

四川警官高等专科学校科研基金资助出版

张莉 著

刑法重大疑难问题研究

XINGFA
ZHONGDA YINAN
WENTI YANJIU



中国人民公安大学出版社

四川警官高等专科学校科研基金资助出版

刑法重大疑难问题研究

张 莉 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法重大疑难问题研究/张莉著. - 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004.8

ISBN 7-81087-851-4

I. 刑... II. 张... III. 刑法-研究-中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 083171 号

刑法重大疑难问题研究

XINGFA ZHONGDA YINAN WENTI YANJIU

张莉 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: 河北省抚宁县印刷厂

版 次: 2004 年 8 月第 1 版

印 次: 2004 年 8 月第 1 次

印 张: 7.5

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 179 千字

印 数: 0001 ~ 5000 册

ISBN 7-81087-851-4/D·639

定 价: 16.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010)83903254

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

前 言

在近十五年的刑法课教学与研究中，我一直比较关注法学界的专家、学者和从事司法实践的同志对刑法疑难问题的研讨，并留意收集国内外有关刑法理论研究的信息和资料，分析和比较大家提出的不同观点和见解，本人也对刑法理论与实践中的一些问题积极探索，并发表了一些专题论文。

目前，尽管在刑法理论界出版的专著种类繁多，但我深感缺乏能与刑法教材相衔接，对一些重大疑难问题进行系统的阐述和研究，且适合于公安、法律专业的大学生和公安、司法工作者知识结构的理论读物。因此，为了适应公安（警察）院校的学员和公安、司法工作者刑法理论知识的提升，笔者通过近期的努力，终于写出了这本小书。希望本书对学习和研究刑法的读者有所启发和帮助。

这本小书里的东西不完全是我个人的理论发现，其中许多内容是对中外刑法学大师们理论研究成果的概述。本书如果从其选材、内容和结构等方面能够提供一些新的东西，应该说，我仅仅是像蜜蜂一样采集了中外刑法学界大师们的硕果，而重新构建了自己的体系和内容。因此，特向我所参考的文献中的每一位作者致谢。

书稿形成后得到王鹰博士、教授的审查、指正，在此一并致谢。

作者

2004年7月

目 录

前 言	(1)
-----	-----

第一章 不作为犯罪研究

第一节 不作为犯罪概述	(1)
-------------	-----

一、犯罪行为的两种基本形式	(1)
---------------	-----

二、关于不作为犯罪的考察	(2)
--------------	-----

第二节 不作为的作为义务范围	(6)
----------------	-----

一、不作为的作为义务的界定	(6)
---------------	-----

二、不作为的作为义务的来源	(7)
---------------	-----

第三节 不作为的类型	(11)
------------	------

一、关于不作为犯的分类	(11)
-------------	------

二、真正不作为犯	(14)
----------	------

三、不真正不作为犯	(17)
-----------	------

第二章 单位犯罪研究

第一节 单位犯罪概述	(21)
------------	------

一、关于法人犯罪的考察	(21)
-------------	------

二、我国单位犯罪的立法	(23)
-------------	------

第二节 单位犯罪的概念及其构成特征	(25)
-------------------	------

一、关于单位犯罪的称谓	(25)
-------------	------

二、单位犯罪的概念	(27)
-----------	------

三、单位犯罪的构成特征	(31)
-------------	------

第三节 单位犯罪的主体范围	(35)
一、单位犯罪主体的界定	(35)
二、国家机关能否成为单位犯罪主体	(40)
第四节 单位犯罪的刑罚适用	(42)
一、关于单位犯罪刑事责任的研讨	(42)
二、单位犯罪的处罚原则	(46)
三、单位犯罪的刑罚适用	(48)
第三章 防卫限度问题	
第一节 防卫限度	(51)
一、关于防卫限度的立法考察	(51)
二、防卫限度的理性思考	(58)
三、防卫限度的个案研究	(63)
第二节 关于无限防卫权问题	(65)
一、无限防卫权问题的提出	(65)
二、无限防卫权的含义及相关问题考察	(68)
三、我国刑法第 20 条第 3 款之规定不是无限防卫权	(70)
第四章 我国刑罚目的的理性审视	
第一节 我国刑罚目的的主张	(76)
一、刑罚目的的主流观点	(76)
二、关于刑罚目的的研讨	(81)
第二节 我国刑罚目的之理性思考	(83)
一、报应刑论的观点	(83)
二、预防论的主张	(88)
三、折中主义之说	(91)
第三节 我国刑罚目的的主张与罪责刑相适应原则	(94)
一、我国刑法第 5 条体现的原则	(94)
二、罪责刑相适应原则与我国的刑罚目的	(96)

