



中国法学精萃系列丛书

中国刑法学精萃

(2003 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



 机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS



中国法学精萃系列丛书

中国刑法学精萃

(2003 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编

机械工业出版社

本书精选 2002 年度全国报刊上公开发表的有代表性的优秀刑法学论文编辑而成。主要内容包括：《定罪犯罪构成与设罪犯罪构成》、《间接正犯：以中国的立法与司法为视角》等。涉及绪论、犯罪论、刑罚论、罪刑各论四个部分。这些论文代表了 2002 年度我国刑法学的发展水平，可供法律专业高年级本科生、硕士研究生、博士研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考，也可作为年鉴由图书馆资料室收藏。

图书在版编目 (CIP) 数据

中国刑法学精萃. 2003 年卷/法苑精萃编辑委员会编.
—北京：机械工业出版社，2004. 1
(中国法学精萃系列丛书)
ISBN 7-111-13327-7

I. 中… II. 法… III. 刑法—法的理论—中国
IV. D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 099796 号

机械工业出版社 (北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037)
责任编辑：梁代军
责任印制：路 琳
北京机工印刷厂印刷·新华书店北京发行所发行
2004 年 1 月第 1 版·第 1 次印刷
1000mm×1400mm B5·15.25 印张·2 插页·520 千字
0 001—4 000 册
定价：39.80 元

凡购本书，如有缺页、倒页、脱页，由本社发行部调换
本社购书热线电话 (010) 68993821、88379646
封面无防伪标均为盗版

法苑精萃编辑委员会

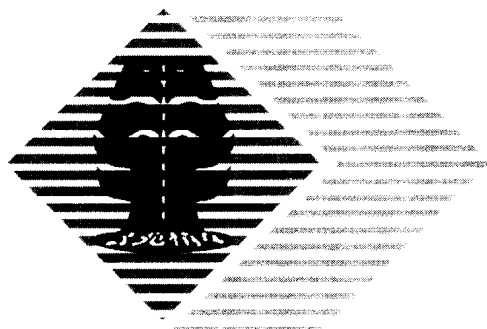
编委（按姓氏笔划排序）

- 王利明 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
王保树 清华大学法学院教授、博导
王晨光 清华大学法学院院长、教授、博导
王家福 中国社会科学院法学所研究员、博导
公丕祥 江苏省高级人民法院院长，南京师范大学教授、博导
付子堂 西南政法大学副校长、教授
石少侠 国家检察官学院常务副院长，吉林大学法学院教授、博导
田平安 西南政法大学教授、博导
龙宗智 西南政法大学校长、教授、博导
石泰峰 中共中央党校副校长、教授、博导
江 平 中国政法大学终身教授、博导
孙宪忠 中国社会科学院法学所研究员、博导
朱景文 中国人民大学法学院教授、博导
张文显 吉林大学党委书记、教授、博导
李 龙 浙江大学法学院院长、教授、博导
李昌道 复旦大学法学院院长、教授
张晋藩 中国政法大学终身教授、博导
邵建东 南京大学法学院院长、教授、博导
吴汉东 中南财经政法大学校长、教授、博导
吴志攀 北京大学副校长、教授、博导
何勤华 华东政法学院院长、教授、博导
陈卫东 中国人民大学法学院教授、博导
陈光中 中国政法大学终身教授、博导

- 陈兴良 北京大学法学院副院长、教授、博导
陈明华 西北政法学院院长、教授、博导
郑成良 国家法官学院院长、教授、博导
郑成思 中国社会科学院法学所研究员、博导
赵秉志 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
胡建森 浙江大学副校长、教授、博导
郝铁川 中共上海市委宣传部副部长，华东政法学院教授、博导
徐显明 中国政法大学校长、教授、博导
高鸿钧 清华大学法学院副院长、教授、博导
黄 进 武汉大学副校长、教授、博导
崔建远 清华大学法学院教授、博导
曹建明 最高人民法院常务副院长、教授、博导
梁慧星 中国社会科学院法学所研究员、山东大学法学院院长、教授、博导
曾令良 武汉大学法学院院长、教授、博导
曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博导
霍存福 吉林大学法学院院长、教授、博导

