

王作富著

# 刑法论衡

三A170

刑 事 法 律 科 学 文 库 (42)



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

刑 事 法 律 科 学 文 库 ( 4 2 )

# 刑法论衡

王作富 著



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

刑法论衡/王作富著. —北京:法律出版社,2004. 1

ISBN 7-5036-4680-2

I. 刑... II. 王... III. 刑法-中国-文集

IV. D924.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第117392号

©法律出版社·中国

<b>责任编辑/思 实</b>	<b>装帧设计/于 佳</b>
出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/19.625 字数/524千
版本/2004年1月第1版	印次/2004年1月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939685	传真/010-63939701
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	中法图第一法律书店/010-63939781/9782
客服热线/010-63939792	中法图北京分公司/010-62534456
网址/www.chinalawbook.com	中法图上海公司/021-62071010/1636
电子邮件/service@chinalawbook.com	中法图苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-4680-2/D·4398	定价:48.00元

## 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。中国依法治国、建设社会主义法治国家之基本治国方略的确立及其贯彻,对中国社会的发展进步至关重要。毋庸置疑,现代刑事法治在现代化法治国家中仍扮演着重要的角色,因而刑事法律学科也相应地为国家所重视,成为公认的改革开放以来我国发展繁荣最为显著的主要法学学科领域之一,并被首批纳入建设国家重点研究基地之规划。在新世纪建设社会主义法治国家的进程中,刑事法学需要进一步发展与完善,以更为充分地发挥其应有的作用。

中国人民大学刑事法律科学研究中心是以刑事法律学科为研究领域的国家重点学术研究机构,系1999年12月首批建立的15个教育部普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。中国人民大学刑事法律科学研究中心研究人员以中国人民大学法学院刑事法学科的部分专家学者为专职研究人员,同时聘请国内外一些知名刑事法专家学者作为兼职研究人员。中心主任为著名中青年刑法学者赵秉志教授,中心执行主任为知名中青年刑法学者卢建平教授,中心副主任为知名中青年刑事法学者何家弘、甄贞、郑定、黄京平教授,中心顾问为著名刑法学家高铭暄教授暨中央政法机关几位专家型领导同志。在学术研究范围和布局上,中心以作为国家重点学科的刑法学科为龙头,涵盖古今中外刑事法学之主要学科和研究领域。中心下设四个研究机构和研究方向:第一研究室以中国刑法为研究方向;第

二研究室以刑事诉讼法暨刑事侦查、刑事物证技术为研究方向；第三研究室以中外刑事法律史为研究方向；国际刑法研究所外国刑法与国际刑法为主要研究方向。刑事法学相关学科的有机结合和研究队伍的合理组合，乃是中心鲜明的优势互补之特色。按照教育部的要求，中心应当是具有明显科研优势和特色的国家级刑事法律科学重点研究基地，并经过努力使整体科研水平和参与重大决策的能力居于国内领先地位，在国际刑事法学学术界亦享有较高声誉。为达此目标和地位，中心要以学术研究为核心，深化科研体制改革，实行全面开放，注重高层次人才培养，加强学术交流，引导和促进刑事法律学科的发展与完善，努力建成全国一流的、名副其实的刑事法律科学领域的重点研究基地。

“刑事法律科学文库”是中国人民大学刑事法律科学研究中心的主要系列著作项目，计划出版国内外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、刑事侦查、刑事物证技术、刑事法律史等领域）的有新意、有深度、有分量的著作与译作，著译者以本中心专职、兼职研究人员为主，并向国内外专家学者开放。旨在繁荣、深化和开拓刑事法学领域的学术研究，积累刑事法学方面的学术成果，为提高我国刑事法学的研究水平做出积极的贡献。

中国人民大学刑事法律科学研究中心

2000年1月

## 自序

1949年高中毕业,本来一心想上大学学理工,但因数学成绩不好,自知录取无望而作罢。一次偶然的机会有幸得知新成立的中国政法大学在招生,在根本不知法律为何物的情况下报了名,居然被录取,没有想到由此竟决定了我一生的事业。1950年3月中国政法大学与华北大学合并成立中国人民大学,我成为法律系本科的学生。同年冬,学校为加快培养师资的速度,我被挑选进入研究生班,在苏联专家指导下专攻刑法。1952年初,未及毕业又被调入教研室作了教师,由讲师(1956年)、副教授(1980年)、教授(1985年)到博士生导师(1987年),迄今算起来,在法学教育战线上已经拼搏了51个春秋!

