

清华法学文库

刑法新问题探究

张明楷 黎宏 周光权 著



清华大学出版社

清华法学文库

刑法新问题探究

张明楷 黎宏 周光权 著



B1280816

清华大学出版社

北京

内 容 简 介

本书针对新刑法的修改点与争议点,以及新刑法适用中的若干新问题,如罪刑法定原则、单位犯罪理论、客观的超过要素、特殊防卫权、自首制度、交通肇事罪、伪劣产品的销售金额、保险诈骗、侵犯商业秘密、强制猥亵妇女、携带凶器抢夺、侵占罪、非法行医、受贿罪共犯、渎职罪的基本问题等,进行了深入研究与探索,并在法治视野下提出解决问题的新思路与新方法。这些问题的研究与探索不仅有益于理论的深化,而且有助于新刑法的适用。

本书适合大专院校和科研机构中的法学研究者、学习者及法律实践部门的工作人员使用,也适合于具有法学兴趣,尤其是关注刑法问题的其他读者。

图书在版编目(CIP)数据

刑法新问题探究/张明楷,黎宏,周光权著. --北京:清华大学出版社,2003
(清华法学文库/王保树主编)

ISBN 7-302-07276-0

I. 刑… II. ①张…②黎…③周… III. 刑法—研究—中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 084073 号

出 版 者: 清华大学出版社

地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn>

邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175

客户服务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁

印 刷 者: 北京世界知识印刷厂

装 订 者: 北京鑫海金澳胶印有限公司

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 148×210 印 张: 13.25 字 数: 354 千字

版 次: 2003 年 10 月第 1 版 2003 年 10 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-07276-0/D·90

印 数: 1~4000

定 价: 26.00 元

“清华法学文库”总序

“清华法学文库”是一套大型丛书，入选书目主要是清华大学法学院教师的专著、译著、教材及以清华大学法学院教师为合作者的著作。本文库的编辑宗旨是，提升科研水平，促进法学各学科的建设，为依法治国和我国法学的繁荣不断做出新的贡献。

清华大学法学院复建，正逢我国社会主义法制建设不断加强，“依法治国”成为治国方略，现代中国法学走向繁荣，法学教育空前发展。并且，经济的“全球化”，高科技的迅速发展，将使现代中国法学的发展和法学教育改革进入一个新的时期。清华大学法学院必须抓住这一极好的发展机遇，积极组织和推动科学研究工作，创造学术著作出版的优良环境，持续提升科研成果水平，不断提高教学质量，为中国法学和法学教育的发展做出应有的贡献。基于此，清华大学法学院决定编辑并由清华大学出版社出版“清华法学文库”。

本文库包括三个系列，即“专著系列”、“教材系列”和“译著系列”。根据“清华法学文库”编辑工作规则的规定，本文库收入的著作需具备三个条件：（一）学术水平应属同专业上乘；（二）符合学术规范；（三）符合出版要求。文库收入的译著应具备三个条件：（一）原著应是具有较高学术水准的著作；（二）译著符合信、达、雅的要求；（三）符合出版要求。为了保证文库的质量，文库设编委会，负责文库的选题，承担下列职责：（一）接受作者或译著的申请；（二）审查文稿质量，提出修改意见；（三）根据需要，匿名送审稿件；（四）安排出版。

“清华法学文库”是一个长期的学术出版计划，它不以编辑出版固定的册数为目标，而是随着清华大学法学院的发展一直延续下去。

它不采取命题作文的方式,也不采取事先支持或事先确定选题的做法,而是选用已经成熟的符合条件的作品。我相信,经过法学院全体教师和出版社的共同努力,“清华法学文库”将贡献于社会一批有影响的著作,并以此感谢所有支持和关心清华大学法学院发展的人士。

王保树 谨识

2001年5月于清华园

目 录

第一章 罪刑法定原则及其适用	1
一、国外学说	1
二、若干启示	15
第二章 单位犯罪的若干问题	21
一、单位犯罪的定义	22
二、单位犯罪的成立条件	28
三、单位犯罪适用中的疑难问题	49
第三章 “客观的超过要素”概念	57
一、问题的提出	57
二、“客观处罚条件”概念的启示	60
三、“主观的超过要素”概念的启示	65
四、“客观的超过要素”概念之提倡	67
五、必要的说明	72
第四章 特殊防卫权的适用原则与界限	77
一、特殊防卫权立法的合理性	78
二、特殊防卫权适用的一般原则	84
三、特殊防卫中若干具体问题的理解	93
第五章 自首制度的理解与适用	110
一、立法沿革	110
二、自首的分类	111
三、一般自首制度的适用	113

