

■ 刑 法

# 马克昌刑法学思想研究

康均心<sup>1</sup>, 车 英<sup>2</sup>

(1. 武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072; 2. 武汉大学 新闻与传播学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 康均心(1968-), 男, 湖北仙桃人, 武汉大学法学院法律系教授, 法学博士, 博士生导师, 武汉大学期刊社社长, 主要从事刑法学研究; 车 英(1954-), 男, 河北望都人, 武汉大学新闻与传播学院新闻系教授, 武汉大学文科学报编辑部副主任, 主要从事新闻传播学和法学研究。

[摘 要] 2005 年, 是武汉大学法学院资深教授马克昌先生 80 华诞, 也是他从事刑法学教育和学术研究 56 周年。在半个多世纪的刑法学教育和学术研究中, 马克昌认真学习, 勇于探索, 逐步形成了自己的刑法学思想。总结和研究马克昌刑法学思想, 对于弘扬我国优秀刑法传统, 激励后学, 具有重要的现实意义。

[关键词] 马克昌; 刑法学思想; 研究

[中图分类号] DF636 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2005)06-0725-18

任何一个时代都期待它的社会安定有序、公正和谐, 期待它的法学有大师级的研究者及其影响并促进其法制完善和发展的成果出现——这也是无数有进取心的中外法学专家执着追求和努力的方向。事实上, 在中国法学发展史中的每一个阶段都几乎不乏大学问家和研究专家, 他们研究的理论“文本”超越时空、国界和民族的限制, 成为人类社会文化、法制文明不可或缺的重要组成部分, 并对社会法制建设的完善与发展产生着重大影响。在中国法学界, 为中国法制建设以“筚路蓝缕, 以启山林”的意志而“输肝剖胆”的法学专家“族谱”中, 武汉大学法学院资深教授马克昌先生无疑是最具有代表性的, 彰显出他作为“南派刑法学”领军人物的学术精神和价值取向。

马克昌教授于 1926 年 8 月 12 日出生于河南省西华县红花集镇。1946 年考入国立武汉大学法学院。1950 年马克昌以其品学兼优毕业留校任教, 尔后被保送到中国人民大学研究生班, 师从苏联刑法学家贝斯特洛娃教授专攻刑法。1952 年, 马克昌完成研究生学业后回到武汉大学主讲刑法学——他的法学教育与研究生涯便从此真正拉开了序幕。马克昌教授现为武汉大学资深教授、博士生导师, 兼任武汉大学学术委员会顾问、中国法学会名誉理事、中国法学会刑法学研究会名誉会长、最高人民法院特邀咨询员。马克昌教授广泛涉猎中国刑法、比较刑法、刑事政策、犯罪学等研究领域, 迄今为止, 已出版学术专著 20 余部, 学术论文 100 余篇, 为中国社会主义刑事法治的建设和发展做出了巨大的贡献。今年, 马克昌教授 80 华诞, 也是他从事刑法学教育和学术研究 56 周年。在半个多世纪的刑法学教育和学术研究及实践中, 马克昌认真学习, 勇于探索, 逐步形成了自己的刑法学思想。总结和研究马克昌刑法学思想, 对于弘扬我国优秀刑法传统, 激励后学, 具有重要的现实意义。

## 一、理想的刑法与刑法的理想

卢梭曾描述理想的刑法应该是, 人人都服从, 却没有发号施令; 人人都服务, 却没有骑在人头上的

主人;而且由于在这种明显的服从关系中,谁都没有损失任何自由,而只损失可能有害于别人的自由的东西,反而更加自由——这种情况又是怎样造成的呢?这些奇迹都是法律创造的。人们之有正义与自由应该完全归功于法律。以民权的形式在人与人之间确立自然的平等地位的,就是这个公共意志的有益的机构。正是这种神圣的声音,它向每个公民讲授公共理智的箴言,并教导他们按照自己的判断的规律来行动,而不要自相矛盾地行动<sup>[1]</sup>(第 31 页)。

