

学术顾问 马克昌 莫洪宪

刑法深思

——武汉大学刑法博士生论文集

主 编 李占州
副 主 编 余 磊 吴情树



中国人民公安大学出版社

学术顾问：马克昌 莫洪宪

刑法深思

——武汉大学刑法博士生论文集

主 编 李占州

副主编 余 磊 吴情树



中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法深思/李占州主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010. 8

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0089 - 9

I. ①刑… II. ①李… III. ①刑法—文集

IV. ①D914. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 111295 号

刑法深思

XINGFA SHENSI

主编 李占州

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: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2010 年 8 月第 1 版

印 次: 2010 年 8 月第 1 次

印 张: 12. 25

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 329 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0089 - 9/D · 0061

定 价: 55. 00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究



本书顾问与作者简介

本书是武汉大学法学院刑法专业在校博士生自行编辑出版的一本论文集，共收集了在校博士生撰写的 25 篇论文。其中，以武汉大学法学院刑法专业 2007 级在校博士研究生撰写的论文为主，并有几篇其他年级的博士研究生撰写的论文。在决定出版这样一本论文集之后，我们得到了武汉大学法学院马克昌教授和莫洪宪教授等各位博士生导师的大力支持，也得到了同学们的热烈响应，并积极提交了自己的作品。在收到同学们的作品之后，由本书的主编和副主编按照犯罪与刑罚之间的先后顺序以及刑法分则个罪之间的逻辑关系进行编辑。由于本书是我们自行编辑出版的第一本论文集，水平有限，错误在所难免，敬请各位刑法学前辈和同行批评指正！现将本书的学术顾问和各位作者作一个简单的介绍。

本书顾问

马克昌：武汉大学法学院资深教授，博士生导师，中国法学会刑法学研究会名誉会长。

莫洪宪：武汉大学法学院教授，博士生导师，中国法学会刑法学研究会副会长，中国犯罪学会副会长。

作者简介

李占州：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，郑州市人民检察院干部，任第 21、22、23 届武汉大学法学院博士生会主席。



- 余 磊：武汉大学法学院刑法专业 2005 级博士研究生，天风证券有限责任公司董事长。
- 吴情树：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，华侨大学法学院副教授，福建天衡律师事务所泉州分所兼职律师。
- 胡东平：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，南昌大学法学院讲师。
- 焦俊峰：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，中南财经政法大学公安学院讲师。
- 李晓龙：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，厦门大学法学院助理教授。
- 宋 刚：河南省郑州市金水区检察院检察官。
- 袁 雪：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，郑州航空工业管理学院法律系讲师。
- 张纪寒：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，中南大学法学院副教授。
- 郭玉川：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，华北水利水电学院法学院讲师。
- 冉妮莉：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，湖北警官学院副教授。
- 钟彦君：武汉大学法学院刑法专业 2009 级博士研究生，最高人民法院干部。
- 绳万勋：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，湖北省高级人民法院刑事审判庭法官。
- 田 森：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，湖北省高级人民法院刑事审判庭法官。
- 曾 彦：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生。
- 张玉慧：广东省珠海市斗门区人民法院干部。
- 怯帅卫：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生。

- 王东明：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，河南城建学院法律系讲师。
- 张红昌：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，三明学院法学系讲师。
- 覃剑峰：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，武汉海事法院法官。
- 杨新红：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，新疆大学法学院讲师。
- 肖扬宇：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生。
- 张洪成：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，中国刑警学院刑侦三系毒品犯罪侦查教研室主任、讲师。
- 杜 琪：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，河南省财经政法大学法学院讲师。
- 马献钊：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，河南省高级人民法院研究室副主任。
- 胡剑波：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，温州大学政法学院讲师。
- 罗永鑫：武汉大学法学院刑法专业 2007 级博士研究生，湖北省武汉市东湖开发区人民检察院检察官。

序 言

去年，得知我院博士生会主席李占州同学拟组织在校刑法博士生撰写、出版文集，我很高兴并积极鼓励和支持他们，毕竟这是武汉大学法学院刑法专业在校博士生自行编辑出版的第一本论文集。该年级博士生大多是 70 后和 80 后的学子，他们思想活跃，视野开阔，密切关注我国刑法学研究的发展动态和我国刑事法治建设的进程。其中有一部分博士生来自司法实务第一线，他们注重理论联系实际，敏锐地将对司法实践中遇到的疑点难点问题纳入研究视野，提出见解，服务社会。

