

Criminal Law Issues  
in Social Change

# 社会变迁中的刑法问题

姚建龙◎著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

Criminal Law Issues in Social Change

# 社会变迁中的刑法问题

姚建龙◎著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

社会变迁中的刑法问题/姚建龙著. —北京:北京大学出版社, 2019. 6  
ISBN 978-7-301-30519-5

I. ①社… II. ①姚… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 095958 号

- 书 名 社会变迁中的刑法问题  
SHEHUI BIANQIAN ZHONG DE XINGFA WENTI
- 著作责任者 姚建龙 著
- 责任编辑 孙维玲 朱 彦
- 标准书号 ISBN 978-7-301-30519-5
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn> 新浪微博: @北京大学出版社
- 电子信箱 [sdyy\\_2005@126.com](mailto:sdyy_2005@126.com)
- 电 话 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672  
编辑部 021-62071998
- 印刷者 北京虎彩文化传播有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 965 毫米×1300 毫米 16 开本 29 印张 376 千字  
2019 年 6 月第 1 版 2019 年 6 月第 1 次印刷
- 定 价 88.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370



## 作者简介

姚建龙，上海政法学院党委常委、副校长、教授、博士生导师，曾为重庆市劳教戒毒所管教民警、上海市长宁区人民检察院副检察长、北京师范大学刑事法律科学研究院博士后、华东政法大学教授、《青少年犯罪问题》杂志主编、上海政法学院刑事司法学院院长、团中央权益部副部长兼规划办副主任等。

主要从事刑事法学、青少年法学研究，在刑法学领域的主要研究成果：发表论文三十余篇，出版专著《少年刑法与刑法变革》，主编《刑法学总论》《刑法学分论》《刑法思潮与理论进展》《禁毒刑法学》，校勘《中华刑法论》等。刑法学研究成果曾获“全国刑法学优秀学术著作奖（1984—2014）”专著类一等奖、“钱端升法学研究成果奖”等。

受聘为国务院妇儿工委办公室、中央综治委“预青”专项组、最高人民检察院、团中央等中央部委在相关领域的咨询专家、顾问，以及北京、上海、福建、广东、山东、云南等多省市政法机关咨询专家。受聘为国家检察官学院、华东政法大学、中国人民公安大学等十

余所高校兼职教授、客座教授、研究员等。

入选中国哲学社会科学最有影响力学者排行榜（2017），名列中国被引次数超过百次的刑法学科青年学者（45岁以下）第八位（2017），获全国未成年人思想道德建设工作先进工作者、上海市十大杰出青年、上海市优秀中青年法学家、上海市杰出青年岗位能手、上海市禁毒工作先进个人、上海市未成年人思想道德建设工作先进工作者、上海市曙光学者等荣誉。

# 目 录

---

## 第一章 乡归何处：立足新时代中国实践的刑法理论

自觉 / 001

一、回顾与展望：四十多年来中国刑法理论的发展  
与演变 / 002

二、福柯话语模型分析：四十多年来中国刑法理论  
话语体系的变迁 / 009

三、立足新时代：基于实践的理论反思与发展  
自觉 / 011

四、结语 / 016

## 第二章 多样化刑法渊源之再提倡

——对以修正案为修改刑法唯一方式的  
反思 / 018

一、刑法修改方式与修正案的受推崇 / 019

二、刑法修正案的实质缺陷 / 022

三、刑法修正案的形式缺陷 / 026

四、单一刑法渊源的形成为与反思 / 029

五、多样化刑法渊源之再提倡 / 032

六、结语 / 036

### 第三章 论刑法的民法化 / 038

- 一、二元社会结构的崛起与政治刑法向市民刑法的转变 / 038
- 二、刑法的民法化之源流 / 040
- 三、中国刑法的新走向——刑法的民法化 / 043
- 四、对刑法的民法化的几点认识 / 047

### 第四章 论少年刑法的基本立场 / 049

- 一、从形式正义到实质正义 / 050
- 二、从社会防卫到儿童最大利益 / 054
- 三、从客观主义到主观主义 / 060
- 四、从报应刑论到教育刑论 / 062
- 五、从刑法一般化到刑法个别化 / 070

### 第五章 《刑法修正案（九）》视角下刑法与反恐法的衔接 / 075

- 一、单轨制或多轨制：立法模式的选择与衔接 / 076
- 二、“空”接问题：立法空间的界定与衔接 / 077
- 三、“意”接问题：目的差异下的衔接错位 / 079
- 四、“语”接问题：概念不明 / 081
- 五、管辖衔接的问题 / 083
- 六、罪名体系的衔接 / 085
- 七、结语 / 088