早在 20 世纪 80 年代初,马克昌教授就认为,在中国这个有着几千年封建传统的社会里进行法制建设,必须要“确立法律至上的理念、坚持法治社会的民本思想、构建安定有序的社会关系”。这种“法律观”、“民本观”及和谐论就是马克昌教授关于理想的刑法与刑法的理想的思考。他认为,理想的刑法应该是内容与时俱进,结构体系合理,立法技术先进,条文对称和谐。刑法的理想应该是通过明晰的原则规定和对犯罪的界定,来寻求社会的公平、和谐、幸福、文明、秩序。马克昌教授的这些思想不仅被国家所认同,而且在政府决策文件中也被广泛使用。他的法学思想所体现出的“创造性”,从多个不同层面深深地影响着中国法治的进程,有力地推动了中国法治的现代化。比如,他关于罪刑法定主义和在市场经济条件下区分罪与非罪的观点,就充分体现了他的这种思想。

罪刑法定主义是指什么行为是犯罪和对这种行为处以何种刑罚,必须预先由法律明文加以规定的原则。其产生是针对封建专制国家的罪刑擅断主义以及刑罚的残酷性、非人道性等而提出来,其基本含义被德国著名法学家费尔巴哈表述为:“无法律则无刑罚”、“无犯罪则无刑罚”、“无法律规定的刑罚则无犯罪”。罪刑法定主义一般认为来源于 1215 年英国的《自由大宪章》,以后随着人权思想的展开,逐步成为刑法、宪法以至国际公约的基本原则。

关于罪刑法定主义的思想理论基础,马克昌教授认为,罪刑法定主义的思想理论基础不是一元的,同时认为现代罪刑法定主义的思想理论基础,由于时代的变迁,与罪刑法定主义产生的思想理论基础有所不同。罪刑法定主义的思想理论基础为:(1)启蒙的自由主义思想;(2)孟德斯鸠的三权分立理论;(3)费尔巴哈的心理强制说。现代罪刑法定主义的思想理论基础还包括为:(1)民主主义;(2)人权尊重主义<sup>[2]</sup>(第 16 页)。

关于罪刑法定主义的内容,马克昌教授认为,罪刑法定主义的内容随着时代的发展又增加了新的内容,因而可从两个方面论述罪刑法定主义的内容:一是传统的罪刑法定主义的内容。其包括:(1)排斥习惯法;(2)刑法无溯及力;(3)禁止类推解释;(4)否定绝对不定期刑。二是新增的罪刑法定主义的内容。其包括:(1)明确性原则;(2)实体的适当原则,具体包括犯罪规定的适当和刑罚规定的适当,刑罚适当包括残酷刑罚的禁止和罪刑的均衡<sup>[2]</sup>(第 17 页)。

关于罪刑法定主义的立法现状和趋势,马克昌教授认为,当代各国规定罪刑法定主义的立法,表现为三种情况:(1)罪刑法定主义只在宪法中规定,而未在刑法典中规定;(2)罪刑法定主义只在刑法典中规定,而未在宪法中规定;(3)在宪法中和刑法典中均规定罪刑法定主义。从 20 世纪 50 年代末期以来,罪刑法定主义的发展趋势表现为:(1)废除类推立法,改为罪刑法定主义立法;(2)罪刑法定主义在刑法典中未做规定,改正刑法草案予以增设;(3)罪刑法定主义日益得到国际法上的承认<sup>[2]</sup>(第 18 页)。

马克昌教授认为,在我国市场经济条件下,区分罪与非罪时,要以法律规定的犯罪构成为依据,但需要结合市场经济的形势,将上述标准具体化。

马克昌教授认为,行为的社会危害性及其程度是区分罪与非罪的标准,特别是在经济犯罪中,应当以行为是否危害社会主义社会生产力的发展及其程度,作为区分经济犯罪的罪与非罪的标准。在目前我国向市场经济过渡的时期,我们应当以市场经济的观点衡量人们的经济行为,是否危害社会主义市场经济的发展应该是当前考虑一种行为是否构成犯罪的重要因素。同时,由于任何经济犯罪都是破坏社会主义市场经济发展的行为,所以衡量某一行为是否构成经济犯罪,不能不考虑它对社会主义市场经济发展的危害及其程度。具体而言,可以得出如下结论:(1)有利于社会主义市场经济发展的行为,不违反法律规定,不应认为构成犯罪。(2)凡有利于社会主义市场经济发展的行为,即使过去认为这种行为是