三、报应之刑的回归	(99)
第五章 死刑存废问题研究	
第一节 世界与我国的死刑现状	(104)
一、世界各国和地区死刑存废概览	(104)
二、世界与我国内地的死刑立法及司法适用现状	(107)
第二节 死刑存废的研讨	(111)
一、废除死刑的主张	(111)
二、留存死刑的主张	(118)
第三节 我国内地限制死刑的可行性论证	(125)
一、我国签署的限制死刑的国际文件	(125)
二、在我国内地减少死刑的可行性	(127)
第六章 交通肇事罪疑难问题研究	
第一节 交通肇事罪的构成及其司法解释	(130)
一、客观要件的认定及司法解释	(130)
二、关于过失危险行为犯罪化问题	(134)
三、犯罪主体的界定	(136)
第二节 交通肇事逃逸致人死亡的认定	(137)
一、“因逃逸致人死亡”规定的研讨	(138)
二、“因逃逸致人死亡”情形的界定	(140)
三、关于逃逸致人死亡案件构成间接故意不作为杀人 情况的研讨	(143)
第七章 强奸罪疑难问题研究	
第一节 强奸罪的本质	(146)
一、强奸罪的本质与特征	(146)
二、关于违背妇女意志的问题	(147)
第二节 奸淫幼女的犯罪	(150)
一、奸淫幼女与强奸妇女的区别	(150)
二、奸淫幼女犯罪的认定	(152)

三、奸淫幼女的犯罪应单立罪名·····	(155)
第三节 婚内有无强奸·····	(157)
一、问题的提出·····	(157)
二、问题的讨论·····	(158)
第八章 有组织犯罪研究	
第一节 关于有组织犯罪的概念·····	(167)
一、国外学者关于有组织犯罪概念的不同学说·····	(167)
二、我国学者关于有组织犯罪概念的不同观点·····	(170)
三、国内外权威机构关于有组织犯罪的界定·····	(173)
第二节 有组织犯罪的类型·····	(176)
一、有组织犯罪分类情况综述·····	(176)
二、对有组织犯罪分类的思考·····	(178)
第三节 黑社会性质组织罪·····	(180)
一、黑社会性质组织罪的立法和司法界定·····	(180)
二、关于黑社会性质组织的学术界定·····	(183)
三、犯罪学角度的黑社会性质组织的特征·····	(184)
第四节 我国内地有组织犯罪现状·····	(187)
一、港、澳、台黑社会组织的渗透·····	(188)
二、我国内地黑社会性质的犯罪团伙·····	(190)
三、黑社会性质犯罪团伙向黑社会组织转化·····	(192)
第九章 受贿罪问题研究	
第一节 受贿罪的犯罪主体·····	(195)
一、国家工作人员与国家机关工作人员的逻辑关系·····	(195)
二、现行刑法关于受贿罪主体范围的界定·····	(196)
第二节 受贿罪客观要件的研讨·····	(201)
一、关于受贿罪的客观要件·····	(201)
二、对“利用职务上的便利”的理解·····	(202)

三、“为他人谋取利益”的问题	(206)
四、贿赂的内容问题	(212)
第三节 斡旋受贿问题	(214)
一、如何界定“利用本人职权或者地位形成的便利 条件”	(215)
二、对“不正当利益”的理解	(218)
三、离休、退休国家工作人员能否成为受贿罪的主体	(220)
四、斡旋受贿是否独立成罪的讨论	(222)
主要参考书目	(226)

第一章 不作为犯罪研究

关于不作为犯罪，历来就有“未解之题”或“最难且未令人满意地解决的难题”之称。的确，学者们在试图用近代刑法学的基础理论对不作为进行解释说明时，一开始便因为不作为是否是行为问题而弄得焦头烂额，以至于一再改变行为概念，其主要目的，便是意图建立一个能容纳不作为的行为体系。本章将对国内外不作为犯罪的理论和立法情况作一概述，也一并阐述笔者的观点。

第一节 不作为犯罪概述

一、犯罪行为的两种基本形式

犯罪是行为，无行为即无犯罪，这在刑法理论上已是一个无可争辩的结论。行为是犯罪的表现形式和基本的存在方式。在现实生活中，犯罪行为的外部表现形式往往是复杂多变的，同一种危害结果可以通过多种行为方式加以实现，而各种不同的犯罪又可能具有基本相同的行为手段或行为方式，不同的危害结果也可以产生于相同的行为。所以，刑事立法的重要任务之一，就是对危害行为的各种客观、外部表现进行明确的归纳、概括和抽象，形成特定的、具有排他性的犯罪行为类型。刑法理论则根据行为的外部表现及其同刑法规范特定形式之间的相互联系，将犯罪行为分为作为与不作为两种基本方式。