我作为该论文集的第一位读者，享受了先睹为快的喜悦。文集主编李占州同学邀请作序，我欣然同意。我大致浏览了一下这 25 篇学术论文，惊喜地发现学生们研究的范围十分广泛。在他们的论文中，既有犯罪论和刑罚论基本问题的研究，也有刑法分则个罪的具体分析；既有刑法学热点问题的研究，也有刑法学基础理论问题的探索。例如，在犯罪论研究中，既有对犯罪本质问题的深入探讨，也有对不作为犯罪的细致研究；在刑罚论研究中，既有对我国刑罚中关注甚微的处断刑问题的研究，也有对目前关注度极高的死刑适用问题的思考；在刑法分则个罪的具体分析中，既有对新疆“7·5”事件的刑法学思考和《刑法修正案（七）》新增利用影响力受贿罪的比较研究，也有对传统犯罪中一些基本问题的探讨。在刑法分则个罪的安排上，他们打破传统刑法教科书的编排体系，借鉴德、日刑法教科书中的“侵犯个人法益的犯罪——侵犯社会法益的犯罪——侵犯国家法益的犯罪”编写顺序，体现出新一代刑



法学人对个人法益犯罪的重视，突出了以人文本、重视人权保障的现代刑法观。

总之，本书的编辑出版是博士生学习、研究、交流的尝试，既展现了现代年轻人对我国刑法学研究的关注与思考，也展现了武汉大学法学院博士生的学术素养。后生可畏，可喜可贺。尽管其中的一些观点尚不够成熟，在内容编排上还不够充实，但我相信，本书的出版将为下一届的博士生起到一个良好的示范作用，是为序。

莫洪宪

2010年4月17日于珞珈山

目 录

一、罪与刑的思辨

(一) 犯罪的多维分析	(3)
刑罚观决定犯罪观：刑罪关系的点线面考察	胡东平 (3)
犯罪控制视野下的社会关联研究	焦俊峰 宋 刚 (24)
(二) 犯罪论的基本问题	(37)
罪与非罪界定的逻辑起点：犯罪本质	李占州 (37)
论不纯正不作为犯的等价性	李晓龙 (54)
不纯正不作为犯故意认识要素探究	袁 雪 (74)
论有认识犯罪过失的要素及构造	张纪寒 (82)
体育竞技伤害行为入罪问题研究	郭玉川 (102)
(三) 刑罚论的基本问题	(118)
论处断刑的立法模式	吴情树 (118)
教唆犯适用死刑问题探讨	冉妮莉 (143)
我国死刑量刑情节的分类、特征及适用原则	钟彦君 (154)
论因民间矛盾引发的故意杀人案件死刑的 适用	绳万勳 (168)
论被害人谅解对死刑适用的影响	田 森 (180)



二、个罪问题的探讨

(一) 侵犯个人法益的犯罪	(195)
论我国杀人罪立法的缺陷与完善	曾 彦 张玉慧 (195)
刑讯逼供的法律结构原因和根本对策	怯帅卫 (209)
抢劫罪主体的法理分析与司法认定	王东明 (230)
论可罚的使用盗窃	张红昌 (242)
外国刑法中的背信罪对我国之立法借鉴	覃剑峰 (260)
(二) 侵犯社会法益的犯罪	(270)
“7·5”事件的刑法学思考	杨新红 (270)
操纵证券市场罪的司法认定	余 磊 (287)
论我国刑法中的“聚众”	肖扬宇 (302)
中外毒品犯罪的刑法规制之比较	张洪成 (313)
(三) 侵犯国家法益的犯罪	(327)
论应然视角下的期权腐败	杜 琪 (327)
我国受贿罪概念之最新考量	莫洪宪 马献钊 (339)
影响力交易罪比较研究	胡剑波 (360)
渎职犯罪刑事责任主体的认定	罗永鑫 (374)