犯罪,由于形势变化现在已不具有社会危害性,就不应再作为犯罪处理。(3)破坏社会主义市场经济的行为,情节严重的,应当以犯罪论处。

其次,行为的社会危害性及其程度,总是通过犯罪构成体现出来的,因而具体区分经济犯罪的罪与非罪的界限时,应以刑法分则或单行刑事法律规定的该种犯罪的犯罪构成要件为依据。在经济犯罪中,区分罪与非罪主要有以下几个要件:(1)行为是否违反某种法规;(2)情节是否严重;(3)数额是否较大。

社会主义社会生产力标准与法律标准应当是一致的,但在当前我国经济转轨时期,可能会出现社会生产力标准和法律标准相矛盾的现象,即有些有利于社会生产力发展的经济活动,法律并未规定加以保护,或者还作为犯罪加以处罚;而有些危害社会生产力发展的经济活动,法律尚未规定为犯罪予以打击。在这种情况下,应当这样处理:(1)有利于社会生产力发展的经济活动,法律还规定为犯罪时,应当及时修订刑法或者制定新的刑事法律,在刑法未加修订之前,应当从行为不具有社会危害性的实际情况出发,不作为犯罪处理。(2)危害社会生产力发展的经济活动,法律尚未规定为犯罪加以打击时,应当及时制定新的刑事法律,以适应刑事司法的需要,在新的刑事法律制定出来之前,应分别情况来解决:A.新的经济犯罪形态为现行刑法中规定的犯罪所包括时,可以依据现行刑法中的有关规定定罪判刑;B.有些新的经济活动,在我国刑法中没有作为犯罪加以规定,而有些国家或地区的刑法却规定为犯罪,对这类经济活动,是否作为犯罪处理,可以参考有关国家或地区的刑法,结合案件的具体情况来解决<sup>[3]</sup>(第6页)。

因此,在社会主义市场经济体制下,刑法的许多观念要不断更新,以符合新的经济体制的要求。马克昌教授指出,随着市场经济体制的发展,需要更新的刑法观念主要有:

1. 改变强调作为阶级斗争工具的刑法观,树立为发展社会主义市场经济服务的刑法观。具体包括的内容有:(1)就刑法的功能来说,不仅要重视刑法规范人们的行为、维护社会秩序的功能,而且要重视刑法保护社会主义市场经济发展和保障公民合法权益的功能。(2)就刑法的任务来说,刑法既要保护国有经济、集体经济,也要保护个体经济、私营经济。(3)就刑法打击的重点来说,刑法应当由以危害国家安全犯罪为打击的重点,转为以严重经济犯罪和严重危害社会治安的犯罪为打击的重点。

2. 改变单纯以危害统治关系为标准的犯罪观,补充树立以危害社会生产力发展标准的犯罪观。具体包括以下两个方面:(1)是否危害社会生产力的发展,也应当成为判断某一行为是否构成犯罪的标准。(2)是否危害社会主义市场经济的发展,是当前考虑一种行为是否构成犯罪的重要因素。具体表现为以下两点:第一,凡是有利于社会主义市场经济发展的行为,即使过去认为这种行为是犯罪,由于现在已不具有社会危害性,不应当再作为犯罪处理。第二,凡是破坏社会主义市场经济的行为,情节严重的,应当以犯罪论处。

3. 改变与计划经济相适应的刑罚观,树立与市场经济相适应的刑罚观。具体包括的内容为:(1)改进罚金刑的立法和适用。随着商品经济的发展,罚金应当在我国刑罚体系中跃居重要地位,刑法分则中应增加适用罚金刑的条款。(2)注意刑罚适用的经济性。这是商品经济性在刑法上的反映。(3)强调罪刑相适应原则。这是商品经济等价交换原则在刑罚观上的反映<sup>[4]</sup>(第3页)。

