

罪与刑

的探索之道

冯亚东 著

从斯多葛学派和罗马法学家到欧洲宪章和罗斯福的四大自由，自然法和自然权利理论经历了漫长而感人的历史。

人仅凭其共同人性而享有某些权利的观念被同样热烈地捍卫和攻击。它虽曾遭受休漠冷静的怀疑论的针砭，也曾败给边沁所谓“高跷上的胡说八道”的讥蔑，但每逢人类事务发生危机，它总是以某种形式复兴。因为每当这时，老百姓总想实现或通过领导人实现其朦胧却坚定的信念，这就是，他不是政治棋盘上的一名单纯的小卒子，也不是任何政府或统治者的私有物，而是活生生的、有自己见解的人；正是为了他，才有所谓政治，才建立了政府。

——麦克唐纳尔德《自然权利》

中国
检察
出版
社

罪与刑

的探索之道

冯亚东 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

罪与刑的探索之道/冯亚东著. —北京: 中国检察出版社, 2005

ISBN 7-80185-410-1

I. 罪… II. 冯… III. 刑法-中国-文集 IV.D924.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 041705 号

罪与刑的探索之道

冯亚东 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 14.375 印张

字 数: 400 千字

版 次: 2005 年 6 月第一版 2005 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-410-1/D·1388

定 价: 32.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换



作者简介

冯亚东，男，山西代县籍，1953年生于成都。1969年回原籍插队，1972年进厂当工人，1978年考入西南政法学院法律专业，1982年毕业分配至四川南充地区中级法院任刑事法官，1986年调往四川政法管理干部学院任教，1998年转至四川大学法学院任教，2002年7月再转至西南财经大学法学院任教。现为刑法学教授、博士生导师。数年来发表刑法学、法理学及文化研究文章若干，出版了《理性主义与刑法模式》、《平等、自由与中西文明》等专著。

自序

(一)

从1981年写作第一篇刑法文章，至今已整整23个年头。这么多年间从未想到过要出论文集，主要是因数量太少——长长短短全部凑拢手头大概也就是80来篇，予之示人实在感到有点难堪。尽管我的学生们一再“怂恿”，可我总是一推了之。2003年4月，我一在学界颇有声望的同窗好友告我，母校（西南政法大学）将于2003年9月举行50周年校庆，准备从50年中选50人出50本书以献礼，让我尽快做一文集以加入。我寻思这也算是难得的好事，又不花钱又不操心又可扬名，于是赶快接招忙碌制作，到6月基本就绪再一打听，不料已有近八十人等待候选，我自知技不如人只好告退。

但忙乎了一场总不甘心，于是便自行联系出版；其间又因各种原因不断搁置，以致好长一段时间我完全忘了此事，拖至今日才予付梓。

这便是本集子的由来。

(二)

四面八方收罗了一下，23年间本人共存下80余篇文章（其中大概有10来篇未能发表），另有大概10来篇投出后石沉大海未留下“尸首”。在中国刑法界“教书匠”的系列中，可谓最低产低能的一类（写成的文章中其内容也有不少“自我剽窃”的重复）。收入本论文集的共35篇文章，其中有9篇从未发表——但却是我思维链条中的有机一环，难以割舍；另外一些或时过境迁已不是问题，或问题过于琐细无甚意义，便予放弃。

文集所收文章严格按写作时间编排顺序，以使有兴趣的读者更方便地理解作者的思考路径。我个人二十年之学术生涯，刚好伴随着中国法治建设重新起步行走之全过程；在某种意义上也算是一点小小的畸形缩影——个中的艰辛、曲折甚至酸楚与苦痛，与生活现实的某种病态，相合相随、如影不离。

1978年10月，结束了十几年动荡不定的南北飘泊生活（“文革”中的辍学少年、插队知青、民工、工人），我考入西南政法学院法律专业；作为“文革”后第一代政法院系“绝密专业”的学子，开始了还带点神秘色彩的法律思索。1981年年初，阴差阳错的学年论文选题——“论故意杀人罪与故意伤害罪的区别”将我导入刑法的地狱与天堂；无知而又无畏的莽撞使我一开始进入刑法就死死认定其基础理论浅陋而又混乱，为此曾当面受到伍柳村老先生的批评（1982年初写成《论刑法关系及其转化》一文后送伍老师审阅）。循此思路而死钻牛角尖，形成自己以后多少年学术上浓烈的理论思辨色彩，于此也就注定了在数量上难以有为。