（一）犯罪的多维分析

刑罚观决定犯罪观：刑罪关系的点线面考察

胡东平*

众所周知，刑法是规定犯罪与刑罚的法律规范的总和。因此，刑法理论也基本上是围绕着犯罪与刑罚展开的。然而，在全部的刑法理论中，可能没有任何一种理论比犯罪与刑罚的关系更令人着迷。一方面，刑罚是犯罪的法律后果，因为有犯罪，所以才有刑罚，这样，犯罪成为刑罚的原因。由于原因不能为结果所决定，所以合乎情理的结论自然是犯罪决定刑罚。另一方面，犯罪虽然在本质上是危害社会的行为，但并非所有危害社会的行为都是刑法上的犯罪。只有当立法机关认为有必要运用刑罚加以制裁的危害社会的行为，才是刑法上的犯罪。这样，应当受到刑罚惩罚的行为才构成犯罪，刑罚成了犯罪的前提条件，又似乎是刑罚决定犯罪。到底是犯罪决定刑罚，还是刑罚决定犯罪，于是陷入了类似先有鸡还是先有蛋的逻辑怪圈。

一、刑法学逻辑起点之求索

犯罪和刑罚谁决定谁，到底会不会陷入先有鸡还是先有蛋的逻辑怪圈。因为先有鸡还是先有蛋涉及的是一个物种演进的问题，在

* 作者系武汉大学法学院刑法专业2007级博士研究生，南昌大学法学院讲师。



生物科学技术足够发达之前,谜底恐怕难以揭晓。犯罪和刑罚谁决定谁,则是刑法学科的一个纯粹的理论问题。“每一门学科都有自己的逻辑起点”,“因为这种起点的设定,既是学科日益专业化的需要,也是学科本身成熟的理论标志。”^①作为法学中最为成熟的学科之一的刑法学,自然也有自己的逻辑起点。刑法学的逻辑起点位于何处呢?有学者指出:“理论体系的起点应当属于该对象领域之内。”^②对于刑法学的研究对象,高铭喧教授认为:“我国刑法学必须以本国现行刑法为主来确定对象范围。”^③我国现行刑法是规定犯罪与刑罚的法律规范的总和。因此,刑法学的逻辑起点当然要从犯罪和刑罚中寻找。“理论体系的起点的存在位置应当是先存在的。”^④起点存在位置的先在性即该起点具有“起始性”,体系内的其他范畴都应当以它为前提或条件。起点的先在性决定了在一个理论体系内只能有一个理论起点,否则,一个体系内的各个要素必然会产生逻辑矛盾,从而造成实践中的混乱。由此可见,刑法学的逻辑起点只存在于犯罪和刑罚领域,刑法学的其他理论都是根据该逻辑起点合乎理性地推导出来的。因此,只要确定了刑法学的逻辑起点,犯罪与刑罚谁决定谁的问题自然就迎刃而解了。

如何确定刑法学的逻辑起点?有两种思路:一种是从犯罪领域寻找刑法学的逻辑起点,另一种是从刑罚领域寻找刑法学的逻辑起点。从犯罪领域内寻找逻辑起点又可以从两个方向上展开:一是从犯罪的主体犯罪人的角度进行,一是从犯罪行为本身的角度进行。从犯罪人的角度寻找刑法学的逻辑起点的观点认为:“刑事科学