## 二、犯罪论与犯罪论体系

犯罪论是研究犯罪一般原理的理论,是刑法学的重要组成部分。它研究的是关于犯罪的基本问题。

关于犯罪的基本特征。刑法理论上通行的观点为“三特征说”,即严重的社会危害性、刑事违法性、应受刑罚处罚性。马克昌教授指出:“三特征说”将应受刑罚处罚性作为犯罪的基本特征之一,是值得商榷的。第一,应受刑罚处罚性是犯罪的法律后果,不是犯罪的基本特征。第二,将应受到刑罚处罚性作为犯罪的基本特征之一并无必要。第三,不是应受刑罚处罚性制约犯罪,而是严重的社会危害性决定行为构成犯罪,从而决定行为应受刑罚处罚。第四,在犯罪定义中将应受刑罚处罚性列为犯罪的一个基本特征,在逻辑上犯了定义项包括被定义项的循环定义的错误。第五,根据我国的有关规定也不便说

应受刑罚处罚性是犯罪的基本特征。第六,外国不少立法例,并未把应受刑罚惩罚性列为犯罪的特征。据此,应受刑罚处罚性不是犯罪的一个基本特征,犯罪的基本特征应是两个:(1)犯罪的本质特征——行为的严重社会危害性;(2)犯罪的法律特征——行为的刑事违法性。行为的严重社会危害性是刑事违法性的前提,刑事违法性是行为的严重社会危害性在刑事法律上的表现。严重社会危害性是第一性的,刑事违法性是第二性的,是由行为的严重社会危害性所决定的<sup>[5]</sup>(第 4 页)。

关于犯罪的本质。西方学者提出了权利侵害说、法益侵害说、义务违反说、折中说等主张。我国学者虽然认为马克思、恩格斯在《德意志意识形态》一书中的论断“犯罪——孤立的个人反对统治关系的斗争”是关于犯罪本质的论述,但却存在着不同的理解。对此,马克昌先生独立思考,发表了不同于他人的见解。他认为,马克思、恩格斯上述关于犯罪本质的论述,具有以下几个方面的含义:(1)犯罪是反对统治关系的斗争。这是马克思主义犯罪本质观与资产阶级关于犯罪本质各种学说的根本分野。(2)犯罪是孤立的个人反对统治关系的斗争。所谓“孤立的个人”,指不是代表阶级、国家、民族的分散的个人,是相对于阶级、国家、民族而言的;不能理解为犯罪只有单个人才能构成,而不能由共同犯罪的形式构成。所谓孤立的个人反对统治关系,指行为人对统治关系的不自觉的原始的反抗形式。即个人出于经济上、生活上或精神上某种原因,而以自己的行为侵犯公共安全、他人人身权利或财产利益、社会管理秩序,甚至侵犯统治阶级的根本利益。(3)犯罪和现行统治都产生于相同的条件。这从犯罪和现行统治的产生上,进一步揭露了犯罪的本质。犯罪和现行统治都不是随心所欲地产生的,而是一定物质生活方式的产物。一定的物质生活方式,产生了保护它的现行统治,同时也产生了侵犯它的犯罪。(4)不能把犯罪看成单纯是对法和法律的破坏。把犯罪看成单纯是对法和法律的破坏,只不过说明了犯罪的形式特征,而犯罪的本质,即反对统治关系,则被掩盖了<sup>[6]</sup>(第 8 页)。