### 第六章 论四要件犯罪构成理论的出罪功能 / 089

- 一、出罪功能之争与四要件犯罪构成理论的命运 / 090
- 二、四要件犯罪构成理论具有出罪功能 / 094
- 三、四要件犯罪构成理论与三阶层犯罪构成理论在出罪机制设计上的不同 / 098

## 四、结语 / 101

## 第七章 论人工智能的刑事可罚性 / 103

- 一、问题提出：一个概念的厘定 / 104
- 二、理论追溯：刑事责任根据论之嬗变 / 110
- 三、刑法规制：人工智能刑事责任能力之认定 / 115
- 四、主体视角：人工智能与刑罚制度变革 / 119
- 五、结语 / 124

## 第八章 我国少年刑事责任制度之理论检讨 / 125

- 一、少年刑事责任制度的理论解释 / 126
- 二、散墨原理与刑事责任阶梯 / 134
- 三、近代以来关于少年刑事责任年龄的论争与变迁 / 137
- 四、对现行少年刑事责任制度的反思 / 140

## 第九章 犯罪后的第三种法律后果：保护处分 / 155

- 一、引言 / 155
- 二、超越刑罚 / 159
- 三、超越保安处分 / 161
- 四、保护处分的基本原则 / 165
- 五、建构我国保护处分制度的设想 / 169

## 第十章 论缓刑滥用及其防范 / 181

- 一、引言 / 181
- 二、缓刑滥用的主要表现、危害、主要原因分析 / 183
- 三、缓刑滥用的防范对策 / 189

## 第十一章 特赦制度的三重视角

——熊振林案引发的思考 / 194

- 一、特赦之界定：特赦与大赦的区别 / 195
- 二、国庆特赦之合法性与价值：法条之内的特赦 / 196
- 三、国庆特赦之可操作性：法条之下的特赦 / 198
- 四、国庆特赦之可能性：法条之外的特赦 / 200
- 五、结语 / 203

## 第十二章 社会排斥理论与前科消灭制度改革 / 204

- 一、标识犯罪人的方式与功能 / 205
- 二、社会排斥理论的解释框架 / 209
- 三、社会排斥理论视野下的前科消灭制度探索 / 215

## 第十三章 晚近我国死刑立法改革之反思 / 219

- 一、现状与问题：我国死刑立法之变迁 / 220
- 二、备而不用和备而少用仍是我国死刑立法改革应当坚持的路径 / 224
- 三、减少死刑的立法改革应当重点针对被多用、滥用的死刑罪名 / 228

## 第十四章 对“婚内强奸”以强奸罪定罪量刑的反思 / 234

- 一、引言 / 234
- 二、罪与非罪之争 / 236
- 三、对婚内强奸以强奸罪定罪量刑的反思 / 238

## 第十五章 对我国首例贞操损害赔偿案的法理评析 / 245

- 一、案情 / 245

二、评析 / 247

三、几点思考 / 252

## 第十六章 强索类案件司法疑难问题与破解 / 254

一、未成年人强索行为的界定、要素及其特点 / 255

二、对未成年人强索类案件法律适用的分歧 / 259

三、适用法律出现分歧的根源 / 262

四、未成年人强索类案件法律适用的基本立场 / 266

## 第十七章 托幼机构虐童案司法疑难分析与对策建议

——以虐待被看护人罪的司法适用为分析视角 / 273

一、托幼机构虐童行为的刑法规制历程 / 274

二、虐待被看护人罪的司法适用情况分析 / 277

三、惩治托幼机构虐童行为的完善建议 / 280

## 第十八章 性侵未成年人刑法适用若干疑难与争议问题辨析 / 284

一、关于奸淫幼女的既遂标准 / 285

二、关于奸淫幼女“情节恶劣”的认定 / 290

三、对“在公共场所当众”猥亵儿童的理解 / 294

四、其他几个争议问题 / 299

## 第十九章 互联网金融犯罪：一个概念的界定 / 303

一、互联网金融犯罪：现象、研究、术语的使用 / 303

二、互联网金融犯罪概念界定的现实：争议与分歧 / 305

三、互联网金融犯罪概念界定面临的困境 / 309

四、互联网金融犯罪概念界定的新思路 / 311

## 第二十章 金融犯罪认定和处理中的疑难问题 / 317

- 一、两个案例引发的思考 / 317
- 二、新形势下金融犯罪认定和处理中出现的问题 / 319
- 三、新形势下对金融犯罪认定和处理方式的健全和完善 / 322