① 曾粤兴:《刑法学方法的一般理论》,人民出版社2005年版,第30页。

② 王世洲、刘孝敏:《关于中国刑法学理论体系起点问题的思考》,载《政法论坛》(中国政法大学学报)2004年第6期。

③ 高铭喧主编:《刑法学原理》(一),中国人民大学出版社1993年版,第8页。

④ 王世洲、刘孝敏:《关于中国刑法学理论体系起点问题的思考》,载《政法论坛》(中国政法大学学报)2004年第6期。



(除了刑事规范学外,还包括犯罪学、刑事政策学等)同其他人文社会科学一样,以人为研究对象,其宗旨是为人类的发展与不断完善服务。但是,刑事科学又不同于其他社会科学,如经济学以经济人、政治学以政治人、法学以法律人为研究对象,而刑事科学以犯罪人为研究对象。犯罪人是刑事科学的出发点和最终归宿。因为,实施犯罪行为的是犯罪人、应受刑罚处罚的是犯罪人、受到矫正改造的仍然是犯罪人。因此,可以说,没有犯罪人,就没有刑事科学;脱离犯罪人研究的刑事科学,不能称之为完整的科学。”^①以犯罪人作为刑法学的逻辑起点,必须首先界定犯罪人。何谓犯罪人?学术界存在三种观点:一是从犯罪的社会意义上来界定,认为犯罪人是实施了危害社会的违法犯罪行为,应被采取矫正措施的人。^②二是从刑法意义上来界定,认为犯罪人是实施法律所禁止的、应负刑事责任的危害社会行为的人。^③三是从人格刑法学的意义上来界定,认为犯罪人是指实施了刑法规定的危害社会行为并具备危险性人格之人。^④第一种观点认为,犯罪人是实施了危害社会的违法犯罪行为,应被采取矫正措施的人,这就超出了刑法学的研究对象领域范围,违反了“理论体系的起点应当属于该对象领域之内”的原则。因此,从犯罪的社会意义上界定的犯罪人不能作为刑法学的逻辑起点。第二种观点认为,犯罪人是实施法律所禁止的、应负刑事责任的危害社会行为的人。第三种观点认为,犯罪人是实施了刑法规定的危害社会行为并具备危险性人格之人,都是以刑法规定的犯罪行为来定义犯罪人,虽然没有超出刑法学的研究对

① 张文:《以行为为中心,还是以犯罪人中心——关于犯罪论体系根基的思考》,载《中外法学》2007年第5期。

② 康树华主编:《比较犯罪学》,北京大学出版社1994年版,第133页。

③ 曾庆敏主编:《法学大辞书》,上海辞书出版社1998年版,第114页。

④ 张文、刘艳红、甘怡群:《人格刑法导论》,法律出版社2005年版,第112页。



象领域范围，但犯罪人的概念必须以刑法上的犯罪概念为前提。如果以第二、三种观点中的犯罪人概念作为刑法学的逻辑起点，又与“理论体系的起点的存在位置应当是先存的”要求相抵触。可见，犯罪人不应该成为刑法学的逻辑起点。

从犯罪行为本身的角度寻找刑法学的逻辑起点，“最终会引出社会危害性的概念，即犯罪是由社会危害性的存在决定的。也就是说，社会危害性是犯罪理论体系乃至刑法学理论体系的起点”。“以社会危害性作为体系起点的犯罪观，其实已经把社会危害性看成是犯罪客观具有的本质属性。”^① 这种观点存在的问题是：首先，既然社会危害性是犯罪客观具有的本质属性，而犯罪又是由刑法规范明文规定的，那么被刑法规定为犯罪的行为在本质上当然就具有社会危害性，这是不证自明的。刑法将任何行为规定为犯罪，都是因为该行为在客观上具有社会危害性，人们对于该行为是否应当被规定为犯罪都不得有任何怀疑。由此得出的结论是，法律只能被遵守，而不能被评价，“恶法亦法”。可见，以社会危害性作为刑法学的逻辑起点，会使我们丧失对刑法价值的理性思考，从而沦为对法律盲从的奴隶。其次，既然犯罪具有先天的社会危害性，它先于刑法而存在，那么对“应当规定为犯罪”的行为和“已经规定为犯罪”的行为进行区分的意义就将大打折扣。某些行为，即使在立法上没有将其规定为是犯罪，但只要司法机关认为这些行为确有社会危害性，“为了使这些危害现象得以消除，必须使法院有权干预，而不要等待规范的正式颁布”。^② 如此一来，被取消的类推制度必将死灰复燃，罪刑法定原则将会受到极大冲击。因此，以犯罪行为作为刑法学的逻辑起点也是不可取的。