根据刑法的具体规定和危害结果形成的实际可能，一部分犯

罪只有通过作为的方式才能得以实现；另一部分犯罪则以不作为的方式构成；还有一部分犯罪既可以采用作为的方式，也可以采用不作为的方式，甚至是以作为与不作为相结合的行为方式来完成。

所谓作为形式的犯罪，是指行为人以积极的身体活动实施刑法所禁止的危害行为，因而构成犯罪的行为。从表现形式看，作为是积极的身体活动；从违反法律规范的性质上看，作为直接违反了禁止性的罪刑规范，即表现为不准为而为。如抢劫行为、强奸行为，这些行为就是作为的表现形式。关于作为形式的犯罪，凡系统学过刑法课的一般都能判断和把握。

不作为形式的犯罪是相对于作为形式的犯罪而言的，是指行为人负有实施某种积极行为的特定义务，并且能够履行这种义务而不履行，因而构成犯罪的行为。所以，这种形式的犯罪行为情况比较复杂，对于不作为形式的犯罪，仅仅了解刑法教科书上的知识，还不足以应对司法实践中出现的各种疑难问题。

二、关于不作为犯罪的考察

开始对不作为犯罪的理论进行系统研究的，是19世纪的德国法学。威斯特法（Westphal）最早对不作为犯罪的特征及成立要件作了一般意义上的考察。他认为，不作为的形式也可以进行犯罪，并且用不作为形式进行的犯罪，都必须以行为人具有某种不能松懈的义务为前提。他还主张，对所有不作为犯罪的处罚都应当比作为犯罪轻。^①从德国现行刑法中对不作为犯罪的处罚轻于作为犯罪的有关规定来看，不得不说，威斯特法的见解有其合理性和先见性。

现代各国刑事法律都有关于不作为犯罪的规定，只是在涉及

① 黎宏：《不作为犯研究》，武汉大学出版社1997年版，第5页。

罪刑法定主义的问题上,世界各国就真正的不作为(法律明文规定的不作为)和不真正的不作为(法律没有明文规定的不作为)在法律的认定上出现了分歧。因此,对不作为犯的认定和处理表现为以下三种类型:

第一种类型,完全不承认不真正不作为犯的处罚,只处罚已予以立法的不作为犯。属于这一类型的国家有法国、比利时等。^①在法国,自由思想根深蒂固,与此相联系,处罚不真正不作为犯违反罪刑法定主义的观点得到广泛支持。所以,在法国,不真正不作为犯是不可罚的。

第二种类型,不把不作为犯区分为真正不作为犯和不真正不作为犯,只以法的作为义务为标准,决定各个具体的不作为犯的处罚。属于这一类型的国家有英国、美国等。英美法律没有不真正不作为犯这一概念,而是以“犯罪行为”和“法的作为义务”这两个要件来划定不作为犯的成立范围。英国法律中有“Actus reus”、美国法律中有“Criminal act”这种犯罪行为概念。这一概念是复合行为概念,既包括作为,又包括不作为。所以,认为成立不作为犯与作为犯是一样的,只是以法的作为义务来限制不作为犯的成立。关于作为义务,杰里米·边沁(Jeremy Bentham)认为是一般救助义务,把不实施对于自己来说能够实施的救助生命的不作为人看做是杀人罪的作为人。其后,托马斯·麦考莱(Thomas Macaulay)以“是仅仅违反道德上的义务还是违反法的义务”为标准,区分为不可罚的不作为和可罚的不作为。^②

第三种类型,没有规定处罚不真正不作为犯的刑罚法规,只

① [日] 日高义博:《不作为犯的理论》,中国人民公安大学出版社 1992 年版,第 6 页。

② [日] 日高义博:《不作为犯的理论》,中国人民公安大学出版社 1992 年版,第 22 页。

是以作为犯的犯罪构成要件为基础，在解释上来认定对不真正不作为犯的处罚。这一类型是以法律解释来解决处罚不真正不作为犯和刑罚法规之间的矛盾。属于这一类型的国家除日本外，还有德国、奥地利、瑞士、南斯拉夫、挪威等。^① 在这些国家中，前西德对不真正不作为犯认定成立范围比较广，其他国家对不真正不作为犯的成立范围有一定的限制。然而，前西德也在反思这种扩张运用。1975年，前西德在刑法总则中设立了处罚不真正不作为犯的规定，明确了等置条款，已经比以前对不真正不作为犯的处罚有所限制。