自20世纪50年代起,在基础薄弱、资料匮乏条件下,我们也进行了一些研究工作。1954年,配合当时国内对敌斗争的严峻形势,我在《政法研究》上发表了第一篇论文——《论苏维埃刑法在新经济政策时期中的作用》,以后参加编写了《中国刑法总则讲义》(未公开出版)、《中华人民共和国刑法是无产阶级专政的工具》(中国人民大学出版社出版)的著作。但是,比较系统和有计划开展刑法学研究,还是在党的十一届三中全会以后,特别是在进入20世纪80年代第一部刑法典正式施行以后。20多年来,我先后出版个人专著2部

(共80余万字),主编、参编、翻译法学著作60余部,发表论文80余篇。我撰写的《中国刑法研究》1991年获北京市哲学、社会科学优秀成果奖,《刑法分则要义》被选作中央电大教材,发行9.5万册。这些著作以其理论与实际紧密结合的特点,受到读者好评,取得了较好的社会效果。

刑法是国家的重要部门法,是国家法律体系中的基本法律之一。刑法的正确制定与运用,不仅直接关系到能否有力地惩治和预防犯罪,也关系到能否有效地保障公民(包括犯罪嫌疑人、被告人)的合法权益。作为以刑法为研究对象的刑法学,是一门实践性很强的应用型学科。理论的价值和生命力,归根结底就在于它的实践价值,刑法理论必须为立法和司法实践服务,为不断完善刑事立法和刑事司法工作服务。正是基于这一点考虑,多年来我在刑法教学与研究工作中,特别关注司法实践中已经提出和可能提出的与犯罪认定有关的种种疑难问题,力求从理论上给予有理有据的解析,而这些问题在刑法分则适用中出现最多,这也正是我近年来偏重对刑法分则研究的重要原因。理论与实践相结合,有的放矢,务实求真,也成为我教学与研究的特点。我很高兴许多司法工作者和学生对此给予的理解和肯定评价。

当然,实事求是地说,我的研究水平与实际的要求,以及与其他学者的创造性研究成果相比较,还有很大的差距。特别是近年来,我逐渐感觉到,有时面对一些比较复杂、困难和争议较大的问题,自己不能从更深层次上找出更有力的理论支撑,论证乏力,其原因就是自己的知识基础不够厚实,知识更新赶不上当今信息时代的飞速发展。我也常为此而焦虑。但是,毕竟年事已高,再前进一步往往感到力不从心,也就只能尽力而为之。

正因为我自自觉理论水平不够高,高质量的成果不够多,所以我不大愿意出个人文集的。但是,我们中国人民大学刑事法律科学研究中心主任赵秉志教授及其他同志,为了为高铭暄教授和我二人从教50周年举行一次纪念活动,一定要我在活动前出一本文集,以资

纪念。盛情难却,我从近十几年来发表的论文、专题研究以及在各种培训班的专题讲稿中挑选出 40 余篇,结集出版,其中有不少是和我的学生合作的成果。由于时间跨度较长,涉及前后对两部刑法典的研究,难免前后有观点不一致的地方,还有些问题在 1997 以前值得提出研究,1997 年以后已经解决或者不存在了,但是,在这次选编时,我对这样的论文依然选入,因为,毕竟它们都反映了当时的历史状况,我想读者可以从中了解我对某些问题的观点的发展轨迹。同时也因时间关系,对于收入文集的全部成果,基本上都不作大的改动,只作一些技术性处理,以及对援引资料不够准确,个别表述不够确切的字句予以校正,错字、漏字予以改正等等。

在本文集付梓之际,我除了感谢赵秉志教授等同志的热情倡议和积极筹办外,我还要感谢法律出版社贾京平社长和社长助理蒋浩同志的鼎力支持。对于为这本文集出版付出辛勤劳动的所有同志,在此一并表示衷心感谢。