关于犯罪论体系。犯罪论体系如何,直接关系到刑法学体系的科学与否。马克昌教授认为,要建立科学的犯罪论体系,必须坚持以下三点:(1)以一定的哲学思想为指导。在我国,就是以马克思主义为指导,坚持主客观相统一原则,以内心支配与外在表现的统一来界定行为。(2)符合一国实际,体系应能够指导并运用于本国司法实践。(3)借鉴国外相关的刑法理论。以上述思想为指导,马克昌教授在对西方一元和二元的犯罪论体系、前苏联犯罪论体系以及我国刑法学者所构建的两种犯罪论体系进行比较、考察和研究的基础上,重新构建了一个富有创见的犯罪论体系。该体系除将“犯罪论序说”单列一章外,依次将“犯罪构成”、“犯罪形态”、“排除犯罪性行为”分列三编。第一编分章分别研究“犯罪构成理论概述”、“犯罪客体”、“犯罪的客观方面”、“犯罪主体”、“犯罪主观方面”的内容。第二编分章分别研究“故意犯罪阶段上的犯罪形态”、“共同犯罪”、“一罪与数罪”的内容。第三编分章分别研究“正当防卫”、“紧急避险”、“其他排除犯罪性行为”等内容。对于上述体系,马克昌教授认为,由于犯罪论是研究犯罪的概念、犯罪成立的基本要件、各种犯罪形态等以解决刑事责任的根据或程度问题,因而不能不将犯罪构成的研究放在重要地位,因此,在序说章之后,第一编即研究犯罪构成。另由于立法上和实践中还存在着修正的犯罪构成问题(即犯罪阶段中的犯罪形态、共同犯罪以及罪数这些不同的犯罪形态),因而在犯罪构成编之后,第二编即研究犯罪形态。考虑到排除犯罪性行为表面上好像符合犯罪构成,实际上并不符合犯罪构成,且有利于社会,因而不宜放在研究犯罪基本构成要件的编章与研究犯罪形态的编章之间,而直排在犯罪形态编之后<sup>[7]</sup>(第 66 页)。该犯罪论体系一面世,即得到了同行们的肯定<sup>[8]</sup>(第 124 页)。

关于犯罪构成的分类。犯罪构成是刑法所规定的构成某种犯罪必须具备的主客观要件的总和。马克昌教授认为,根据不同的标准,可将犯罪构成划分为以下种类:(1)以犯罪构成的形态为标准,可分为基本的犯罪构成与修正的犯罪构成。基本的犯罪构成,指刑法条文就某一犯罪的基本形态规定的犯罪构成。修正的犯罪构成是以基本的犯罪构成为基础,适应行为的发展阶段或共同犯罪的形式而分别加以修改变更的犯罪构成。(2)以犯罪构成中行为的社会危害程度为标准,可分为普通犯罪构成与危害严重或危害较轻的犯罪构成。普通犯罪构成,指刑法条文对具有通常危害程度的行为所规定的犯罪构成。危害严重的犯罪构成,是指由于犯罪主体、犯罪情节或结果不同,行为的社会危害性增大,相应地规定加

重刑罚或从重处罚的犯罪构成。危害较轻的犯罪构成,是指由于犯罪情节较轻,行为的社会危害性因而较小,相应地规定减轻刑罚的犯罪构成。(3)以法律条文对犯罪构成要件表述的情况为标准,可分为叙述的犯罪构成和空白的犯罪构成。叙述的犯罪构成,或称完结的犯罪构成,是指刑法条文对犯罪构成的要件予以简单或详细叙述的犯罪构成。空白的犯罪构成,或称待补充的犯罪构成,指刑法条文未将犯罪构成的要件予以明白地揭示,而是需要援引其他规范来说明的犯罪构成。(4)以犯罪构成内部的结构状况为标准,可分为简单的犯罪构成和复杂犯罪构成。简单的犯罪构成,或称单纯的犯罪构成,指刑法条文规定的犯罪构成的诸要件均属单一的犯罪构成。复杂的犯罪构成,或称混合的犯罪构成,指刑法条文规定的犯罪构成的诸要件并非均属单一的犯罪构成,又分为选择的犯罪构成、包括两个行为的犯罪构成、包括两个罪过形式的犯罪构成以及包括两个客体的犯罪构成。(5)以犯罪构成包含属于独立犯罪行为的数目为标准,可分为单一的犯罪构成与结合的犯罪构成。单一犯罪构成,是指刑法条文包括单一犯罪行为的犯罪构成。结合的犯罪构成,是指刑法条文规定一个犯罪构成中包括两个或两个以上原为独立犯罪行为的犯罪构成<sup>[9]</sup>(第6页)。

