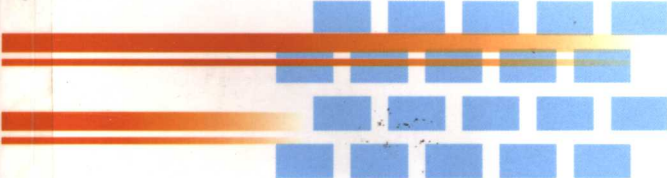




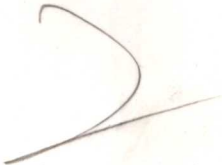
*Zhongguo Xingfa
Lilun Qianyan Wenti Yanjiu*

中国刑法 理论前沿问题研究

刘宪权 主编



人民出版社



*Zhongguo Xingfa
Lilun Qianyan Wenti Yanjiu*

中国刑法 理论前沿问题研究

刘宪权 主编

人民出版社

责任编辑:李春林

封面设计:肖 辉

版式设计:卢永勤

图书在版编目(CIP)数据

中国刑法理论前沿问题研究/刘宪权主编. -北京:人民出版社,2005.6

ISBN 7-01-004901-7

I. 中… II. 刘… III. 刑法-法的理论-理论研究-中国 IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 044510 号

中国刑法理论前沿问题研究

ZHONGGUO XINGFA LILUN QIANYAN WENTI YANJIU

刘宪权 主编

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京市双桥印刷厂印刷 新华书店经销

2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月北京第 1 次印刷

开本:787 毫米×1092 毫米 1/16 印张:49.5

字数:774 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 7-01-004901-7 定价:80.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539



主 编 简 介

刘宪权 男, 1955年12月生于上海, 现任中国刑法学研究会副会长, 华东政法学院刑法学教授、博士生导师、法律学院院长、刑法学研究中心主任, 荷兰艾默斯大学法学博士, 上海市教委重点学科刑法学科的学科带头人。

曾承担并完成2002年度国家社会科学基金项目课题《证券犯罪研究》、“七五”期间全国法学重点研究课题《各国刑法比较研究》、国家“九五”重点图书选题《金融风险防范与犯罪惩治》、联合国科教文组织重点研究课题《犯罪与刑罚理论专题研究》、上海市哲学社会科学规划研究项目《邪教活动的法律控制》、美国政府资助项目《打击拐卖人口犯罪的法律对策》等课题; 现正主持上海市哲学社会科学规划研究项目《突出性公共危机的法律应对研究》、上海市教育委员会重点课题《侵犯知识产权犯罪研究》。在《人民日报》、《解放日报》、《法学》、《政法论坛》、《法商研究》、《法律科学》、《社会科学研究》等核心报刊杂志发表论文500余篇, 独著和参著《刑法学》、《金融犯罪理论专题研究》、《证券期货犯罪理论与实务》、《犯罪与刑罚理论专题研究》、《经济犯罪新论》等学术著作共20部。论文曾获上海市哲学社会科学优秀成果奖等多项奖项, 著作曾获上海市教育成果奖等多项奖项。

现开设《刑法总论》、《刑法各论》、《刑法专论》、《港澳台刑法比较研究》、《经济犯罪研究》、《证券期货犯罪研究》等课程。曾被评为“全国优秀教师”、“宝钢全国优秀教师”等多项称号, 并连续多年被学生评为“我心目中最佳教师”。

内 容 简 介

本书就当前我国刑法理论研究中的三十个前沿问题，以专题的形式进行研究，分别是：罪刑法定原则与刑法新理念，刑法与司法解释溯及力问题研究，犯罪的基本特征与犯罪构成的基本要件研究，刑法中的因果关系问题研究，单位犯罪问题研究，罪过形式问题研究，排除犯罪性行为问题研究，故意犯罪停止形态问题研究，共同犯罪问题研究，罪数形态和数罪并罚研究，量刑问题研究，刑罚种类若干问题研究，自首、立功若干问题研究，生产、销售伪劣商品罪研究，货币犯罪若干问题研究，证券、期货犯罪若干问题研究，洗钱罪若干问题研究，金融诈骗罪若干问题研究，侵犯知识产权犯罪若干问题研究，非法经营罪若干问题研究，强奸罪若干问题研究，绑架罪若干问题研究，拐卖人口犯罪若干问题研究，抢劫罪若干问题研究，盗窃罪若干问题研究，诈骗罪若干问题研究，侵占罪若干问题研究，毒品犯罪若干问题研究，贪污贿赂类犯罪若干问题研究，挪用类犯罪若干问题研究。