1981年年底，我因在反自由化的“三爱”讲演中发表“中国的社会主义制度不完善”的观点被校方责令检讨（当时正统的提法是“制度是完善的，毛病是旧社会遗留的”——“文革”极左的流毒在当时的政法院系尤为浓烈。今天中国法学界感叹“西南现象”——

特别是西南78级，但其实我们——至少我们一小部分人——是从夹缝中挤出来的)。我因不承认有错而在82年分配时被校方拒绝留校打发到四川南充地区人事局报到(等待再分配)。看着同学们兴高采烈地奔赴“三大”(大城市、大机关、大学校)，我“怀才不遇”酸溜溜地到地区法院上班。

青少年时代曲折多难的生活所形成的对祖国、对人民深重的使命感和责任感，使我们这一代人在任何情况下都能较容易地完成自己的角色转换——我很快就全身心投入同犯罪的“斗争”中去，夜以继日在第一线直接参与了两次“严打”的全过程。无产阶级专政体制下来自于工农兵群体的人民法官，不自觉地大都会偏向刑法上所谓的“主观主义立场”——注重于情感良心因素而理解法律处理案件，以主观的好坏善恶作为是非曲直的取舍标准。在这种氛围及个人生活经历潜意识的支配下，这一时期我的文章明显带有“主观主义”倾向(尽管当时并未听说过“主观主义”的提法)，并长期影响着个人的学术风格和理论偏好。

因自感自己的志趣和能力更适合“教书”，1986年便离开法院调入学校专门讲授刑法。由于不再受具体案件具体事务的缠绕，使我能较为清静地思考一些刑法基础理论方面的问题。当时的中国，正处于中心工作转向经济建设的起步时期，社会各个领域都呈现一种相对无序的状况——连某种行为有无“社会危害性”这类常识性问题都时常争论不休；由于身处西南边地，发稿实在困难(当时缺乏打印条件，全靠手操，故有些未刊用稿件未能留下底稿)，几次无效劳动下来便弄得人心灰意懒、无心再投。几方面原因促动下，自1988年起我便逐步转向少有人问津的纯理论的探究；到1996年夏天，差不多用了8年时间完成了《刑法的哲学与伦理学》一书(不到15万字)的写作。其间虽也发了几篇文章，但多为必须“交差”的会议论文或书稿写作中形成的片段短文。

1998年3月，中国政法大学出版社主动向我要约，提出将我在成都一家小出版社自费出版的《刑法的哲学与伦理学》(天地出版社1996年版)一书，重新修订纳入“中青年法学文库”再版发行。我

犹豫再三但经不起在京城出书种种好处的诱惑（果然后来司法部给评了个二等奖，又是名誉又是奖金），遂同意。经增写内容后将书稿重新定名为《理想主义与刑法模式》，交出版社制作发行。不料拿到样书后“理想”变成为“理性”；一字之差，意义迥异——我宁可做一个理想主义者授人论说而不敢自诩“理性主义”。但木已成舟，只好任其自流。

由于“文库”在国内法学界极大的影响力，对拙著毁誉参半的非正式评价使我在刑法界以“另类”面目凸显（现在回头再看，虽然该书一些提法过于极端甚至有误，但其主要从应然角度讨论“刑法”所形成的种种观点，我相信是经得起历史检验的）。我总认为并经常在学生中宣扬：法学既然是一门学问就必然是“百花齐放”的——虽然免不了有的“花”难闻难看。我对中国人民大学赵秉志教授理论联系实际，为中国刑事立法完善和刑事司法健全所做的大量必不可少、艰苦细致的工作，极为敬佩；也为北京大学陈兴良教授严守形式主义阵地、高扬罪刑法定旗帜的良苦用心，深感震撼；同时极为赞赏西南政法大学陈忠林教授鲜明犀利的“主观主义”风格——他使我们非常清晰地理解到问题的一面；也对清华大学张明楷教授所持的“客观主义立场”有所共鸣——他使我们更为冷静地看到问题的另一面（这是我个人对学者们各自学术风格的感受而并非其本人的自我定位）。虽然对学友们各自的“路数”能够理解，但我并不推崇“折中”——做学问凡一味搞折中定难有真见解新思想，更何况若大家都想搞折中那又去“折”谁的观点呢（无“中”可折）。做学问最好是走极端（即兴良教授所提到的“片面的深刻”），力求把问题的一面说深说透——有本事能面面说透当然更好；而中庸、衡平、折中，那应该属于司法者个案处置中伟大的艺术和智慧。中国的刑法学在21世纪传到我们这一代人，将逐步形成多元化的争鸣格局——最终在方方面面问题上定能求取一种相对的一致，实为幸事！