## 第二十一章 内幕交易、泄露内幕信息罪司法疑难问题研究 ——基于裁判文书的分析 / 329

- 一、裁判文书的选择与司法疑难问题的发现 / 330
- 二、关于内幕信息以及内幕信息敏感期的认定 / 337
- 三、关于内幕交易、泄露内幕信息罪主体的认定 / 343
- 四、关于内幕交易、泄露内幕信息罪的行为方式的认定 / 347
- 五、结语 / 351

## 第二十二章 漏洞交易行为的刑法边界及相关思考 ——以李某出售游戏漏洞案为例 / 352

- 一、案情简介与定性之争 / 353
- 二、“发现、交易、胁迫”行为的应有之义 / 355
- 三、本案的法律定性分析 / 362
- 四、本案引发的进一步思考 / 365

## 第二十三章 对国家工作人员利用职务便利骗取“转让费” 行为的定性 / 369

- 一、相关案例 / 369
- 二、实践中对国家工作人员利用职务便利骗取“转让费”行为的定性分歧 / 370
- 三、对国家工作人员利用职务便利骗取“转让费”行为的定性分析 / 373

第二十四章 贿赂犯罪立法结构的调整 / 377	
一、行贿与受贿同罪同罚：立法趋向与反思 / 378	
二、行贿非犯罪化的提出及其意义 / 388	
三、行贿非犯罪化的可行性分析 / 396	
四、受贿犯罪的相应完善 / 401	
第二十五章 贪污受贿犯罪终身监禁若干问题研究 / 408	
一、“终身监禁”的提出及其法律定性 / 409	
二、贪污受贿犯罪终身监禁的意义探寻 / 410	
三、贪污受贿犯罪终身监禁的问题探究 / 414	
四、贪污受贿犯罪终身监禁的未来展望 / 419	
附录 近代刑法典的沿革与《中华刑法论》 / 425	
主要参考文献 / 432	
后 记 / 451	

## 第一章

### 乡归何处：

### 立足新时代中国实践的刑法理论自觉\*

以《刑法知识的去苏俄化》<sup>〔1〕</sup>一文为标志，刑法学界进行了一场苏俄理论与德日理论的“较量”，起初以文章或论坛形式“百家争鸣”，近些年来高潮退去，转而以学者讲座或师徒传授形式进行，耳濡目染，润物细无声。从目前来看，司法实务人员与中老年学者大多是在苏俄理论浸润下成长起来的，拥有人数上的绝对优势；而德日理论的主张者主要以中青年刑法学者为主，他们的影响力普遍较大，对未来刑法发展具有重要影响。大体而言，两方表面上“势均力敌”，实质上此起彼伏，尤其是对青年学子的影响差异显著。基于理论与实

---

\* 本章为笔者与林需需合作撰写，提交“社会变迁与刑法科学新时代——纪念改革开放40年暨社科院法学所成立60年学术研讨会”（2018年10月27—28日，中国社会科学院法学研究所主办、刑法研究室承办）后，根据笔者现场发言的主要观点修改而成。

〔1〕 陈兴良：《刑法知识的去苏俄化》，载《政法论坛》2006年第5期。

实践的辩证关系，刑法理论为刑事司法提供理论支撑和解释依据，蕴含着法治理念和法治思维。刑法理论在促进刑法适用的同时，也具有形塑刑法规范的作用，因而选择适合国情的刑法理论至关重要。实践是理论之源，没有实践，很难形成系统的科学理论。<sup>〔1〕</sup>正确的刑法理论应当来自一国的司法实践，但是回顾四十多年来中国刑法理论的发展路径，却始终存在移植有余而本土化欠缺的问题。

## 一、回顾与展望：四十多年来中国刑法理论的发展与演变

1978年至今，四十多年来，中国刑法理论逐步体系化、完善化，对从刑事法制到法治的转型发挥了重要作用。回顾这段历史，有肯定，有疑惑，中国初步形成了以苏俄刑法理论为主体的中国特色刑法理论体系，在司法实践中的价值值得肯定；而在此期间出现的苏俄理论与德日理论的冲突对立，让中国未来刑法理论发展存在不确定性，令很多刑法学者与司法实务人员感到困惑。知古兴今，在展望未来之前，我们有必要作一简要回顾。

### （一）1978年与中国刑法理论话语体系的重建

经历十年“文革”，法制被摧毁殆尽。1978年是新中国历史的重要转折点，改革开放宣告中国进入新时期。党的十一届三中全会公报庄严宣告：“为了保障人民民主，必须加强社会主义法制，使民主制度化、法律化，使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权