本书作为一本刑法理论深化研究的专著，较为适合研究生和高年级法学本科生选读，由于本书所选专题均为理论和实践结合较紧的课题，因而对于司法实践部门的人员也会有所帮助。

责任编辑：李春林

封面设计：肖 辉

版式设计：卢永勤

前 言

时下,“依法治国,建设社会主义法治国家”已经载入我国宪法,成为我国的基本治国方略。我国的法治建设迎来了一个全新的发展时期,法制化已经成为我国现代化建设的重要组成部分。随着经济的发展和社会的进步,在刑法学理论研究和司法实践中不断地出现了一些新问题和情况,这些问题不仅涉及一些以前刑法传统理论问题,而且还涉及一些较为新颖和前沿的刑法理论问题。对于这些新问题和新情况,我们必须注意从理论的高度加以研究,以求从刑法原理上得出解决问题的方案,从而指导刑事司法实践。我们认为,刑法学的发展与社会的发展是同步的,只有置身于现实社会,紧密结合社会实践,刑法学的研究才有价值。为此,我们以“中国刑法理论前沿问题研究”为题撰写本书,希望能够通过书中这些专题研究,促进我国刑法学研究的深入发展。

本书就当前我国刑法理论研究中的三十个前沿问题,以专题的形式进行研究。所谓前沿问题无非是指近年来刑法理论中讨论较多和争议较大的一些问题,由于是否为“前沿问题”可以说是仁者见仁、智者见智,因此我们并不拘泥于论题的完整周到,也不追求论述的面面俱到,仅仅希望能够借这些题目发表一些自己的看法,进行一些理性的思考,开展一些深入的探讨。本书主要就如何树立刑法新理念、刑法基本原理的最新发展、刑事司法实践中争议较大的问题以及某些新型犯罪和传统犯罪中定罪和量刑疑难问题等展开探讨和研究。应该说,在每个专题中作者均尽可能地引用了最新的资料和理论界的最新科研成果,并在此基础上提出了自己的观点。

本书主要由华东政法学院刑法学研究中心的一些近年来崭露头角的青年教师、博士等参加撰写。中国刑法学研究会副会长、华东政法学院法律学院院长、华东政法学院刑法研究中心主任、荷兰艾柔默斯大学法学博士、博士生导师刘宪权教授担任本书主编,并拟定了本书的写作大纲和承



担了书中一些重要专题的研究和撰写工作。华东政法学院刑法学科是上海市教委重点学科,早在1981年就获准设立刑法学硕士点,现已获准设立刑法学博士点和博士后留动站,刑法学课程被评为上海市精品课程和华东政法学院精品课程,并曾得到联合国教科文组织和世界银行的重点资助。刑法学研究中心的许多教授、教师和研究人员近年来可谓硕果累累。曾有多人完成或正在承担国家社会科学基金项目、上海市哲学社会科学基金项目、司法部科研项目、上海市教委重点科研项目等,并有多人多次获得国家和省部级科研成果奖。

参加本书各专题撰写的作者分工如下:

- 第一专题:罪刑法定原则与刑法新理念(刘宪权)
- 第二专题:刑法与司法解释溯及力问题研究(刘宪权)
- 第三专题:犯罪的基本特征与犯罪构成的基本要件研究(王恩海)
- 第四专题:刑法中的因果关系问题研究(卢勤忠)
- 第五专题:单位犯罪问题研究(赵能文)
- 第六专题:罪过形式问题研究(桂亚胜)
- 第七专题:排除犯罪性行为问题研究(桂亚胜)
- 第八专题:故意犯罪停止形态问题研究(卢勤忠)
- 第九专题:共同犯罪问题研究(何萍)
- 第十专题:罪数形态和数罪并罚研究(刘宪权、赵能文)
- 第十一专题:量刑问题研究(王恩海)
- 第十二专题:刑罚种类若干问题研究(吴允锋)
- 第十三专题:自首、立功若干问题研究(王玉珏)
- 第十四专题:生产、销售伪劣商品罪研究(王玉珏)
- 第十五专题:货币犯罪若干问题研究(卢勤忠)
- 第十六专题:证券、期货犯罪若干问题研究(刘宪权)
- 第十七专题:洗钱罪若干问题研究(何萍)
- 第十八专题:金融诈骗罪若干问题研究(刘宪权)
- 第十九专题:侵犯知识产权犯罪若干问题研究(刘宪权、王玉珏)
- 第二十专题:非法经营罪若干问题研究(王恩海)
- 第二十一专题:强奸罪若干问题研究(刘宪权、吴允锋)
- 第二十二专题:绑架罪若干问题研究(刘宪权、桂亚胜)
- 第二十三专题:拐卖人口犯罪若干问题研究(刘宪权)



第二十四专题:抢劫罪若干问题研究(桂亚胜)

第二十五专题:盗窃罪若干问题研究(王玉珏)

第二十六专题:诈骗罪若干问题研究(王恩海)

第二十七专题:侵占罪若干问题研究(卢勤忠)

第二十八专题:毒品犯罪若干问题研究(王恩海)

第二十九专题:贪污贿赂类犯罪若干问题研究(吴允锋)

第三十专题:挪用类犯罪若干问题研究(赵能文)

本书作为一本刑法理论深化研究的专著,较为适合研究生和高年级法学本科生选读,由于本书所选专题均为理论和实践结合较紧的课题,因而对于司法实践部门的人员应该也会有所帮助。

本书的出版得到了上海市教委的大力支持,特别是得到了人民出版社法律编辑室李春林主任的全力帮助,在此谨致我们的真诚谢意。我们在撰写本书过程中,参阅了大量的相关著作、教材和论文,并引用或吸收了其中部分研究成果和观点。参考书目已附于书后,由于篇幅所限,无法一一列举,只能在此一并表示我们衷心的感谢。由于时间仓促、水平有限,本书也难免存在错误和缺漏,我们殷切期望广大专家、学者和读者对本书中的观点和问题批评指正,以便我们能在思考中加以改正并得到提高。

作 者

2005年元月于华东政法学院

目 录

前 言	(1)
第一专题 罪刑法定原则与刑法新理念	(1)
一、罪刑法定原则的内容及其基本精神	(2)
二、罪刑法定原则的产生和思想渊源	(7)
三、贯彻罪刑法定原则应排除的几个观念	(12)
四、贯彻罪刑法定原则应树立的刑法新理念	(16)
第二专题 刑法与司法解释溯及力问题研究	(24)
一、有关刑法溯及力问题研究	(24)
二、有关刑法司法解释的时间效力问题研究	(39)
第三专题 犯罪的基本特征与犯罪构成的基本要件研究	(53)
一、犯罪的基本特征	(53)
二、犯罪构成的基本要件	(62)
三、犯罪构成相关问题讨论	(69)
第四专题 刑法中的因果关系问题研究	(79)
一、刑法因果关系的客观性和法律性	(79)
二、刑法因果关系的判断	(82)
三、刑法因果关系的性质	(88)
四、不作为犯罪有无因果关系	(94)
第五专题 单位犯罪问题研究	(97)
一、单位犯罪概述	(97)



二、单位犯罪构成特征	(108)
三、单位犯罪的处罚	(119)
第六专题 罪过形式问题研究	(123)
一、犯罪故意	(123)
二、犯罪过失	(134)
三、严格责任和模糊罪过	(140)
第七专题 排除犯罪性行为问题研究	(144)
一、正当防卫	(144)
二、紧急避险	(154)
三、其他排除犯罪性的行为	(160)
第八专题 故意犯罪停止形态问题研究	(164)
一、犯罪实行行为中“着手”的认定	(164)
二、犯罪既遂与未遂界限的确定	(175)
三、故意犯罪停止形态存在的范围	(179)
四、放弃重复侵害行为的定性	(191)
五、危险状态出现后是否存在中止	(193)
第九专题 共同犯罪问题研究	(196)
一、共同犯罪的共同关系	(196)
二、共同犯罪主体研究	(198)
三、共同犯罪故意问题研究	(206)
四、共同的犯罪行为问题研究	(211)
第十专题 罪数形态和数罪并罚研究	(215)
一、罪数形态研究	(215)
二、数罪并罚研究	(237)
第十一专题 量刑问题研究	(248)
一、量刑概述	(248)