总主编 张文显

总策划 法苑精萃创作中心



法苑精萃编辑部

主 任 刘保文
委 员 (按姓氏拼音排序)
常淑茶 梁代军
孙森林 肖振生



序

当今是知识爆炸的时代，又是时间四分五裂的时代，这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾，求知的本性与短促的人生的矛盾，这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约，加上人生必要时间的支付，即使再充分利用时间，每人每天也只有 24 小时，因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种，即对爆炸的知识进行甄别、挑选，取其精华，弃其糟粕。众所周知，著作虽多，但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从，是人生的原则，自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华，读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华，读经典著作是纲举目张、事半功倍，恰似“与君一席谈，胜读十年书”，可以说，不读经典著作就谈不上真正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是，是全球大势和时代主题，也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国，法学日益成为一门显学，每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认，法治是时代精神精华的贯彻，法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华，只有精华才配称为法学，只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选《中国法学精萃》系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准：

一是思路新奇。学术的生命在于创新，学术的发展新新不已，学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

二是资料详实。思想没有全新的，学术是承先启后和不断推陈出新的，对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作，而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真，追求真理。但真理作为规律是内在的、深刻的，这就决定了学术思想必须深刻，不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在，也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世喻人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中，最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华，而且是时代精神的超越，是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然，上述标准是很高的，也许身不能至，但心向往之。我们把它们作为行动的旗帜和追求的目标，并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说，我们希望达到以下目标：

一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、经典性的文章，铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展，以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础，了解把握研究动态是为教为研之始，本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多，每个考生在复习过程中，都要查找、复印、装订相关的有代表性、权威性、经典性的文章仔细研读，极其烦难不便，本系列丛书恰能予以弥补，提供方便。

我们的工作把我们推到了审判官的位置，但我们没有火眼金睛，或许有时还有眼无珠，难免良莠不分，取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时，也虔诚地希望公众热情参与，把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许，我们也会敬请有关专家、学者进行评选，以求名至实归、不负众望。