四、特殊自首制度的适用·····	124
五、自首认定的特殊问题·····	128
六、自首的处理·····	134
第六章 交通肇事罪的构成要件与处罚原则·····	137
一、交通肇事罪的构成要件·····	137
二、交通肇事罪的处罚原则·····	150
第七章 《刑法》第 140 条的“销售金额”·····	162
一、“销售金额”的计算·····	163
二、“销售金额”的地位·····	168
三、“销售金额”的意义·····	181
第八章 保险诈骗罪的基本问题·····	194
一、实行行为·····	194
二、危害结果·····	201
三、主观要素·····	205
四、共同犯罪·····	210
五、罪数区分·····	218
第九章 侵犯商业秘密罪的重要问题·····	222
一、行为客体·····	222
二、实行行为·····	230
三、损害结果·····	237
四、犯罪故意·····	241
第十章 强制猥亵、侮辱妇女罪的争议问题·····	244
一、问题所在·····	244
二、手段行为·····	246
三、猥亵行为·····	255
四、主体范围·····	265
五、主观内容·····	269

六、结果加重·····	281
七、简短结论·····	285
第十一章 “携带凶器抢夺”的理解与认定·····	287
一、规定的性质·····	287
二、凶器的含义与认定·····	290
三、携带的含义与认定·····	296
第十二章 侵占罪的疑难问题·····	301
一、占有事实·····	301
二、侵占对象·····	313
三、侵占行为·····	325
第十三章 非法行医罪的重点问题·····	333
一、主体范围·····	333
二、行医特征·····	338
三、承诺效力·····	342
第十四章 受贿罪共犯的若干难题·····	345
一、法定拟制的界限：非国家工作人员伙同受贿的 共犯认定·····	345
二、立法体例的比较：使请托人向第三者行贿的 共犯认定·····	352
三、法益侵害的衡量：介绍贿赂罪与受贿罪共犯 的区别·····	362
四、共犯原理的展开：共同受贿的犯罪数额与追缴数额 的确定·····	372
第十五章 渎职罪的一般问题·····	379
一、渎职罪主体的确定·····	379
二、职权（职守）与渎职犯罪之间的关系·····	387
三、渎职犯罪与“本犯”的关系·····	395

四、渎职罪的共犯·····	398
五、对“徇私”的理解·····	400
六、受贿后犯渎职罪的处理·····	401
参考文献 ·····	403
后记 ·····	406

CONTENTS

Chapter One: Principle of nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege and its Application	1
I . Foreign Theories	1
II . Some New Revelations	15
Chapter Two: Some Relevant Issues about “Crimes Committed by a Unit”	21
I . The Definition of “Crimes Committed by a Unit”	22
II . Components of a Crime Committed by a Unit	28
III . Difficult Problems Involved in the Research on Crimes Committed by a Unit	49
Chapter Three: Concept of “Element beyond the Object”	57
I . Background Information	57
II . Inspiration of the Concept of “Objective Punishment Factors”	60
III . Inspiration of the Concept of “Element beyond the Subject”	65
IV . Proposal of the Concept of “Element beyond the Object”	67
V . Necessary Explanations	72
Chapter Four: Principles and Scope of Applying the “Special Defence Right”	77

I. Rationality of the Right	78
II. General Principles	84
III. Some Detailed Issues on the Comprehension of the Right	93
Chapter Five: Comprehension and Application of the Voluntary Surrender System	
I. Legislative History	110
II. Categorization of Voluntary Surrender	111
III. The Application of the General Rules of Voluntary Surrender	113
IV. The Application of the Special Rules of Voluntary Surrender	124
V. Special Issues	128
VI. Handling of Voluntary Surrender Cases	134
Chapter Six: Components and Punishment Principles of Traffic Crimes	
I. Components of the Crime	137
II. Punishment Principles of the Crime	150
Chapter Seven: "Amount of Earnings from Sales" in Article 140 of the Criminal Law	
I. Calculation of "Amount of Earnings from Sales"	162
II. Status of "Amount of Earnings from Sales"	168
III. Importance of "Amount of Earnings from Sales"	181
Chapter Eight: Basic Issues on the Crime of Insurance Fraud	
I. Criminal Actions	194
II. Imperil Sequence	201
III. Subjective Factors	205