王作富

2003 年 12 月 8 日



# 目 录

## 上篇 刑法基础理论研究

中国刑法学研究应当注意的几个基本问题·····	3
论社会主义初级阶段的犯罪原因·····	8
科技进步之刑法保护·····	19
新时期刑事立法的反思及若干改进构想·····	30
从刑事司法中的问题谈刑事立法的完善·····	38
完善刑事立法和司法机制 推进廉政建设·····	48
罪刑法定原则与人权保障·····	58
切实执行罪刑法定原则 把依法治国方针落到实处·····	66
刑法中的“单位”研究·····	72
关于新刑法中特别防卫权规定的研究·····	97
关于安乐死是否构成犯罪问题的探讨·····	112
资产阶级刑法中的共犯·····	124
共同犯罪与构成身份新论·····	135
犯罪转化问题刍议·····	147
谈谈外国刑法中的死刑问题·····	152
职务犯罪死刑立法需要反思与检讨·····	162

## 下篇 个罪司法实务研究

交通肇事罪研究·····	169
--------------	-----

---

证券内幕交易中短线交易犯罪的认定与处罚研究·····	202
论操纵证券交易价格罪·····	213
“入世”后我国商标犯罪的立法完善·····	221
故意杀人罪研究·····	234
故意伤害罪研究·····	257
强奸罪研究·····	294
奸淫幼女犯罪的认定与主客观相统一原则·····	308
绑架罪研究·····	321
论抢劫罪认定中的几个问题·····	338
盗窃罪研究·····	369
诈骗罪研究·····	384
论侵占罪·····	393
论职务侵占罪·····	405
论淫秽物品犯罪的几个问题·····	418
关于毒品犯罪的几个问题·····	431
贪污罪定义辨析·····	454
关于贪污犯罪的几个问题·····	463
贪污罪主体、客体的立法完善·····	470
论贪污罪立法的完善·····	485
挪用公款罪认定中若干问题研究·····	491
受贿罪研究·····	521
“黑哨”行为不能以犯罪论处·····	584
论徇私舞弊不移交刑事案件罪的司法适用·····	591
附录 王作富教授刑法思想述略·····	602

上  
篇

**刑法基础理论研究**



## 中国刑法学研究应当注意的几个基本问题

随着历史的演进,法律虚无主义被彻底摒弃,与诸多法律学科一样,我国刑法学研究成果丰硕,战绩辉煌:出版的刑法学著作林林总总,发表的刑法学论文汗牛充栋。然而,在一派繁荣盛景的背后,一些刑法学人却产生了这样的困惑:一方面认为刑法学领域的论题都做得差不多了,理论研究太过发达,实难找寻可以开发的空間;而另一方面,又对刑法学整体研究现状不满,苦闷彷徨之声时有耳闻,忧患意识凸现。我国刑法学研究究竟应当如何发展? 以下我们就此问题谈几点粗浅的看法。

### 一、关于学术导向问题

这个问题直白地说,就是为什么研究刑法和为谁研究刑法的问题。人类社会的发展史,实际上是一部人类思想的实践史。法学研究活动可视为一种实践理性。从大的方面说,我们可以把刑法学的研究范畴划分为应用刑法学(或称注释刑法学)和理论刑法学。前者主要是阐释、解决刑法规范适用中的具体问题,追求的是刑法适用的直接效果;后者主要是解决刑法文明的价值取向和刑法规范、刑法制度以及刑法体系建构的理论基础问题,追求的是刑法适用更深层次的价值目标——正义与秩序。在各自的分野中,长期以来形成了大家都认同的分析模式和学术范式,理性的思辨和逻辑的分析方法也一直为我们所遵循和坚守。然而,这只是一个刑法学人最基本的素质要求和进行研究工作的前提。