张文显

目 录

序

第一部分 绪论/ 1

储槐植 张永红 善待社会危害性观念

——从我国刑法第 13 条但书说起/ 3

赵永红 论人身危险性在刑法中的定位/ 21

刘艳红 观念误区与适用障碍：新刑法施行以来司法解释总置评/ 36

刘守芬 余 诤 从一元均衡到二元均衡：罪刑均衡的系统性考察/ 77

孙国祥 WTO 语境下的刑法观念重构/ 99

张智辉 刑法改革的价值取向/ 107

贾 宇 舒洪水 西部环境问题的刑法对策思考/ 120

第二部分 犯罪论/ 129

夏 勇 定罪犯罪构成与设罪犯罪构成/ 131

徐 岱 期待可能性的机能：扩张或紧缩/ 147

何庆仁 原因自由行为理论的困境与诠释/ 156

黎 宏 “见死不救”行为定性的法律分析/ 168

林亚刚 赵 慧 对象错误与打击错误

——与倪培兴同志商榷/ 178

陈兴良 间接正犯：以中国的立法与司法为视角/ 191

李希慧 廖 梅 共同过失犯罪若干问题研究/ 207

冯亚东 胡东飞 犯罪既遂标准新论

——以刑法目的为视角的剖析/ 218

王、牧 根基性的错误：对犯罪学理论前提的质疑/ 227

汤啸天 经济全球化背景下犯罪类型及发案量变化/ 241

张 旭 关于犯罪预防体系的思考/ 250

邱瑛琪 青少年犯罪行为场研究

——青少年犯罪行为机制控制研究/ 260

第三部分 刑罚论/ 271

（本部分含 4 篇）

韩 轶 对我国刑罚目的之理性审视/ 273

李 洁 不同罪刑阶段罪与刑设定模式研究/ 282

许发民 论社会文化对刑罚的影响/ 296

刘 强 我国刑罚适用模式在加入 WTO 后面临的挑战和对策/ 314

邱兴隆 从信仰到人权

——死刑废止论的起源/ 327

翟中东 刑罚制定个别化问题研究/ 343

许成磊 蒋 娜 黄晓亮 行刑社会化及其理论基础探讨/ 359

吴宗宪 试论非监禁刑及其执行体制的改革/ 370

第四部分 罪刑各论/ 389

（本部分含 10 篇）

赵秉志 张新平 试论网络共同犯罪/ 391

周光权 侵占罪疑难问题研究/ 401

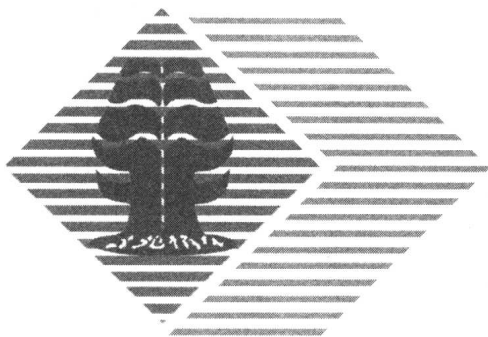
江礼华 黑社会性质组织犯罪认定中的几个问题/ 426

张明楷 受贿罪的共犯/ 435

卢建平 刑事政策视野中的巨额财产来源不明罪/ 460

附 录 2002 年度全国主要报刊刑法学论文索引/ 472

（本部分含 1 篇）



第一部分

绪 论

善待社会危害性观念

——从我国刑法第13条但书说起

储槐植 张永红

众所周知,20世纪50年代至60年代的中国刑法学几乎是苏联刑法学的翻版。1979年刑法颁布后,我国刑法学者在摹仿苏联教科书的基础上,参照我国1979年的刑法体系,吸收司法实践经验建立了我国的刑法学体系并沿用至今。这种刑法学体系的一个突出特点是以社会危害性为中心,有关犯罪与刑罚的一切问题都从犯罪的社会危害性来解释。因此,我国传统的刑法理论可以称为社会危害性理论,我国传统的刑法学体系可以称为“社会危害性中心论”的刑法学体系^①。十余年前,我国刑法学者开始反思苏联刑法模式,提出“建立具有中国特色的社会主义刑法学体系”的口号并进行了不懈的努力。在这样的理论氛围中,作为传统刑法学基石性概念的社会危害性开始受到质疑和挑战。最近,有学者指出,“社会危害性”这类对犯罪规范外的实质定义的致命弱点在于,在这个基础上建立起来的犯罪体系完全依赖于行为的规范属性,因而,它又从本质上放弃了犯罪的实质概念。如果我们宣称犯罪的本质在于行为的社会危害性,显然,危害社会的并不都是犯罪,那么区别犯罪与其他危害社会行为的惟一标准就不可避免地只能决定于刑法是否禁止这个行为,也就是行为的形式违法性。这种所谓实质认识由此也就成了一种文字游戏般的东西,其实质变成了由法律形式所决定的,因此也就是形式犯罪而已。换言之,社会危害性的认定在这种理论中完全依赖于行为的形式违法性^②。另有学者指出,1997年刑法确立的罪刑法定原则为犯罪概念的确立提供了一定的规范标准,而我国刑法中犯罪概念则采社会危害性标准,

① 参见陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1996年版,第671页以下。

② 参见李海东:《刑法原理入门》,法律出版社1998年版,第7页。由于该文的某些观点具有较大的影响,所以有必要专文予以探讨。

这就导致社会危害性与罪刑法定的冲突^①。更有学者认为,应将社会危害性逐出注释刑法学的领域,以法益和法益侵害的概念取代之^②。在上述学者对社会危害性弃之如敝履的情况下,也有学者论证了社会危害性与罪刑法定原则的一致性,为我国犯罪概念的科学性作了辩护^③。但声音微弱,孤掌难鸣。矫枉有时需要过正,但若太于过正却也会走向反面,本身成为枉。笔者有感于刑法学界目前对于社会危害性批评一边倒的情势,认为应该善待我国刑法中的社会危害性观念。因为社会危害性理论首先表现在对犯罪本质特征的界定上,犯罪概念是反思社会危害性理论的一个基本视角^④,所以,本文从刑法第13条犯罪概念的但书展开论述。

一、但书的内容

我国刑法第13条中规定:“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”这就是但书的内容,具体言之,可分为两部分:

1. 条件:情节显著轻微危害不大

情节,指除客观损害结果外影响行为社会危害程度的各种情况(包括犯罪构成要件),如行为的方法、手段、时间、地点,行为人的动机、目的、一贯表

① 参见樊文:《罪刑法定与社会危害性的冲突——兼析新刑法第13条关于犯罪的概念》,载《法律科学》,1998年第1期。

② 参见陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,载《法学研究》,2000年第1期。先说一句,要将社会危害性逐出注释刑法学领域,除非将刑法分则犯罪概念的定量因素和刑法第13条但书也一并逐出刑法领域,而这是不可能的,而且在价值取向上也得不偿失。另外,法益到底是什么?法益与社会危害性究竟是什么关系?也并非很容易说清楚的问题。本文旨不在此,故对此不欲展开,聊引李斯特和耶赛克几段关于法益和犯罪本质的论述供读者参考。“如同每一种不法行为一样,犯罪也是反社会的行为,即使犯罪行为直接针对某个特定的人,它也是对社会本身的侵犯。”“实质违法是指危害社会的(反社会的)行为。”“只有当其违反共同生活目的之法制时,破坏或危害法益才在实体上违法;对受法律保护的利益的侵害是实体上的违法,如果此等利益是与法制目的和人类共同生活目的相适应的。”(李斯特:《德国刑法教科书》,法律出版社2000年版,第5、201、202页)“在法益侵害中存在对共同关系的损害,此等损害表明将犯罪行为表述为‘危害社会的行为’是正确的。”“法益必须理解为受法律保护的社会秩序的抽象价值,维护该价值符合社会的共同利益,而无论该价值的主体是个人,还是社会。”(耶赛克:《德国刑法教科书》,中国法制出版社2001年版,第288、316页)