### 三、犯罪形态与共同犯罪

关于故意犯罪过程中的犯罪形态。马克昌教授认为,故意犯罪过程,是指犯罪预备,经犯罪的实行到犯罪结果发生的全过程。故意犯罪在其发展过程中往往表现出阶段性,此即故意犯罪阶段。故意犯罪阶段是指故意犯罪行为发展过程中一定的进程。犯意的产生或形成,虽是犯罪的起因,但只是思想活动,尚未表现为外在的犯罪行为;犯意表示只是犯罪意图的单纯的流露,不是为了实现犯罪意图而采取的活动,故二者均不能列为一个独立的阶段。犯罪的着手是犯罪实行的开始,不应脱离犯罪实行而独立存在。犯罪的完成或犯罪结果的发生,意味着行为完全符合刑法规定的犯罪构成要件,它是犯罪的一种形态,而不是一个阶段。因此,故意犯罪过程应当分为犯罪预备、犯罪实行和实行后三个阶段。故意犯罪过程中的犯罪形态,是指故意犯罪在其发展过程中的不同阶段所发生的各种犯罪形态。在理论上,故意犯罪过程中的犯罪形态表现为两种类型:(1)犯罪的完成形态,即既遂;(2)犯罪的未完成形态,即预备、未遂与中止。既遂或预备、未遂与中止,都是在犯罪过程中发生的行为状态。犯罪既遂是在犯罪实行之后发生的行为状态,犯罪未遂是在实行阶段或实行之后发生的行为状态,犯罪中止则是在犯罪预备阶段,实行阶段或实行之后危害结果发生之前发生的行为状态<sup>[10]</sup>(第7页)。

关于预备犯。马克昌教授认为,预备犯是指已经实施犯罪的预备行为,由于行为人意志以外的原因而未至于着手实行犯罪。在我国,构成预备犯必须具备如下条件:(1)已经实施犯罪的预备行为;(2)必须在犯罪预备过程中停顿下来;(3)犯罪在预备过程中停顿下来,是由于行为人意志以外的原因。

根据我国审判实践,犯罪预备的表现形式主要有:(1)准备犯罪工具;(2)调查犯罪场所和被害人行踪;(3)出发前往犯罪场所或诱骗被害人赴犯罪地点;(4)追踪被害人或守候被害人的到来;(5)排除实施犯罪的障碍;(6)拟定实施犯罪的计划;等等。

预备犯与犯罪预备是既有联系又相区别的不同概念。联系在于:犯罪预备行为是构成预备犯的必要条件,而预备犯只有行为停留于犯罪预备阶段才能构成;预备犯离不开犯罪预备,离开犯罪预备就无预备犯可言。区别在于:犯罪预备是犯罪行为的一个阶段,行为人实施了预备行为之后可以转入实行阶段;预备犯是犯罪的形态之一,是在预备阶段停顿的状态,行为既构成预备犯就不可能转为未遂犯,它与未遂犯、共犯同是构成要件的修正形式。构成预备犯,不仅应具有犯罪预备行为这一要件,而且还必须具备其他要件,如由于行为人意志以外的原因而未至于着手实行等。

预备犯也不同于阴谋。所谓阴谋,是指二人以上就实行一定的犯罪共同进行谋议。马克昌教授认为,根据我国刑法规定,阴谋已经超越于犯意表示,也不是犯罪的一个独立阶段,而是犯罪预备的一种表现形式。从其实质作用来看,阴谋也是为了犯罪制造条件,完全符合犯罪预备的本质特征。对于我国刑

法规定的阴谋犯,应根据条文规定的法定刑进行处理;对于其他未规定为阴谋犯的犯罪,应按照该种犯罪的预备,根据刑法分则的有关条文和刑法总则第 22 条的规定予以处理<sup>[11]</sup>(第 2 页)。

马克昌先生认为,西方刑法理论关于共犯的学说,归根到底都是资本主义社会发展到一定阶段的产物。当资本主义处于上升时期,为了反对封建主义,提出了资产阶级的民主思想。与此相适应,在刑法理论中以客观的犯罪行为为处罚对象的客观主义理论盛行一时。随着资本主义向帝国主义转化,社会矛盾日益加剧,犯罪现象大量增加。于是以行为人的“主观危险性”为处罚对象的主观主义理论应时而生,并逐步排斥客观主义理论而在许多国家处于优势地位。各种共犯学说,不是属于客观主义范畴,就是受主观主义理论的影响。