二、量刑的原则	(255)
第十二专题 刑罚种类若干问题研究	(267)
一、死刑	(267)
二、无期徒刑	(280)
三、有期徒刑	(283)
四、拘役刑	(285)
五、管制刑	(287)
第十三专题 自首、立功若干问题研究	(291)
一、新中国成立后的自首、立功制度沿革	(291)
二、自首的分类	(295)
三、一般自首的成立条件	(296)
四、准自首的成立条件	(298)
五、自首认定的特殊问题	(301)
六、自首的处理	(305)
七、立功	(306)
第十四专题 生产、销售伪劣商品罪研究	(310)
一、生产、销售伪劣商品罪	(311)
二、生产、销售伪劣商品犯罪	(319)
第十五专题 货币犯罪若干问题研究	(326)
一、伪造货币罪的认定	(327)
二、金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪的认定	(334)
三、持有、使用假币罪的司法认定	(341)
第十六专题 证券、期货犯罪若干问题研究	(350)
一、证券、期货犯罪的概念	(350)
二、证券、期货犯罪的构成特征	(355)
三、证券、期货犯罪的法定刑研究	(363)



四、证券、期货犯罪的刑法完善	(368)
第十七专题 洗钱罪若干问题研究	(379)
一、洗钱罪的起源与现状	(379)
二、洗钱罪的特点	(382)
三、中国刑法中的洗钱罪的由来及其发展	(385)
四、洗钱罪的概念和构成要件	(388)
五、洗钱罪与相似犯罪的区别	(394)
六、洗钱罪的法律后果	(396)
第十八专题 金融诈骗罪若干问题研究	(399)
一、金融诈骗罪中的非法占有目的	(400)
二、贷款诈骗罪的司法认定	(409)
三、信用卡诈骗罪的司法认定	(421)
四、保险诈骗罪的司法认定	(442)
第十九专题 侵犯知识产权犯罪若干问题研究	(455)
一、知识产权犯罪刑事立法依据	(455)
二、侵犯知识产权犯罪刑事立法模式	(460)
三、侵犯知识产权罪的概念及其构成特征	(463)
四、假冒注册商标罪	(468)
五、侵犯商业秘密罪	(475)
第二十专题 非法经营罪若干问题研究	(483)
一、非法经营罪概述	(484)
二、刑法第 225 条第 4 项与罪刑法定原则	(490)
三、非法经营罪疑难问题研究	(496)
第二十一专题 强奸罪若干问题研究	(504)
一、关于强奸罪的罪名问题	(504)
二、普通强奸犯罪的构成特征	(507)



三、奸淫幼女犯罪是否应以明知幼女为要件	(513)
四、少男幼女性行为的处理	(519)
五、强奸罪认定中还需要注意的几个问题	(520)
第二十二专题 绑架罪若干问题研究	(524)
一、绑架罪的立法规定	(524)
二、绑架罪的特征	(526)
三、绑架罪的加重构成	(531)
四、绑架罪的处罚	(535)
五、绑架罪与其他相关犯罪的区别	(537)
第二十三专题 拐卖人口犯罪若干问题研究	(544)
一、打击拐卖人口犯罪的刑事立法依据	(544)
二、现行刑法中有关打击拐卖人口犯罪的规定分析	(546)
三、拐卖人口犯罪的法律特征	(550)
四、拐卖妇女、儿童罪的司法认定	(556)
五、收买被拐卖的妇女、儿童罪的司法认定	(558)
六、我国惩治拐卖人口犯罪的刑事法律完善	(562)
第二十四专题 抢劫罪若干问题研究	(571)
一、抢劫罪的基本特征	(571)
二、抢劫罪的加重情节	(575)
三、抢劫罪的既遂与未遂问题	(583)
四、转化型抢劫罪	(586)
第二十五专题 盗窃罪若干问题研究	(591)
一、我国盗窃罪的立法及研究状况	(591)
二、盗窃罪犯罪客体	(594)
三、盗窃罪的客观方面	(601)
四、盗窃罪犯罪主体	(602)
五、盗窃罪的主观方面	(604)