在中国，不作为犯罪问题并非完全是一个理论问题，更确切地说，它还是一个实践问题。在新旧经济体制更迭之际，社会的各个方面都在发生深刻的变化，面对的各种问题、矛盾错综复杂并日益突出，道德、价值观念也出现多维性发展趋势。以往被普遍认可的人与人之间真诚的、不计报酬的互助、见义勇为等行为，在一些人的心目中已不被推崇，而公平竞争、等价有偿的观念被普遍接受，自我保护以及不干涉他人的生活等观念得到强化。见危不救、见死不救的行为频频被媒体曝光，对此，有人指责，有人辩解。有人认为，一些见危不救或见死不救的行为应构成刑法上的不作为犯罪，但也有人主张这只能受道德谴责。在刑法学界，有学者提出了增设不予救助罪的立法建议，将见危不救、见死不救的行为予以犯罪化。

在国外，确有不少国家规定了不予救助罪，并在实践中得到了合理、有效的适用效果。如《德国刑法典》第330条C、《法国刑法典》第223—6条第2款、《俄罗斯联邦刑法典》第225条、《意大利刑法典》第593条，以及奥地利、加拿大、西班牙、

^① [H] 日高义博：《不作为犯的理论》，中国人民公安大学出版社1992年版，第65页。

波兰等国的刑法典中，都针对不予救助行为相应地予以犯罪化。有些学者也提出不能笼统地主张见危不救应该定罪，所谓通过将见危不救犯罪化，来“逼”人们见义勇为的提法不科学，在见危不救应不应定罪这一问题上，不可一概而论。笔者认为，应当借鉴国外见危不救罪的相关立法，在我国刑法中增设不予救助罪。但同时应当坚持辩证方法，从道德和人性的角度科学地界定见危不救罪的内涵，不能再犯极“左”的错误，用高层次的道德标准来要求非道德圣人的普通人，即不能用法律规定要求人们应当实施舍己利人、见义勇为的行为。因为，这只能是少数圣人可能做到的，不能成为要求普通人的行为规范，否则将违背市场经济特有的价值坐标，不能得到社会成员的广泛认同。在外国刑法中，将见危不救定性为犯罪，即表明法律禁止这种行为和现象。由于法律通过禁止性规定来赋予人们一定行为的义务，所以这一规定就是要求公民在法律所设定的条件下必须实施救助行为。这里的“特定条件”，即“能救助，而对本人或第三人无危险”，使其行为虽然于己无直接之利，但也没有明显损害自己的利益。这种建立在“不损人而合法利己”基础上见危不救罪的规定，我们认为符合市场经济道德价值的。根据德国、日本等大陆法系国家刑法的规定，不予救助是指公共安全或他人的人身安全遭受正在发生的危险时，依当时情况有救助之必要，并且能够采取救助措施且对本人或第三人无显著危险，而故意不予救助、情节严重的行为。^①例如，司机甲驾车兜风，恰逢一交通肇事现场，受伤司机乙请求其将另一重伤司机丙送至医院急救，遭甲拒绝，司机丙因错过送医院抢救时机而死亡。司机甲明知司机丙受重伤，生命垂危，须进行抢救，且自己兜风无事，完全可以送丙至医院而故意不予

^① 赵瑞罡：《关于增设不予救助罪的探讨》，载《法学论坛》2001年第3期，第67页。

救助，终致丙延误时机而亡。甲的这种行为即是不予救助罪。

第二节 不作为的作为义务范围

一、不作为的作为义务的界定

不作为的特点在于对结果的不防止，从防果的可能性上确实可以对不作为的原因力作出某种说明。但这种结果的可能性并不能作为对不作为原因力的惟一解说。事实上，结果表明可能性也是以结果表明义务为前提的。如果脱离作为义务，空泛地谈论防果可能性，就会扩大不作为的范围。例如，面对一个危害结果发生的可能性，两个人都没有防止其发生，其中一个人有作为义务，另一个人则没有这种作为义务，但两人都有防果可能性。那么，能否认为没有作为义务的人对结果发生同样具有原因力呢？显然不能。故而对重大结果的原因力，终究还是要追溯到不作为的作为义务。

