



北京师范大学刑事法律科学研究院
京师刑事法文库 (41)

阴建峰◎著

刑法的迷思与匡正

XINGFA DE MISI YU KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU
KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU
KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU
KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU
KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU
KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU KUANGZHENG/XINGFA DE MISI YU



中国人民公安大学出版社



◎京师刑事法文库(41)

赵秉志 总主编

刑法的迷思与匡正

阴建峰 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法的迷思与匡正/阴建峰著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009. 7

(京师刑事法文库; 41)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 565 - 5

I. 刑… II. 阴… III. 刑法—研究—中国 IV. D924.04
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 080326 号

刑法的迷思与匡正

XINGFA DE MISI YU KUANGZHENG

阴建峰 著

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: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2009 年 7 月第 1 版

印 次: 2009 年 7 月第 1 次

印 张: 18.625

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 501 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 565 - 5/D · 473

定 价: 39.00 元

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

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

北京师范大学刑事法律科学研究院 京师刑事法文库

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。我国依法治国、建设社会主义法治国家之基本治国方略的确立及其贯彻，对社会的发展进步至关重要。而现代刑事法治则在现代化法治国家中扮演着非常重要的角色。改革开放后的二十多年来，我国的刑事法治已经取得了长足的进步。但是，在新世纪建设社会主义法治国家的进程中，无论是刑事法学理论还是刑事法治实践，都仍需要进一步发展与完善，以更为充分地发挥其应有的作用。

北京师范大学刑事法律科学研究院于2005年8月建立，系专门从事刑事法学研究的、中国刑事法学领域首家且目前唯一的、独立的实体性综合性学术研究机构。研究院以一批中青年专家学者为中坚，并聘请了包括老一辈著名刑法学家、中央政法机关专家型领导以及重要国际组织领导人在内的国内外知名刑事法专家、学者担任特聘顾问教授、专家委员会委员、兼职教授（研究员）。研究院的设立，旨在建设全国领先并与国际知名刑事法学机构看齐的新型刑

事法学术机构，本着刑事法学一体化的精神，逐步全面发展中外刑法学、国际刑法学、区际刑法学、刑事政策学、犯罪学、刑事执行法学、中外刑事诉讼法学、刑事证据学、刑事司法制度等刑事法的诸多学术领域，培养高级刑事法学专门人才，为中国法学研究和高层次人才培养进行新的探索，力争为中国依法治国、建设社会主义法治国家的伟大事业在刑事法学领域作出更大的贡献。

为达此目标，研究院成立伊始即创办“京师刑事法文库”。研究院的主要成员在中国人民大学刑事法律科学研究中心工作时，亦曾设立“刑事法律科学文库”与“国际刑法研究所文库”，并已颇具规模。为获得更为广阔的学术发展空间与学术交流平台，数位专家学者首批加入北京师范大学创立了全国首家实体性的刑事法律科学研究院。学术事业是薪火相传、继承发展的事业，为使刑事法学术事业得到进一步传承和发扬，北京师范大学刑事法律科学研究院遂在我们设立的原“刑事法律科学文库”与“国际刑法研究所文库”的基础上，重新创办两个系列著作项目，并定名为“京师刑事法文库”和“京师国际刑事法文库”。两个文库是分工不同、相辅相成的姊妹项目，前者以国内刑事法著作为范围，后者以国际刑事法著作为范围。两个文库以百年名校北京师范大学深厚的学术积淀、悠久的历史传统和浓郁的文化氛围为依托，凭借北京师范大学坚实宽广的人文社会科学和自然科学的综合实力，并广泛争取和吸纳中外刑事法学界的支持与帮助。“京师刑事法文库”的出版领域主要包括国内刑事法律与刑事法学方面（包括刑法、犯罪学、刑事执行法学、刑事诉讼法学、刑事侦查、刑事物证技术等领域）的有新意、有深度、有分量的著作与译作，也会涉及我国港澳台地区刑法暨中国区际刑事法等领域的科研成果，可以是专题研究、综合研究，也可以是论集、有价值的文献资料等形式。作者以研究院专职、兼职研究人员为主，并向其他专家、学者开放。