IV. Joint Crime	210
V. Determination of the Number of Crimes Committed	218
Chapter Nine: Important Issues Concerning Crimes of	
Infringing on Business Secrets	222
I. Objects of the Criminal Action	222
II. Criminal Actions	230
III. Imperil Sequence	237
IV. Intention to Commit the Crime	241
Chapter Ten: Disputed Problems on the Crimes of Acting	
Indecently Against or Insulting a Woman	244
I. Key Issues	244
II. Means for Committing the Crime	246
III. Acting Indecently against a Woman	255
IV. Scope of Criminals	265
V. Subjective Factors	269
VI. Sequential Aggravation	281
VII. Brief Conclusion	285
Chapter Eleven: The Comprehension and Cognizance of “Forcible	
Seizure of Property with Lethal Weapons”	287
I. Essence of the Rule	287
II. Interpretation and Understanding of “Lethal Weapons”	290
III. Interpretation and Understanding of “with”	296
Chapter Twelve: Difficult Problems Concerning the Crime of	
Unlawful Taking Possession of Others’ Property	301
I. Fact of Taking Possession	301
II. Objects of Unlawful Taking	313

III. Actions of Unlawful Taking	325
Chapter Thirteen: Key Issues on the Crime of Unlawful	
Medical Practice	333
I. Scope of the Criminals	333
II. Characteristics of Medical Practice	338
III. Virtue of Promises	342
Chapter Fourteen: Several Problems on the Crime of	
Taking Bribes	345
I. Scope of Legal Simulation; Cognizance of Joint Crime in the Case of Non-Working-staff of State Organs	345
II. Comparison between the Legislative Systems; Cognizance of the Case where the Consignor Is Instructed to Send the Bribes to a Third Party	352
III. Balancing among the Infringement of Different Legal Interests; the Difference Between the Crime of Introducing Bribes and Joint Crime of Taking Bribes	362
IV. Further Exploration of the Joint Crime Theory: Determination of the Amount of Earnings from Jointly Taking Bribes and the Payment-pursued Amount	372
Chapter Fifteen: General Issues about the Crime of	
Dereliction of Duty	379
I. Scope of Criminals	379
II. Duty and Dereliction of Duty	387
III. The Crime and the "Basic Crime"	395
IV. Joint Crime of Dereliction of Duty	398

CONTENTS

XI

V. Understanding of “for Selfish Ends”	400
VI. Handling of Cases where the Criminal Committed the Crime of Taking Bribes First and the Crime of Dereliction of Duty Later	401
Reference	403
Postscript	406

第一章 罪刑法定原则及其适用

我国刑法学的通常见解认为,罪刑法定原则,是指“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”,具体而言,包括排除习惯法、刑法效力不溯及既往、禁止类推、禁止绝对不定期刑四个派生原则。但是,在现实的社会生活中,法律存在漏洞的情况在所难免,对于一些法律似乎没有明文规定,但是从维持社会秩序的角度来看,确有处罚必要的情况,完全遵循罪刑法定原则的上述理解,不予以处罚的话,就会出现不利于实质性地保障人权(被害人的人权),维持社会秩序的局面,这显然不是罪刑法定原则的初衷。同时,正如许多学者所指出的,现代社会中,即便在最为强调罪刑法定原则的西方大陆法系的国家,上述四个派生原则,也仅只有其历史意义,并没有得到彻底地贯彻。^①因此,在坚持“罪刑法定”这一近代刑法的基本原则的大前提之下,如何将该原则所具有的保障人权(包括加害人和被害人)的理念在现实的司法实践中加以落实,成为问题。下面先对国外目前有关罪刑法定原则的理解和适用进行考察,然后,就我国刑法学界有关罪刑法定原则的理解问题,略加探讨。