刑法是社会中的刑法,它从来就不是孤立存在的。当代中国这场伟大变革已经并将继续深刻地改变和影响我国社会的基本面貌。

一方面是社会公共资源的短缺与不足,而另一方面却是这种社会资源的大量浪费与闲置。与时代发展的需求相对照,很多社会科学学科的研究成果,其社会效益很难令人满意,更不用说制度安排和规则设计的科学与合理。很多重要的问题都缺少理论支持及观念的引导。就刑法学研究而言,无论是应用刑法学研究还是理论刑法学研究,其实都应当是为实践服务的,所不同的仅仅是直接与间接的区别而已。刑法学以应用刑法学为主,是正确的、必然的。但问题在于,应用刑法学多年来在低水平徘徊,大量著作雷同,千书一面,流于肤浅,回避实践中的难点与困惑,使人读后难有收获;另一方面,理论刑法学研究的高水平之作实为凤毛麟角。究其根源,关键在于理论研究脱离实践,偏离了为实践服务这一理论研究的根本宗旨。因此,就社会责任的担当者而言,我们无论探究的是理论上还是实践中的问题,在指导思想上都应自觉地融入到社会变革的大潮中,树立为时代发展服务的思想,以社会进步的需要为立论的基础和出发点,绝不能为浮躁的社会风气所左右,或急功近利,或贴标签、搞伪包装,或无视国情、生搬硬套舶来品来诠释中国的问题,或违背社会规律为了学术而学术以至步入虚妄的境地。

说到这里,顺便谈谈刑法学教材的编写问题。近20年来,各政法院校和学者争相编写的本科刑法教材和刑法通论之类的大同小异的著作,在教材市场上蔚为壮观,颇为引人注目。其实,这种状况并不利于刑法学教学和研究的发展。这是因为,本科的刑法学教材作为引导初学者学习刑法学、步入刑法学殿堂的入门书,其实就是刑法学的“ABC”。在这个阶段,只需用一个声音告诉学生“刑法学是什么”就足矣,至于“刑法学应当是什么”,那是在研究生阶段以及今后的研究工作中思考的问题。因而在初学教材编写上“独树一帜”、“百家争鸣”的局面,不仅人为地给初学者的入门设置了不必要的障碍,而且导致了学者们学术资源和时间上的浪费。所以,我们建议,对于大学本科生的刑法学教材及通论之类的著作,应由国家主管部门组织全国高水平的专家、学者统一编写,这样,既可使刑法学者集

中精力撰写具有创见性的学术专著和论文,又可避免因教材体例以及内容上的差异而给初学者造成不必要的困惑。

## 二、关于治学态度问题

这个问题与上文紧密相关,看似老生常谈,实则十分重要。学术的生命在于创新,没有创新也就没有发展、没有超越,而发展需要传承。由于研究工作的需要,我们非常关注法学尤其是刑法学图书市场和图书馆的新版藏书。然而,在真正需要参引借鉴而开卷找寻时,却发现许多是新瓶装旧酒,似乎都是老朋友。谈及这个话题,我们不由想起一位资深的编辑曾经坦言:经他编辑的近百部法学专著,确有新意、有独到见解的不超过1/5。而这些著述之所以能够出版面世,一个非常重要的原因是学术功利化使然。在评定职称和申报学位点的诸多因素中,学术成果(论文、著作)是首当其冲的硬指标。争取这些与生存、发展关系紧密的东西,本无可厚非,但问题是许多成果是以短平快的方式突击完成的,不仅论题雷同、相似,个性化不明显,其内在品质不可避免地表现为低水平的重复和大量的简单移植;以对质量的严重忽视为代价的对数量的盲目追求使得学术研究日益功利化和商品化。这种学术功利主义倾向,又造成了学术研究活动短视行为的大量涌现和研究成果“含金量”的急剧下降。

在激烈竞争的市场经济中,企业为了开拓市场、保持利润增长点,常常是在销售既有产品的同时又投入巨资研发升级换代的新项目。从研发到批量生产,往往需要几年甚至十几年的时间,其中的耗费是可以想见的。然而,不这样做,总在同一水平线上重复生产,其结果只能是被淘汰出局。这样的例子俯拾皆是,这样的认识在现代可以说是妇孺皆知。领域不同,道理却都是一样的。

同样是在社会科学领域,广受赞誉的华裔学者黄仁宇先生在其《万历十五年》一书的自序中透露,为撰写“Taxation and Governmental Finance in 16 Century Ming-China”一书,从设定计划到杀青定稿,历时7年,其间光是阅览《明实录》(全书133册)就花去了两年半的时间,还不算参考奏疏笔记、各地方志,搜寻国内外有关的新旧著作