③ 参见李立众:《罪刑法定与社会危害性的统一》,载《政法论丛》,1998年第6期;李立众,柯赛龙:《为现行犯罪概念辩护》,载《法律科学》,1999年第2期。

④ 参见陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,载《法学研究》,2000年第1期。

现等^①。

我国刑法对情节作了程度不等的各种表述,计有情节特别恶劣、情节恶劣、情节特别严重、情节严重、情节较轻、情节轻微和情节显著轻微七种。应注意区分情节较轻、情节轻微和情节显著轻微三种情况。情节较轻(如刑法第111条)一般是作为从轻处理的条件,即对已经构成犯罪的行为适用较低档次的法定刑;情节轻微(刑法第37条),是免于处罚的条件,即对已经构成犯罪的行为不予刑事处罚,而根据案件的不同情况,予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失,或者由主管部门给予行政处罚或行政处分;情节显著轻微,则可能不认为是犯罪。情节轻微从表面上看,似乎仅比刑法第13条但书规定中的情节显著轻微高一个档次,但实际上两者有质的差别。情节轻微以行为已经构成犯罪为前提,而情节显著轻微则可能属于非罪的事实情况范围,是区分罪与非罪的情节。可见,情节显著轻微,较之于情节较轻和情节轻微,在程度上更轻,处理上也有所不同。至于什么是情节显著轻微,应当根据案件的具体情况,全面考虑,加以确定。

危害不大,依照我们的理解,是指行为的客观危害结果不大。有论者认为,这里的“危害”是包括主观与客观的综合指标。其中主观包括罪过、主观恶性、人身危险性;客观包括:行为及其危害结果等^②。我们认为这种观点值得商榷,因为对“危害”一词的这种理解,显然将其等同于社会危害性,而社会危害性是涵括情节在内的,所以,如果将刑法第13条中的危害不大视为社会危害性不大且与情节显著轻微并列,是一种不必要的重复。因此,将这里的危害限定于客观危害结果是妥当的。

① 我国刑法学界对情节(犯罪情节)存在不同理解,归纳起来,大致有如下四种:(1)情节是指决定行为社会危害程度的一切主客观方面的因素(包括犯罪构成);(2)情节是指犯罪构成共同要件以外的事实;(3)情节是指犯罪构成要件以外的事实;(4)情节是指犯罪构成的共同要件。(参见郑伟主编:《新刑法学专论》,法律出版社1998年版,第426页)但书的实质是将符合具体犯罪构成但社会危害性不大的行为排除在犯罪圈之外,而社会危害性及其程度不仅由犯罪构成要件(包括犯罪构成的共同要件和具体犯罪的特殊要件)来说明,而且要由犯罪构成要件以外的事实情况来说明。所以,作为说明行为社会危害性较小的“情节显著轻微危害不大”应作为一个整体来理解,如果认为“危害不大”是指社会危害性不大,那么无论对“情节”作何种理解,“情节显著轻微”的规定都是多余的;如果认为“危害不大”是指客观损害结果不大,那么,这里的“情节”显然应该指除损害结果外一切能表明行为社会危害性大小的因素,包括犯罪构成要件。

② 参见张小虎:《人身危险性与客观社会危害显著轻微的非罪思辨》,载《中外法学》,2000年第4期。

那么,如何理解情节显著轻微和危害不大的关系呢?我们认为,情节侧重说明行为人的主观恶性(当然也在一定程度上说明了行为的客观危害性),而危害侧重说明行为的客观后果,二者相结合就构成了社会危害性的全部内涵。因此,在适用刑法第13条但书时,必须同时具备情节显著轻微和危害不大这两个条件,仅有情节显著轻微或者危害不大是不能适用但书的。如扳道工嗜睡忘记扳道致使两列火车相撞死伤多人,属忘却犯(疏忽大意过失的不作为犯),尽管情节显著轻微,但是客观损害结果十分严重,不宜适用但书;又如妻子因奸情出于杀人目的给丈夫下毒却误将白糖当作毒药,属不能犯(工具不能犯),尽管没造成客观损害后果,但情节比较恶劣,也不宜适用但书。