我们希望通过文库形式能逐步积累学术成果，繁荣、深化和开拓刑事法领域的学术研究，促进国内外刑事法学界的交流合作，不

断提高我国刑事法理论与实践水平，进而有力地促进国家现代法治之昌盛和社会的文明进步。

北京师范大学刑事法律科学研究院

院长 赵秉志教授

谨识于乙酉年初秋

College for Criminal Law Science of Beijing Normal University

Criminal Law Library of BNU

Preface

A modern country and a modern civilization should be governed by law. The establishment and actualization of the principal guideline of rule by law is crucial for our society to make progress in the efforts of constructing socialism under rule of law. Modern criminal law, playing a very important part in the development of modern society under rule of law, has achieved great progress since 1978 when the reform and opening-up policy was carried out. Whereas, further development and reform for both theory and judicial practice of criminal law are required in the process of building socialist legal democracy, so as to bring it into full play.

The College for Criminal Jurisprudence Studies of Beijing Normal University, founded in August of 2005, is the first and, at present, the only academic research organ in China specializing in criminal jurisprudence that is independent and comprehensive entity. The College is staffed with a group

of famous young and middle-aged criminologists as academic nucleus and a group of criminologists and scholars known home and abroad as specially invited consultative professors, member of experts committee, guest research fellows (professors), including those senior professors, leaders with judicial expertise from the central procuratorial, judicial and public security departments and leaders of some important international academic organizations. The college, aiming at turning into a new national leading academic body which can keep pace with international prestigious organs of criminal jurisprudence, is gradually extending its research fields covering Chinese and foreign criminal jurisprudence, international criminal law, trans-regional criminal law, criminal policy science, criminology, criminal executive law, Chinese and foreign criminal procedure law, criminal evidence law, criminal judicatory and so on following the spirit of integrated criminal science. Meanwhile, the College trains high-level criminal jurisprudence professionals and makes new exploration into research of jurisprudence and cultivation of high-level professional in China. We are trying our best to make a greater contribution in the field of criminal law science to the great cause of building our socialism under rule of law.

Cherishing this hope, the College initiated the *Criminal Law Library of BNU* as soon as it is founded, with the working experience of *Criminal Jurisprudence Library of Renmin University of China (RUC)* and *International Criminal Jurisprudence Library of RUC* which had been established in the Criminal Jurisprudence Research Center of RUC and in a rather large scale before the main staff's transfer to the College. In order to obtain a broader space for academic research, we six scholars transferred from RUC to BNU and founded this first and the only one independent academic entity in our country—College for Criminal Law Science of BNU. Learning is a continuous business, so the College re-establishes

two book-series programs named "*Criminal Law Library of BNU*" and "*International Criminal Law Library of BNU*" based upon the former two libraries so as to further develop our academic cause. The two sisterly programs undertake different missions and supplement each other. The domain of the former focuses on domestic criminal jurisprudence literatures and the latter on international criminal jurisprudence literatures. Depending upon the profound academic deposit, centuries-old historical traditions and full-bodied cultural atmosphere of the prestigious Beijing Normal University and with BNU's comprehensive and powerful integrative strength in both fields of humanity social science and nature science, the two libraries will attract and accept the contributions from the field of criminal jurisprudence home and abroad. The publications of *Criminal Law Library of BNU* cover the creative and profound works and translations on domestic and foreign criminal jurisprudence (criminal law, criminology, criminal execution law, criminal procedure law, criminal investigation and criminal evidence etc.) and those academic and research fruits in the field of extroversive criminal law (including international criminal law, comparative criminal law, foreign criminal law and criminal laws of Hong Kong, Macao and Taiwan). The publications may be of either special topics or general topics or translations of foreign literatures and codifications. Meanwhile, in order to attract active concerns with important realistic issues, publications on the related topics will be collected and affiliated to *Criminal Law Library of BNU* as new book-series with famous criminal jurisprudence specialists as their chief editor. The authorships of *Criminal Law Library of BNU* are mainly entitled to full-time and guest research fellows besides other experts and scholars engaged in criminal jurisprudence.