在对《理性主义与刑法模式》一书的写作及修订过程中我又对法律以外的哲学、历史、文化等多方面问题产生浓厚兴趣。1998年7

月由四川政法干院转至四川大学法学院任教，此后的4年间除繁重的教学任务外，主要精力都投入《平等、自由与中西文明》一书的写作（法律出版社2002年9月第1版）。本论文集最后收入的三篇文章，其内容便与该书相关；虽然不属刑法的范畴，但毕竟是一个刑法学者由“刑法问题”所肇端而引发的系列性思考。由于是站在法律以外从更宽泛的角度观察“法律及刑法”——将法律置于中西文化的大背景下远看其轮廓和结构，自然形成一种新的视野。正是由于这种知识背景的切换，使我在《再谈刑法的解释问题》、《犯罪构成模型论》等文中形成一些更加另类出格的想法。

在川大期间虽也发表了十来篇刑法论文，但更多是为校方“科研成果”的压力所迫，而且最主要的功劳应当归于我的研究生学生们；从97级到01级前后5届的数十名同学——同他们课堂内外的大量交流接触，使我的刑法思维被不断刺激、不断形成新的想法。但想法毕竟只是一种无形的东西，要成为条理性的文字却是需要大量时间作细致整理的——同学们于是成为我得心应手的写作“帮手”。尤为需要提到的是99级的刘凤科同学和2000级的胡东飞同学（二位同学都是来自农村的苦孩子，东飞每年假期都还得回去帮父母干农活。他们分别于2002年和2003年以优异成绩考取清华大学张明楷教授的刑法博士生），他俩成为我刑法写作的左右二臂；一个点子、一段想法，他们可以洋洋洒洒发挥得淋漓尽致——有些内容甚至大大超出我的刑法知识范围，稍作修改补充即可署名发表（当然，如有纰漏应由我为师者承担全部责任）。

感谢同学们对我的支持和帮助！愿同学们都能展翅高飞！

（三）

由于收入的论文写作时间横跨23个年头，23年间中国社会发生了天翻地覆的变迁，当年我们所关心和讨论的许多问题在今日或不复存在或意义有变。考虑到陈年往事的论说对今天读者的实用价值，我在所选的每篇文章之后均作了注解说明——对文章的写作背景、

立论意图、论证方法、内容要点及今日回头再看如何评价、有何缺陷、如何再行深入论证等诸方面问题，力图有所交待。在内容上除个别文字或标点技术性错漏的校正外，基本保持了当时写作的原貌；希望通过对自已坎坎坷坷学术路径的分析演示，对今后再走刑法路的学子们有所助益。

2002年7月，我因多种原因自己离开川大（到今天我每次到川大法学院都有一种“回家”的感觉——朋友师生间的友谊绵延不绝），转到西南财经大学法学院任教。在财大我又融入了一个新的“家庭”，师友和同学们对我关心备至。2003年在大家的努力下，我们的刑法学硕士点也被批准开设（在全国的匿名通讯评选中得了93.5分，我们问心无愧未做任何“拉票”的工作），2004年9月迎来了第一批正式的刑法学考生。我想以此为契机，我个人的学术摸索能再有新意，我们的刑法学硕士点能稳步前进，从而为中国刑法学的发展与完善有所贡献。

本论文集在整理过程中得到我在西南财大的研究生何东、张丽、周雪梅、罗静、敖刚、胡春妮、文朝燕的倾力协助——他们将我多年的文字稿逐一打印整理成电子稿，衷心感谢7位同学的辛勤劳动！中国检察出版社的责任编辑李薇薇女士为论文集的出版付出了大量心血，在此表示感谢！