---

〔1〕 参见赵曜：《马克思主义的改革开放思想和我国的改革开放理论与实践——纪念改革开放40周年》，载《中国浦东干部学院学报》2018年第3期。

威，做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。”〔1〕法制建设重新受到重视，刑法理论研究也逐渐步入正轨，并形成了以苏俄理论为背景的刑法理论体系。中国在这一时期建立以移植苏俄刑法学为特点的刑法理论体系有其必然性。1949年，中华人民共和国成立，废除了国民党统治时期的“六法全书”，在“一边倒”政策之下，依托与苏联政治上的亲缘关系，开始大规模移植苏俄刑法理论，〔2〕基本形成了以苏俄刑法理论为主体的刑法理论体系。1957—1976年法律虚无主义的盛行导致刑法理论研究基本停滞，1978年之后的刑法学主要只能建立在1949年之后形成的理论体系的基础之上，我们称其为“中国刑法理论话语体系的重建”。该刑法理论体系具有四个典型特征：

其一，将社会危害性作为犯罪的本质特征。“社会危害性”是整个苏俄刑法理论体系的核心概念，内涵相对丰富却不确定，显著区别于西方的形式犯罪概念。〔3〕虽然国内对于社会危害性也有实质概念、形式概念、实质与形式概念的性质之争，但是社会危害性在苏俄犯罪理论中的核心地位毋庸置疑。相较于西方的形式犯罪概念，社会危害性容易被大众接受，满足高效打击犯罪的需要，有助于维护社会稳定，符合目的型法治的价值追求。

其二，采取四要件犯罪论体系。与社会危害性概念相配套，苏俄

---

〔1〕 转引自陈兴良：《回顾与展望：中国刑法立法四十年》，载《法学》2018年第6期。

〔2〕 学习苏俄刑法理论的具体方式和渠道主要有：（1）苏联各种法学著述在我国被全面译介；（2）苏联法学教材或苏联专家的讲义成为我国法律教育的主要载体；（3）苏联法学专家来华传授法学理论和法制经验；（4）我国派遣留学生到苏联学习法律；（5）建立以传播苏联法学为宗旨的教育基地。参见顾培东：《当代中国法治话语体系的构建》，载《法学研究》2012年第3期。

〔3〕 根据犯罪概念是否包含社会危害性的内容，在刑法理论上，犯罪概念被分为犯罪的形式概念与实质概念。参见陈兴良：《刑法知识论》，中国人民大学出版社2007年版，第178页。

刑法理论采取四要件犯罪论体系，包括犯罪客体、犯罪主体、犯罪客观方面、犯罪主观方面四个要件。1982年法律出版社出版的高等学校法学试用教材《刑法学》采用的就是四要件犯罪论体系。该书的出版在刑法学术史上被称为一个“划时代的‘事件’”<sup>〔1〕</sup>，正式确立了四要件犯罪论体系的地位。

其三，采取必然和偶然的哲学化因果关系。苏俄刑法理论将因果关系哲学化为必然因果关系和偶然因果关系。在我国，因果关系也经历了从只承认必然因果关系到既承认必然因果关系也承认偶然因果关系的过程，这段历史可以从上述1982年版教材《刑法学》中得到印证。

其四，刑法分则罪名具有早期社会主义特色。除刑法总则外，分则中的反革命罪、投机倒把罪以及流氓罪等罪名更是具有特定时代的“特色”。具体而言，反革命罪是对中国特色民主法制的体现，投机倒把罪留有计划经济的烙印，流氓罪凸显了刑法在社会治理中的重要性。这三个罪名充分体现了当时的时代特色。

## （二）中国意识的初步觉醒：接续刑法学传统理论话语体系的努力

苏联与中国在政治上的亲缘关系以及其刑法理论的通俗易懂性，便于快速掌握和高效应对犯罪，这也是20世纪80年代苏俄刑法理论在中国“一家独大”的重要原因。随着改革开放的深入推进，刑法理论来源也逐渐丰富起来，出现了两个新的知识渊源：一个是我国台湾地区刑法学知识的引进，一个是近代刑法学作品的重受重视。

刑法理论知识渊源的多元化，为批判和完善现有理论提供了素材。这种完善基于传统刑法理论渊源，具有接续刑法学传统理论话语

---

〔1〕 周详：《四要件与三阶层犯罪论体系共生论》，载《中外法学》2012年第3期。