Through these programs of libraries, we seek to help to accumulate academic fruits, to exploit and deepen and thrive the academic research.

ches on criminal jurisprudence, to facilitate exchanges and co-operations between domestic and foreign colleagues engaged in criminal jurisprudence and to gradually improve our theoretical and practical expertise of criminal law so as to accelerate the prosperity of our country under rule of law and the progress of social civilization.

Prof. Zhao Bing-zhi
Dean of College for Criminal Law Science
Beijing Normal University
Autumn of 2005

前 言

办公室的就餐团队日渐式微，已由最初的全员参与变成了如今可怜的四人组了。尽管如此，发表对社会现实的不同认识，畅谈对生活和工作感想与看法，却仍是我们午餐时不变的话题。某日，谈及现行高校业绩评价体系的缺陷时，我们在忧心当下学风浮躁的同时，又都流露出些许困惑与无奈。也正是在此间，我萌生整理、编辑自己既有成果之念。正如人们常说：如果不能改变环境，那就去适应吧！诚然，这种整理、编辑不啻是一种学术偷懒，但却是现行评价机制催生的产物，是不得已的一种“适应”。何况，通过总结自己对于诸多刑法问题的理论思考，回顾自己匡正迷思的心路历程，并进行必要的自我砥砺与检视、反思，相信会对自己在学术之路上继续前行多有助益。

回首从前，曾被家乡“地痞”威胁之经历，也许是促使我选择报考人大法学专业的内心起因，尽管该地痞现已因抢劫身陷囹圄多年。在如愿以偿上了人大法学专业后，懵懵懂懂间，四年大学生活一晃而过了。或许是受本家爷爷家宝教授的影响，或许更多是出于自身的兴趣，我后来毅然选择刑法作为继续攻读研究生的专业方向。屈指算来，自初入刑法门楣至今已十余载。由于学术研究缺乏总体的规划，往往是兴之所至、四面出击，虽说这些年也发表了很多论文，参与了数十部专著的撰写，但这种浅尝辄止的研究习惯似乎很难使自己领略学术研究的精妙与愉悦。其实，恩师赵秉志教授也曾多次告诫我们：做学问切忌像“狗熊掰棒子”，掰一个扔一个，而要始终注意对于某一问题的跟踪研究。不过，由于个人的懒散与浮躁，恩师的告诫常常被置之脑后。如今将那些掰完扔掉的

棒子再度捡拾起来，也许不失为对恩师上述告诫并不圆满的回答。

本书共分七个专题，不仅涉及犯罪与刑罚理论的学术解构，也涉及传统犯罪与新型犯罪的时代解读。兹述要如下：在专题一“犯罪形态的理论言说”中，本书对共同过失犯罪与吸收犯分别进行了论述。其中有些观点虽说略显稚嫩，但也不乏新意。例如，笔者主张，共同犯罪应该有事实上的共同犯罪与法律上的共同犯罪之分。法律上的共同犯罪是对事实上的共同犯罪的一种法律确认，其范围应当取决于客观存在的共同犯罪现象以及惩治共同犯罪的司法实务的需要。根据我国的实际状况，目前刑事立法把法律上的共同犯罪限定为共同故意犯罪是恰当的。但我们却不能够据此得出共同过失犯罪不成立共同犯罪之结论，进而否认其存在。在专题二“刑罚理论的比较视角”中，本书分别对刑罚目的、刑罚功能与赦免制度进行了比较研究，并通过分析得出自己关于相关刑罚理论的观点。例如，笔者主张，“感化”与“鉴别”均不宜作为刑罚的功能，因为从两者所具有的内容来看，完全可为教育、改造功能所包容，没有必要作为一项独立的刑罚功能。在专题三“刑罚裁量的实践运作”中，笔者首先论述了“儿童最大利益原则”在刑罚裁量中的贯彻问题。笔者主张，作为刑事司法的重要环节之一，对于未成年犯罪人的刑罚裁量应把未成年犯罪人的福祉视为主要考量因素。无论是量刑目的、量刑原则的确立，还是对量刑情节的把握以及量刑制度的适用，都应体现儿童最大利益原则。随后，笔者以许霆案为视角对该案的刑事裁判进行了刑法社会学解读。在专题四“赦免制度的当代命运”中，本书则集中就中国现代赦免制度的重构问题结合时代发展进行了专门研讨。笔者在博士学位论文的基础上对于赦免制度的继续研究，也许可以勉强视为自己对于恩师上述学问之道的遵循。尤其是在本书中，笔者对于能否以赦免之策因应腐败犯罪、能否在新中国成立 60 周年之际适时行赦等当下热门话题进行了深入探讨，并提出了自己的独到见解。专题五系“新型犯罪的时代解读”，主要是对恐怖活动犯罪，背信损害上市公司利