六、盗窃罪的认定	(605)
七、盗窃罪的刑事责任	(610)
第二十六专题 诈骗罪若干问题研究	(611)
一、诈骗罪的犯罪客体	(611)
二、诈骗罪的主观要件	(614)
三、诈骗罪的客观要件	(616)
四、诉讼欺诈行为的认定	(626)
第二十七专题 侵占罪若干问题研究	(633)
一、侵占罪的对象	(633)
二、侵占罪的客观特征	(644)
三、侵占罪的界限	(648)
第二十八专题 毒品犯罪若干问题研究	(653)
一、毒品犯罪概述	(653)
二、毒品犯罪的犯罪构成	(659)
三、毒品的种类、数量和纯度	(678)
第二十九专题 贪污贿赂类犯罪若干问题研究	(688)
一、国家工作人员范围的界定	(688)
二、贪污罪若干问题研究	(696)
三、受贿罪若干问题研究	(704)
第三十专题 挪用类犯罪若干问题研究	(723)
一、挪用类犯罪的客观方面	(723)
二、挪用类犯罪比较	(754)
参考书目	(769)

第一专题 罪刑法定原则与刑法新理念

刑法的基本原则是刑法的核心和精髓,其不仅能体现刑法的根本精神,而且能指导刑事立法和刑事司法适用。正因为如此,刑法的基本原则始终是理论和实践中一个极其重要的问题。

世界各国有关刑法基本原则的表现模式主要有三种:其一为直接规定的模式,即刑法的基本原则直接由刑法条文加以规定;其二为援引的模式,即刑法的基本原则不是由刑法条文加以规定,而是由宪法或其他宪制性法律加以规定;其三为推论的模式,即刑法的基本原则既不是由刑法条文加以规定,也不是由宪法或其他宪制性法律加以规定,而是由一些学者根据刑法的具体规定,从理论上进行归纳和总结并作出推论。

我国 79 刑法没有对刑法基本原则作出规定,其他法律也没有这方面的规定,当时刑法基本原则均是由一些学者根据自己对刑法规定内容的理解,从理论上推论出来的。由于各人对刑法条文的内容及其精神的理解不会完全一样,推论的角度也不可能完全一致,因此,刑法的基本原则在各种教科书中的表述并不完全一样。这种情况的存在,显然不利于刑法基本精神的体现和刑法内容的正确贯彻。为此,1997 年对刑法进行修订时,许多人提出应该将刑法的基本原则直接规定在刑法条文中,立法者最终采纳了这一意见,明确地将刑法基本原则规定在刑法条文中。从我国 79 刑法对基本原则采用推论的模式到 97 刑法采用直接规定的模式,这无疑是我国法制建设的又一重大成果。

对于刑法基本原则应该有哪些,理论上存在许多不同的观点。以前曾经有人提出过罪刑法定原则、主客观相一致的原则、罪刑相适应原则、罪责自负反对株连原则、惩办与宽大相结合原则等。理论上大多数学者认为,界定刑法基本原则可以包括以下三方面的内容:第一,是指刑法这个部门法所特有的原则或应重申各个部门法都应以贯彻执行的法治总原则。第二,应当是贯穿于刑事立法、司法的全过程,体现在整个定罪量



刑的各个方面。也即刑法基本原则应当具有刑法通则的属性,在刑事立法、司法的各个阶段起作用,具有普遍的指导意义,而不是仅适用于某一特定阶段。如从旧兼从轻原则、数罪并罚原则等,只在刑法溯及力、刑罚适用方面起作用,故不属于刑法基本原则之范畴。第三,应当符合“原则”的内涵。“原则”,通常是指“观察问题、处理问题的准绳。”^①由这些内容分析可知,刑法的基本原则应该是贯穿于刑法的立法、司法的全过程,并具有普遍遵守的,为刑法所独有的或为刑法对法制原则的重申,具有全局性、根本性的准则。^②根据这一要求,在刑法的修订过程中,立法者广泛听取了各方面的建议和意见,将罪刑法定原则、平等适用原则(也称适用刑法平等原则)以及罪责刑相适应原则明确地规定在刑法第3条、第4条和第5条之中。