一、国外学说

和我国一样,国外关于罪刑法定原则的理解,历来是被看作为

^① 参见马克昌:《罪刑法定主义比较研究》,载《中外法学》,1997(2),32页。

“法无规定不为罪,法无规定不处罚”的形式原则^①,所以,一般认为,只要法律有明文规定,不管该规定的内容是否明确、妥当,都不违反罪刑法定原则。但是,如果这样理解的话,那么,罪刑法定原则,就是只要公布成文的刑法就够了,是否真正起到了保护公民的自由和权利的作用,则在所不问,即所谓“恶法亦法”。但是,罪刑法定原则本来是基于尊重人权、限制国家刑罚权的任意发动的要求而提出来的,要求对人权进行实质上的保障,而以上理解显然不符合这种要求。这样便有了对罪刑法定原则的实质性理解。就国外刑法学的研究来看,罪刑法定原则的实质性理解,主要包括以下两个方面的内容:一是明确性原则,二是实体的正当程序原则。

(一) 明确性原则(principle of definiteness)

罪刑法定原则的基本含义是:犯罪和刑罚,必须基于国民的意思,事先加以规定。但是,只要事先加以规定就行了吗?如果构成要件规定的内容不明确,人们无法据此对自己的行为后果进行预测,那么,这和罪刑没有法定的情形有什么区别呢?因此,上述对罪刑法定原则的形式主义的理解,难免让人产生怀疑。

针对上述疑问,在美国,判例首先确认了这样一种原则:法律中所规定的犯罪构成要件的内容必须是明确具体的。在成文法的规定不明确,其内容难以把握,并且达到一定限度的时候,该法规自身就违宪无效。在美国,学者们将这一原则称为“明确性原则”或“不明确就无效原则”(void-for-vagueness doctrine)。

早在1910年至1920年间,美国联邦法院便以经济法规规定不明确为由而判定多个法规违宪。其中,联邦最高法院首次将

^① [日]前田雅英:《刑法总论讲义》,第3版,68页,东京,东京大学出版会,1999;[法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论讲义》,罗结珍译,131页,北京,中国政法大学出版社,1998;[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,162页,北京,中国法制出版社,2001。

明确性原则作为宪法问题加以确认的,是1914年的 *International Harvester Co. v. Kentucky*, 234 U. S. 216(1914) 判决。它是有关肯塔基州的反垄断法的解释问题的诉讼,法院认为,该法中“禁止以商品的实际价值以上的价格垄断销售”的规定不明确,因而无效。最有名的是1926年的康那利(*Connally v. General Construction Co.*, 269 U. S. 385(1926))判决。在该诉讼中,成为诉讼对象的州法规定:承包州政府事业的施工业主,不得同其所雇佣的技术人员和施工人员订立“支付比在该施工地区的现行市场的日工资额更低的报酬”的合同,违反者将予以处罚。对此,法院认为,法律用语必须为受过普通教育的人所能理解,用在适用上导致不同见解的暧昧语言来记载法律,是违反宪法中所规定的适当程序的,因此,裁定该规定违宪无效。之后,“不明确就无效的原则”的适用,经过进一步发展而扩展到审查有关言论结社自由的法律中去。现在,该原则已成为美国联邦法院进行违宪审查的最常用理由之一。

实际上,明确性原则虽然作为法律原则在美国最先提出,但是,其所体现的思想在大陆法系的国家也存在。如在德国,刑法学的通说认为:“犯罪构成要件应当尽可能地作出详尽的避免做扩大解释的规定,规定明确的法律后果,并对法定刑范围作出必要的限制。明确性要求的根据在于,只有当人民代表的法意志被清楚地规定在条文中,使得法官不可能作出主观擅断的判决,法之保留才能发挥其效力”。并且认为:“明确性要求对于实践的意义大于禁止类推,对无法无刑原则的真正危险并非来自于类推,而是来自于不确定的刑法规定。”^①

明确性原则作为罪刑法定原则的实质内容之一的见解,已经被美国以外的一些国家的司法实践所全面承认。如日本最高法院在德

^① [德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,169页,北京,中国法制出版社,2001。