作 者

2004年12月于成都

目 录

论故意杀人罪与故意伤害罪区别的界限	/ 1
一、确定界限的理论依据/ 2	
二、行为状态是区别“两罪”的界限/ 3	
三、可能结果是“界限”上的质点/ 4	
四、其他方面的确定及其在“区别”中的作用/ 9	
五、几种较难认定的情况/11	
论刑法关系及其转化	/17
一、刑法关系的概念和要素/17	
二、犯罪关系的形成及其主体/20	
三、刑法关系和犯罪关系中的意志因素/22	
四、犯罪客体和犯罪对象/23	
五、犯罪的因果关系/26	
六、犯罪主体负刑事责任的客观依据/29	
七、刑罚关系的建立和刑法关系的恢复/32	
试论刑事法律关系	/34
一、刑事法律关系的三种类型及其相互间的转化/34	
二、几个相关问题的讨论/36	
论法条竞合的从重选择	/45
附录：法条竞合不能从重选择	
——与冯亚东同志商榷	/52
法条竞合可以从重选择	
——与肖开权同志再商榷	/56

论间接故意犯罪的未遂 /61

- 一、构成间接故意犯罪的决定性因素/61
- 二、间接故意犯罪结果的形态/63
- 三、间接故意犯罪的目的和意志中的主导倾向/64
- 四、间接故意犯罪未遂的法律评断/67
- 五、间接故意犯罪未遂的认定/68

析故意犯罪的主观结果 /72

- 一、主观结果的存在/72
- 二、主观结果与客观结果之区别与联系/73
- 三、主观结果是犯罪意志中的核心因素/73
- 四、主观结果对犯罪性质的决定性意义/74
- 五、主观结果与犯罪目的之联系与区别/75
- 六、主观结果的必然性和可能性/77

析海关法中有关走私罪条款的适用 /80

- 一、海关法对走私罪罪状的补充和修改/80
- 二、海关法规定法人和自然人可同时成为走私罪的主体/82
- 三、海关法对走私罪的法定刑补充规定了罚金/85

我国刑法中法定刑的规定方式新析 /87

- 一、关于刑种的规定方式/88
- 二、关于幅度的规定方式/90

刑事责任年龄、刑事责任能力与刑事责任探疑 /92

- 一、我国刑法对刑事责任年龄的阶段划分采取的是双重三分制/92
- 二、刑事责任能力包括犯罪能力和受罚能力两个方面/95

试论拒不说明财产来源罪 /100

- 一、关于《规定》第十一条第一款的罪名问题/101
- 二、关于该罪犯罪构成的要件/102
- 三、几个有关的具体问题/108

再论犯罪的本质	
——兼谈刑罚的有效性问题的	/111
一、传统理论未能揭示出犯罪同一般违法行为的“质差”	/112
二、一般违法行为与犯罪的质差在于制裁手段的不同	/114
三、关于刑罚同犯罪的先后制约关系	/118
四、对犯罪概念的定义及特征的表述	/120
五、应受刑罚惩罚性同法律后果是有严格区别的	/123
六、由应受刑罚惩罚性的本质所引起的一些思考	/126
谈谈模糊语言在司法实践中的运用	/133
一、由于案件的事实未能查证清楚而使用模糊语言	/135
二、由于考虑司法文书的语言效果和社会效果而使用模糊语言	/137
再论工人能否成为贪污罪主体的问题	/140
立法只能是一种超前的活动	/146
法律控制与宽容精神	/149
刑法之罪与道德之恶	/155
刑事违法性与犯罪构成	/162
一、形式上的刑事违法	/162
二、法定犯罪构成的理论化倾向	/163
三、犯罪构成的分解及其要件	/168
论严格责任原则	/171
试论刑法中的持有型犯罪	/177
一、持有型犯罪的基本含义及种类	/177
二、关于拒不说明型的持有型犯罪	/178
三、关于单纯持有型犯罪	/181
析受贿罪与渎职罪的竞合问题	/184
一、问题的提出	/184