① 王世洲、刘孝敏：《关于中国刑法学理论体系起点问题的思考》，载《政法论坛》（中国政法大学学报）2004年第6期。

② [苏]皮昂特科夫斯基等：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社1984年版，第20页。



从犯罪领域寻找刑法学逻辑起点尝试的失败，暗示着刑法学的逻辑起点只能来自于刑罚领域。众所周知，刑法与其他部门法的本质区别不在于法律规范所调整的社会关系，而在于法律规范的调整方法，“凡属于以刑罚制裁方法为特征的法律规范划分为刑法部门”。^① 犯罪的本质在于法益侵害，然而，如果刑法仅仅限于对法益的保护，则不能成为一个独立的法律部门，因为任何法律部门都对法益提供保护。刑法之所以成为刑法，是因为它采用刑罚制裁的方法来保护法益，而刑法学则可以被理解为“研究如何以法律为基础建立刑罚体系的科学或学说”^②。因此，刑罚是出发点和目的，在刑法学中居于核心和主导地位。传统刑法理论认为刑法学是研究犯罪和刑罚的科学，似乎犯罪和刑罚在刑法学中的地位是并驾齐驱的，这并不准确。严格地说，刑法学并不研究犯罪，它只是研究犯罪的法律规定而不是犯罪本身。进一步来说，刑法学也不是绝对不研究犯罪，而是根据刑罚的需要来研究犯罪。刑法规定犯罪的目的是为了对犯罪行为施用刑罚以控制和减少犯罪，刑法学中研究犯罪也只是为了正确地在法律规定上运用刑罚。因此，犯罪是作为运用刑罚的对象而不是目的被研究的。刑罚和犯罪之间是目的和对象的关系，这就决定了刑法学的逻辑起点只能到刑罚领域里去寻找，而不能是犯罪领域。因为人们总是先确定了目的，然后才去寻找能达到目的的对象物，目的总是先于对象物而存在，并决定着对象物的选择。例如，人为了解渴，才会去寻找水，为了御寒，才会去寻找衣物。

从刑罚领域寻找刑法学的逻辑起点，必然将落脚点归于刑罚目的。这是因为：

首先，“刑罚以剥夺人的权益与施加道德谴责为内容。刑罚是

① 张文显：《法理学》（第二版），高等教育出版社2003年版，第101页。

② 黄风：《贝卡里亚及其刑法思想》，中国政法大学出版社1987年版，第37页。



否正当，既关涉到国家的权力是否正当，又事关对个人权益与自由的剥夺与限制是否正当。因此，刑罚的根据亦即证明刑罚的正当性的理由何在，构成刑法理论的拱心石，对它的解答，不但决定着对于刑法有关的所有问题的回答，而且决定着整个刑事实践活动的运行”。^① 在此，论者虽然论述的是刑罚的根据，但刑法学界通常是在相同意义上使用刑罚的根据与刑罚的目的两个概念。例如，邱兴隆教授认为，在刑罚的根据问题上，报应论与功利论对刑法问题影响最大；我国台湾地区学者林山田教授则认为：“报应与预防两个基本思想，乃刑罚意义与目的的两大支柱。”^② 因此，如果刑罚的根据决定着刑法有关的所有问题的回答，也就意味承认刑罚目的是刑法学的逻辑起点。

其次，以刑罚目的作为刑法学的逻辑起点，有利于罪刑法定原则在刑法领域的全面贯彻。以刑罚目的作为刑法的逻辑起点，意味着全部的刑法规范都是国家立法机关为了实现施用刑罚而达到一定之目的（报应或功利的目的）而制定的，规定犯罪的刑法规范自然也不例外。立法机关之所以将某种行为规定为犯罪，不是因为行为具有先于法律客观存在的社会危害性，而是国家根据一定的目的进行理性选择的结果，即立法机关认为运用刑罚制裁的方法可以有效控制和减少这类行为。这种理性选择的唯一载体就是刑法规范，犯罪则成为国家通过规范宣告的结果。由此自然容易得出刑法是认定犯罪的唯一根据的结论，进而坚持罪刑法定原则。

最后，以刑罚目的作为刑法学的逻辑起点，是实现法治的必然选择。法治有形式法治与实质法治之分。形式法治以形式合法性为满足，法律的合法性来自国家，这种主张会导致“恶法亦法”的结论。实质法治强调防止恶法，主张以实在法之外的标准衡量和检

① 邱兴隆：《关于惩罚的哲学——刑罚根据论》，法律出版社 2000 年版，第 1 页。

② 林山田：《刑罚学》，台北商务印书馆 1983 年版，第 47 页。