由此看来，作为义务是不作为构成的核心要素。作为义务是不作为之因，没有作为义务就无不作为之果。关于作为义务，有的称特定义务；有的称法律和社会所要求的义务；有的认为是法定的法律义务。在国外特别是日本流行的保证人说，即将作为义务的问题转化为保证人地位类型化的问题。作为这种见解之一，便是在考虑作为义务之际，必须判断行为人和受害人之间是否具有亲属关系、共同生活关系，或由于契约产生的保护承担关系及保护者和受保护者之间是否存在个别的密切关系等。

义务是一个内涵丰富、范围极广的概念。它表示在一定的社会关系中所处的地位及其应负的责任，从范围上分大致有道德义务、宗教义务、法律义务和职责义务。那么，是否不履行这些义务均构成刑法中的不作为犯？显然不是。特定义务将不作为犯罪

中应当履行的义务限制在一定范围之内，其指导思想是正确的，但是，特定范围有多大，也不得而知。同样，法律和社会所需要的义务中，社会所要求的义务范围极广，同样不能界定为不作为犯中的义务问题。我们认为，不作为之所以要受到处罚，其根本原因是不履行某种义务便会产生与作为犯相同的社会危害后果。因此，这就要求不作为犯罪所未履行的义务必须是比较重要的、为社会的正常发展所要求而不得不履行的义务。一般来说，在现代国家中，对于哪些义务是公民所不得不履行的义务，法律均有明确的规定。不履行这些义务，即属违法，可能产生较大的危害后果。^①

但是，将作为义务仅限于法律的明确规定即法定的义务，从宏观上看范围过窄，它仅限于真正的不作为犯，而将不是真正的不作为犯全部排斥在外；从微观上看又显得范围过宽，现代法治国家，法定的义务较多，涉及方方面面，如宪法、行政法、民法以及各种程序法上所规定的，等等。如我国刑事诉讼法规定，犯罪嫌疑人应当如实地供述自己的罪行，这就是法定的作为义务，行为人不履行这一义务，可以说构成不作为。因此，法定义务并不就是刑法上的作为义务，它还需要加以限制。其核心问题，即实质的作为义务，应该有一个基本的标准，即如前所述不履行某种义务便会产生与作为犯相同的社会危害后果的情形。

二、不作为的作为义务的来源

由于对不作为的作为义务的性质在理解上有所差别，刑法理论上对不作为的作为义务来源的确认也就有所不同。

费尔巴哈认为，作为义务的产生根据必须限于法律的规定，即法规和契约。施庞根贝格（Spangenberg）也持这种观点。德国

① 黎宏：《不作为犯研究》，武汉大学出版社1997年版，第5页。

刑法学家斯特贝尔首倡先行行为应作为不作为犯罪的作为义务。1884年，德国判例首次确认了先行行为与法律和契约同样是作为义务的发生事由。在刑法理论上，先行行为能否作为不纯正不作为的作为义务的发生根据，存在肯定与否定两种说法。施蒂贝尔（Stubel）认为，作为义务的产生根据除法规、契约外，还有先行行为。由此，先行行为产生法定行为义务的范围问题和紧急救助义务问题便成了争议的焦点。日本的牧野博士关于作为义务范围又提出了他的观点，即除法律以外的合理基础，应以“公共秩序和善良风俗（公序良俗）”为基础。也就是说，“确定行为违法性，无论是对于作为还是对于不作为，都应以公共秩序和善良风俗为标准”，“不作为如违反公共秩序和善良风俗就是犯罪”。而且，其还认为不作为构成犯罪可区分为两种情况：第一，“违反义务不仅违反该义务本身，而且因违反义务所导致的结果也违反公共秩序和善良风俗”；第二，“不作为只在违反该义务本身这一点，就认为违反了公共秩序和善良风俗，而不问违反义务所导致的结果怎样”。因此，关于不作为的作为义务来源，日本学者一般分为这样几种：其一，法令情形；其二，基于法律行为（契约、事物管理）的情形；其三，从公共秩序、良好习俗出发的作为义务，其中又包括习惯上的情形、管理者的防止义务、紧迫援助义务和基于自己先行行为的防止义务。^①

我国香港地区刑法中不作为犯罪的作为义务来源一般有以下几种：

一是被告人与被害人之间的关系产生作为之法律义务。例如，父母和监护人有义务保护他们照顾下的孩子的生命和健康。已婚夫妇及那些关系固定的人同样有法律义务保护其不能自立的配偶或伴侣。

^① 陈兴良：《犯罪不作为研究》，载《法制与社会发展》1999年第5期。