二、问题的症结所在/185	
三、关于法条竞合问题/187	
四、关于受贿罪与渎职罪竞合的具体处理/191	
论奸淫幼女罪的“明知”问题	
——兼论幼女标准的确定	/193
一、关于“幼女”的确定标准及年龄规定/193	
二、奸淫幼女罪是否应以“明知”为条件/196	
三、对奸淫幼女案的个案处理/202	
关于刑法学研究的层面划分问题	/206
一、问题的提出/206	
二、关于注释刑法学/208	
三、关于概念刑法学/216	
四、关于理论刑法学/226	
关于死刑限制适用的一点思考	/235
犯罪既遂标准新论	
——以刑法目的为视角的剖析	/238
一、既有学说之评析/238	
二、当代刑法应有之观念及犯罪未遂的立法根据/242	
三、犯罪既遂的确认标准：犯罪行为给刑法所保护的合法权益造成实害/244	
四、犯罪既遂类型的界说/247	
刑法中的价值论方法	/253
第一个问题：问题意识的形成/253	
第二个问题：关于事实价值二元论/255	
第三个问题：对社会危害性的规范性评价/263	
第四个问题：关于临界点和模糊学的问题/265	
论抢劫罪客体要件之意义	/273
一、犯罪客体的功能与作用/273	

二、抢劫罪犯罪客体的内部逻辑构造/276	
三、抢劫罪双重犯罪客体对其行为方式认定的影响/278	
四、客体理论在抢劫罪其他问题上的应用/284	
刑法因果关系再探讨	/287
一、刑法评价对象的确定化：因果关系之机能剖析/288	
二、因果关系学说纷乱揭秘：我国传统刑法因果关系理论批判/294	
三、刑法因果关系的再构造/296	
四、罪过：确定刑法评价对象的主观侧面 /303	
五、几种犯罪类型之因果关系/305	
再谈刑法的解释问题	/309
一、刑法的实际运作过程与刑法解释的有限范围/309	
二、刑法解释的机理：解释中的悖论/313	
三、刑法解释的统一性与案件结论的惟一性/316	
四、刑法解释的统一标准：法的精神/319	
再谈对未成年被害人年龄的明知问题	
——一种刑事一体化及刑事政策的分析思路	/329
一、问题的提出/329	
二、问题的症结/332	
三、问题的普遍性与严重性/334	
四、问题的解结：罪过原则的例外/336	
五、普林斯规则的窘境与启示/340	
六、平衡与补救/343	
犯罪构成模型论	/346
一、关于犯罪构成属性之观点概览/347	
二、犯罪构成的源与流/348	
三、犯罪构成属性之己见——模型论/350	
四、犯罪构成“四要件”体系之辩说/355	
五、不同法系犯罪构成之方法论意义/358	

犯罪构成之“模型”意义解析 /364

- 一、为什么把犯罪构成看做一种“模型” /364
- 二、犯罪构成的本体属性问题/367
- 三、犯罪构成的四要件分解/375
- 四、苏式体系的缺陷和弥补/380

平等观念与中国社会 /393

- 一、平等中的“不平等”悖论/393
- 二、世俗生活中平等的安排/394
- 三、平等氛围中的“和谐”/396
- 四、“造反有理”的义理及传统/398
- 五、“平政爱民”与循环怪圈/400
- 六、“存天理，灭人欲”/403

价值冲突与自然法的诞生 /407

- 一、平等与自由的初始含义/407
- 二、生存方式与观念形态/409
- 三、反自然的自然法/412
- 四、价值冲突中蕴构的自然法/416
- 五、私法文化及权利观念/423
- 六、自然法的厄运/429
- 七、自然法的真精神/433

黄土地上的想像 /439

论故意杀人罪与故意伤害罪 区别的界限

从现象上看，故意杀人罪与故意伤害罪（以下简称“两罪”）有许多相似之处：它们的加害对象相同，都是特定的人身；行为方式类同，都可采用机械、^① 物理、化学、生物、精神和不作为行为等加害方式；甚至有时结果都相同，都可以引起伤害或死亡结果的发生。由于这些原因，司法实践中对属于“两罪”的某些案件就往往难以区别，以致长期争议不休。法学界对“两罪”区别的问题也观点甚多，但众说纷纭，尚无定论。“两罪”区别的界限究竟在哪里呢？本文试就这个问题谈谈自己的看法。

^① 由于引起争议的“两罪”案件，其行为方式多属以机械方式（钝器、锐器或火器）所实施，故本文的思路侧重于此方式。