等。而现已身居要职、在国内诉讼法学界享有很高声誉的一位同志也在闲谈中流露,他一年只写四、五篇文章,行政忙是事实,但他更看重论文的内在品质,非确有感悟和新见解,不轻易动笔。

他山之石,可以攻玉。荣誉的背后,渲染的都是勤劳和汗水。当今时代信息的采集和传输方式以及丰富多元化的辅助工具,相信难生“两句三年得,一吟双泪流”的贾岛式感慨。但静下心来,克服浮躁风、功利风,潜心思考问题,仍是刑法学人应一体坚守的学格。

### 三、关于方法论问题

长久以来,无论是注释法学还是理论法学取得的进步,从历史、大社会、大法学的排列角度来看,大都存在视域过窄或方法单一的问题。在刑法学研究中,局限于单纯的刑事法律领域自说自话;即便在刑事法学内部各学科之间,对整体性、关联性、普适性和互动性等问题把握也差强人意,更遑论与政治学、经济学、伦理学、历史学、社会学和哲学等其他人文社会科学的交流与对话了。在由传统法制向现代法制的历史性变革过程中,在由人治型的价值规范体系向法治型的价值规范体系的转变进程中,要摆脱刑法学研究目前的困境,寻求刑法学研究发展的出路,繁荣刑法科学论坛,我们有这样几个想法:

#### (一)拓展刑法学研究的视野

简单地说,就是把刑法学置于刑事法学的大框架内,把刑事法学置于大法学,把大法学置于人文社会科学的范畴内去审视和认识问题,分析和解决问题,探索和寻觅真理。层层递进,深入展开,不仅要考虑刑法问题的深度,还要考虑到问题的广度。根据刑事一体化思想的要求,秉持一种大刑法的观念和开放的姿态,综合运用犯罪学、狭义刑法学、刑事诉讼法学、监狱学的研究成果,对现代刑事法治的建构进行多学科的一体化的研究,在现代化的场景中,对刑事法学体系进行合理的学科分工,构建集狭义刑法学、刑事诉讼法学、犯罪学、监狱学为一体的、职能明确、结构协调的现代刑事法治理论体系。



## (二) 注重实证分析方法的运用

法律条文是相对静止不变的,但社会生活却变动不居(尤其是在整个社会处于剧烈变革的特定时代)。要切实地解决实际生活中的刑法问题,理性的思辨和逻辑的分析固然重要,但脱离现实、没有调查研究的思辨只能是抽象的、空洞的,这样的研究成果自然难谓科学与合理。因此,以实现现实关怀为己任的实证精神的确立,以调查研究为基础的实证分析方法的运用,不仅是刑法学研究科学性的保证,而且是刑法学研究保持旺盛生命力的源泉。

## (三) 夯实刑法学研究的理论功底

文明的延续在于知识的传承,科学的发展在于知识的积累和利用。读书破万卷,下笔才有神。读书是学术研究的基础,只有博览群书,才能汲取各种知识养分。读书的范围与数量直接决定了一个人思考问题的知识背景和理论研究平台。理论刑法学研究的精品佳作之所以不多,表面上似乎是缘于理论刑法学的“阳春白雪”致使敢于知难而进研究理论刑法学问题的学者不多,其实是知识储备不够、理论功底薄弱之故。胸中没有丘壑,笔下自然“言语无味,面目可憎”,启人心智的深邃思想又怎么能够横空出世?所以,学问家务求开卷有益,但这里的“开卷”,是一种超越了利害和技术的境界,而不是为写书而去翻书、查书、用书的“开卷”。可以说,只有在超越了功利目的的博览群书,只有广泛涉猎法学、历史学、哲学、社会学、伦理学、政治学、经济学乃至自然科学等学科著作,只有及时了解和把握学术发展以及司法改革的最新动态,刑法学研究才能真正向纵深方向推进,刑法学论著也才真正具有跨越时空的生命力。

(原载《法商研究》2003年第3期,与田宏杰博士合写)