及其他社会成员都不能批评刑法，不能批评刑法中的任何一个犯罪构成，都只能在已有的构成规范的基础上遵守它、执行它。正如西方法律谚语所说的：“法律不是嘲弄的对象。”在犯罪构成司法适用的技术层面，即使是犯罪构成规定的内容不尽如人意，对于法官来说，宁可错在法律，而不能错在执法的“我”。“我”是在“奉法行事”“替天行道”。所以对于执法者来说，必须以铁的意志去执行铁的规定。当然，意识到法的“恶法”内容，尽可能以比较宽容的态度对待犯罪，在不影响对犯罪认定的基础上，给予犯罪人为法律所允许的相对从宽的处罚，是法官自由裁量权应有的题中之义，不违反法律的实际效能。而对于社会成员反抗“恶法”来说，心中的“反抗”决不能表现在对现行刑法的蔑视和行为的反抗上，否则，注定要碰得头破血流。

① [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第199页。

② 梁治平：《法辩——中国法的过去、现在和未来》，贵州人民出版社1992年版，第66页。