益罪，外汇犯罪，网络知识产权犯罪，中介犯罪，出版歧视、侮辱少数民族作品罪，侵犯虚拟财产犯罪等新型犯罪进行了尝试性研讨。在专题六“传统犯罪的本体解析”中，则对故意杀人犯罪、过失致死罪、伤害犯罪进行了海峡两岸比较研究，并对非法拘禁罪疑难问题以及财产罪、危害国防利益罪的基本问题进行了较为深入的剖析。在专题七“典型犯罪的死刑控制”中，本书首先论述了故意杀人罪的死刑司法控制问题。笔者认为，严格限制死刑的焦点和难点，在于如何切实控制故意杀人罪的死刑。控制了故意杀人罪的死刑，中国的死刑限制问题自会迎刃而解。随后，本书以比较研究为逻辑起点，结合我国的具体立法，力图着重从立法角度探索抢劫罪死刑的控制问题。此外，本书还论及盗窃罪死刑废止问题，并得出盗窃罪的死刑应予废止的鲜明结论。

必须指出的是，本书的部分成果系与恩师赵秉志教授等合作而成。在此谨对恩师多年来的教诲、提携、关照致以最衷心的感谢！如今能继续在恩师身边工作，有机会时刻聆听恩师的耳提面命，可谓幸甚至哉！同时，也感谢所有关爱、支持、帮助我的亲人、朋友们，感谢中国人民公安大学出版社一直以来的鼎力支持！

《诗经·周颂·敬之》有云：日就月将，学有缉熙于光明。期冀本书的付梓能成为我学术生涯一个新的起点，而不仅仅是对当下业绩评价机制的被动“适应”。

阴建峰

谨识于农历乙丑年初春

目 录

前 言	(1)
-----------	-------

专题一 犯罪形态的理论言说

共同过失犯罪研究	(1)
一、共同过失犯罪之理论纷争及观点评析	(1)
二、共同过失犯罪具体类型分述	(5)
三、共同过失犯罪的认定	(11)
四、共同过失犯罪的定罪与处罚	(13)
吸收犯研究	(17)
一、吸收犯的存废	(17)
二、吸收犯的概念	(22)
三、吸收犯的特征	(24)

专题二 刑罚理论的比较视角

刑罚目的比较研究	(27)
一、外国刑法中刑罚目的理论	(27)
二、我国刑法学界刑罚目的理论	(31)
三、刑罚目的理论比较研究	(32)
刑罚功能比较研究	(40)
一、外国刑法中刑罚功能理论	(40)
二、我国刑法中刑罚功能理论	(48)
三、中外刑罚功能理论比较研究	(51)

赦免制度比较研究	(60)
一、赦免的概念	(61)
二、赦免的适用范围	(70)
三、赦免的程序	(81)