2. 结果:不认为是犯罪

不认为是犯罪,就是指情节显著轻微危害不大的行为,法律确定其不是犯罪。这里的不认为是犯罪,意思等于不是犯罪。有人认为这里规定的“不认为是犯罪”,是指某种行为已经构成犯罪,仅仅是不作为犯罪处理。这种认识值得商榷。在1979年刑法起草过程中,历次讨论稿、修改稿中,对表述不认为是犯罪的写法曾经有过多变动。有的稿中表述为“不以犯罪论处”,有的表述为“可不以犯罪论处”或“可不认为是犯罪”等等,这些表述极易理解为已构成犯罪,仅仅是不按犯罪处理。1979年刑法采纳不认为是犯罪的表述,1997年刑法予以保留。但是由于它在形式上与分则某条文的特征相同,所以强调写了“不认为”。如果把“不认为”理解成行为已经构成犯罪,而仅仅是从宽处理,那就同犯罪的定义相矛盾,并且与刑法第37条的规定相冲突。

二、但书的渊源

但书从何而来,这是研究但书时不可回避的问题。我们认为,但书直接渊源于苏俄刑法典犯罪概念的附则,但其深层的渊源则是我国“法不治众”的传统法文化。

1. 直接渊源:苏俄刑法典犯罪概念的附则

1926年苏俄刑法典第6条规定了犯罪的实质概念,其附则规定,对于形式上虽然符合本法典分则某一条文所规定的要件,但因显著轻微,并且缺乏损害结果,而失去危害社会的性质的行为,不认为是犯罪行为。1960年的苏俄刑法典第7条(犯罪概念)的第2款基本上相当于上述附则,规定:“形式上虽然符合刑事

法律所规定的某种行为的要件，但是由于显著轻微而对社会没有危害性的行为或不作为，不认为是犯罪。”在刑事立法史上，刑法总则犯罪定义后面附加这样的内容，是一种首创，对指导司法实践以利于做到不扩大打击面有积极意义。我国1979年刑法第10条但书的形成显然受到上述附则的启发，这可从我国1979年刑法的立法过程得到证明。

1954年中央人民政府法制委员会拟定的《中华人民共和国刑法指导原则草案》第1条在犯罪概念中规定：“情节显然轻微并且缺乏危害后果，因而不能认为对社会有危险性的行为，不认为犯罪。”1956年全国人民代表大会常务委员会办公厅法律室拟定的《中华人民共和国刑法草案》（第13次稿）第8条在犯罪概念中规定：“行为在形式上虽然符合本法分则条文的规定，但是情节显著轻微并且缺乏社会危害性的，不认为是犯罪。”不难看出，上述但书的内容与苏俄1926年刑法典第6条附则和1960年刑法典第7条第2款如出一辙。1957年全国人民代表大会常务委员会法律室拟订的《中华人民共和国刑法草案》（第21次稿）第10条在犯罪概念中规定：“但是情节显著轻微危害不大的，不以犯罪论处。”此后的刑法草案第22次稿、第27次稿、第30次稿、第33次稿、第36次稿、第37次稿和第38次稿都作了与第21次稿基本相同的规定^①。从以上对1979年刑法立法过程的粗略描述中，我们可以清楚看到我国刑法在但书规定上对苏俄刑法典的模仿，尽管这种模仿并不是一味照搬，而是在原有基础上有所变动^②。当然，仅以立法规定上的相似性来论证我国刑法犯罪概念中的但书源于苏俄刑法典还是不够的，应该说明的是，我国在建国之初，受当时国内外政治局势影响，法制建设基本照搬当时的社会主义国家——苏联的模式，刑法学领域当然也完全以苏联为师，其影响非常深远，经历“打砸抢”、“砸烂公检法”的文革10年后制定的刑法典仍然可见苏联刑法典的影响^③。因此，这种情况下立法规定的相似性完全可以认为是对苏联刑事立法学习的结果。

2. 文化渊源：法不治众的刑法文化传统

刑法传统离不开法文化。中华法文化历来缺乏西方国家那样的自然法精神和

① 参见高铭喧、赵秉志编：《新中国刑法立法文献资料总览》，中国人民公安大学出版社1998年版，第136页以下。

② 附则规定的是“缺乏损害结果而失去危害社会的性质”，对社会没有危害；但书规定的是“危害不大”，对社会有危害。

③ 参见单长宗等主编：《新刑法研究与适用》，人民法院出版社2000年版，第45页。