刑法所规定的这三大基本原则是刑事立法对人们在长期的刑事司法实践中刑事司法活动规律的反映,既继承和发扬了我国人民司法工作的优良传统,又是对刑事司法活动的性质、特点及其规律的全面、综合的反映,其所蕴涵的科学、民主理念对指导司法实践、完善刑事法制、实现刑法的任务都具有举足轻重的作用。^③笔者认为,刑法所规定的这三大基本原则(特别是罪刑法定原则)应该具有划时代意义。尽管我们可能现在还不能完全体会到其深刻的意义,但是,若干年后我们再加以回味,必然会感觉到这些刑法原则对我国的刑事立法活动和刑事司法实践活动的指导作用,以及给我们的思想、理念上所带来的巨大震撼作用。在此,笔者仅就罪刑法定原则作一些理论探讨。

一、罪刑法定原则的内容及其基本精神

就刑法所规定的三大基本原则分析,我们不难发现其中最重要的原则无疑是罪刑法定原则。罪刑法定原则又称罪刑法定主义,其基本含义包括认定行为人的行为构成犯罪和给予处罚,必须以刑法的明文规定为

① 《辞海》,上海辞书出版社1979年版,第151页。

② 参见苏惠渔主编:《刑法学》,法律出版社2001年版,第31页。

③ 参见苏惠渔主编:《刑法学》,法律出版社2001年版,第32页。



前提,如果刑法没有明文规定,即使行为危害很大,也不能认定犯罪和给予处罚。也即法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。罪刑法定原则的基本内容应该包含以下几个方面:其一,法定化,即犯罪和刑罚必须事先由法律作出明文规定,不允许法官自由擅断;其二,实定化,即对什么行为是犯罪以及犯罪所产生的具体法律后果,都必须作出实体化的规定;其三,明确化,即刑法条文必须用清晰的文字表述确切的意思,不得含糊其辞或模棱两可。

从上述对罪刑法定原则的分析中,我们不难发现,罪刑法定原则的内容应该是很清楚的,即法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。但是,应该看到,时下对罪刑法定原则这一基本内容的理解,理论上尚有不同的观点。特别是近年很多学者谈及此原则时认为,对于罪刑法定原则的基本内容应该从两方面理解,即所谓的“两点论”:第一点是法律如果有明文规定的,就按照法律规定定罪或处罚;第二点才是法律没有明文规定不能定罪,不能处罚。按照此观点,对于罪刑法定原则的理解应该分两个层面,那就是首先应该是要定罪要处罚,其次才是不定罪不处罚。有学者还具体地对此观点作了阐述:“我国罪刑法定原则由两个基本方面组成,其一是‘法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚’,称之为积极的罪刑法定原则,它从积极方面要求正确运用刑罚权,惩罚犯罪,保护人民。其二是‘法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚’,称之为消极的罪刑法定原则,它是从消极方面限制刑罚权的适用,防止国家滥用刑罚权,侵犯人权。它的确是善良公民的大宪章,也是犯罪人的大宪章。在这其中正确运用刑罚权,惩罚犯罪,保护人民,这是第一位的;而防止刑罚权的滥用,以保障人权,则是第二位的。积极的罪刑法定原则与消极的罪刑法定原则的统一,运用刑罚权,惩罚犯罪,保护人权与约束刑罚权,防止滥用,保障人权的统一,是罪刑法定原则的全面的正确的含义,它克服了西方罪刑法定原则的片面性,是对罪刑法定原则的新的发展。”^①笔者认为,看上去这种对罪刑法定原则的理解好像是比较全面的,但是,这种对罪刑法定原则的理解明显偏离了罪刑法定原则的原本含义。因为从前述分析中,我们已经清楚罪刑法定原则的基本内容应该是法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。在这一基本内容中所体现出来的一

^① 何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社1997年版,第63~68页。