专题三 刑罚裁量的实践运作

“儿童最大利益原则”在刑罚裁量中的贯彻	(99)
一、“儿童最大利益原则”的确立及其要求	(99)
二、“儿童最大利益原则”对量刑的影响	(101)
三、“儿童最大利益原则”在量刑制度中的贯彻	(109)
刑事裁判的刑法社会学解读——以许霆案为视角	(112)
一、许霆案是否成罪的社会根据	(113)
二、影响许霆案定性的社会制约因素分析	(118)
三、许霆案刑罚裁量的社会效果分析	(123)
四、结语	(132)

专题四 赦免制度的当代命运

大赦制度新论	(133)
一、大赦概念之界定	(133)
二、大赦制度的类型	(139)
三、大赦制度的效力	(141)
四、大赦制度的变异	(145)
五、在我国法律框架中存置大赦制度之论证	(148)
特赦制度新探	(154)
一、特赦概念之界定	(155)
二、特赦制度的类型	(157)
三、特赦制度的范围与效力	(159)
四、我国特赦制度的重构	(162)

我国死刑赦免制度建构研究	(167)
一、建构死刑赦免制度之现实意义	(167)
二、中外死刑赦免制度概览	(173)
三、建构我国死刑赦免制度之设想	(180)
四、结语	(184)
因应腐败犯罪之赦免对策研究	(185)
一、腐败犯罪能否赦免的实践考察	(186)
二、腐败犯罪能否赦免之理论纷争	(189)
三、关于赦免腐败犯罪的初步构想	(200)
四、结语	(202)
关于在新中国成立 60 周年之际实行特赦的研讨	(204)
一、在新中国成立 60 周年之际实行特赦的意义	(205)
二、在新中国成立 60 周年之际实行特赦的 具体构想	(219)
三、结语	(227)

专题五 新型犯罪的时代解读

中国遏制恐怖活动犯罪的法治对策研究	(229)
一、恐怖活动犯罪的概念及其危害	(230)
二、中国遏制恐怖活动犯罪的立法努力	(237)
三、中国遏制恐怖活动犯罪的法治完善构想	(245)
四、结语	(249)
背信损害上市公司利益罪研究	(250)
一、刑法第 169 条之一罪名辨析	(250)
二、背信损害上市公司利益罪行为构造解析	(254)
三、违规占用上市公司资金行为的处理	(258)
四、结语	(261)
外汇犯罪基本问题研究	(263)
一、外汇犯罪的概念	(263)

二、外汇犯罪的构成特征	(266)
三、外汇犯罪的刑罚适用	(277)
四、我国外汇犯罪之立法完善	(279)
网络知识产权犯罪对传统刑法的挑战与影响	(285)
一、网络知识产权犯罪的简要界定	(285)
二、网络知识产权犯罪对传统刑法的挑战	(287)
三、我国刑法对网络知识产权犯罪的应对之策	(293)
中介犯罪刑法规制研究	(298)
一、中介犯罪概念界定	(299)
二、中介犯罪的构成特征	(301)
三、中介犯罪的类型	(307)
四、中介犯罪立法完善构想	(309)
五、结语	(316)
出版歧视、侮辱少数民族作品罪研究	(319)
一、出版歧视、侮辱少数民族作品罪概述	(319)
二、出版歧视、侮辱少数民族作品罪的概念 与构成特征	(325)
三、出版歧视、侮辱少数民族作品罪的司法认定	(336)
四、出版歧视、侮辱少数民族作品罪的刑罚适用	(343)
侵犯虚拟财产的刑法规制研究	(344)
一、侵犯虚拟财产之刑法规制的域外考察与借鉴	(346)
二、侵犯虚拟财产的立法规制	(349)
三、侵犯虚拟财产的司法规制	(361)
四、结语	(365)

专题六 传统犯罪的本体解析

故意杀人犯罪的两岸比较	(366)
一、故意杀人犯罪的立法概览	(366)
二、故意杀人犯罪的分类	(370)