关于共犯成立,西方刑法学者有三种不同的学说,即(1)犯罪共同说。这是客观主义的共犯理论。它认为,犯罪的本质为侵害法益的客观事实,认为共犯是二人以上共同对同一法益实施的侵害。换言之,共犯是两个以上有刑事责任能力的人共同参与实施一个犯罪。所谓“共同”,就是以犯同一犯罪的意思,对同一犯罪事实的协同加功。(2)行为共同说。这是主观主义的共犯理论。它从犯罪是犯人恶性的表现的观点出发,认为共犯中的“共同”关系,不是二人以上共犯一罪的关系,而是共同表现恶性的关系。所以,共犯应理解为二人以上基于共同行为而各自实现自己犯意。只要行为共同,不仅共犯一罪可以成立共犯;即使各自实施不同的犯罪,也不影响共犯的成立。(3)共同意思主体说。这一学说把共犯解释是作为特殊的社会心理现象的共同意思主体的活动。认为二人以上共同犯罪,必先有实现一定犯罪的目的存在,在此目的下,二人以上既变为同心一体,即成立共同意思主体,若其中一人着手实行犯罪,即成立共犯。

对于以上共犯成立的学说,马克昌先生进行了评述。他认为:犯罪共同说是资产阶级上升时期的客观主义的共犯理论,是资产阶级民主思想在共犯中的反映。它严格确定共犯成立的条件无疑就是对封建专制刑法的批判,具有历史进步意义。但这种学说也有其局限性,即以因果关系论中的原因说作为共犯论的基础,不可能对共犯的成立和共犯者的区分做出科学的说明。同时,持这种学说的人还有人承认事后共犯,把无事前同谋而于犯罪后隐匿犯罪、湮灭罪证或窝藏赃物者作为共犯者的一种,与其共犯理论本身不相符合。总的看来,犯罪共同说的历史贡献是主要的,应给予历史的肯定的评价。行为共同说是适应资产阶级加强刑事镇压的产物,它放宽了共犯成立的条件,为资产阶级加强刑事镇压提供了理论根据。并且他们只从行为人的主观方面来区别正犯与共犯,而不考虑他们在客观方面的区别,这就必然导致对正犯与共犯区分的随意性,从而根本不可能对正犯与共犯做出科学的区分。但这种学说提出重视共犯者主观恶性的观点和否定身后共犯论的见解,具有参考价值。共同意思主体说本身影响不大,而且本身在西方刑法学界就遭到了强有力的批判。这种学说只强调共犯者意思的共同,不要求实行行为共同,而只要其中有一人实施实行行为,就可以成立共谋共同正犯,显然与共同正犯的概念不符,扩大了共同正犯的范围。尽管在判刑上,它仍然承认个人责任原则,可是在定罪上,却用团体主义原则,使仅仅参与谋议的人,以共同正犯论处,显然是不符合西方的法制原则的。但这种学说从人们互相协力的社会现象上展开自己学说的论述,在方法论上能给人们有益的启示。

关于共犯与正犯的关系,西方刑法学界也存在三种学说:(1)共犯从属性说。认为共犯的犯罪和可罚性从属性正犯的犯罪性和可罚性而成立。为了成立犯罪,至少需要正犯已着手于犯罪的实行;正犯者没有实施犯罪行为,共犯的犯罪性和可罚性也就不能成立。一般认为,共犯从属性的共犯,就是指狭义的共犯即教唆犯和从犯。共犯从属性中的从属性,包括成立上的从属性和处罚上的从属性。关于从属性的程度,德国刑法学者迈耶区分为四种形式,即最小限度从属形式、限制从属形式、极端从属形式和最极端从属形式。(2)共犯独立性说。认为共犯是各行为人固有的反社会性的表现,不论教唆犯的教唆行为还是帮助犯的帮助行为无一不是行为人固有的反社会性的流露。因而教唆犯或帮助犯的犯罪是独立的,并非从属性正犯而成立。所以教唆犯或帮助犯应对自己的教唆行为或帮助行为本身负刑事责任。(3)共犯独立犯说。马克昌先生认为,共犯独立犯说与共犯独立性,就否认共犯从属性一点来说,是相同

的,但二者毕竟有很大的差别。共犯独立性说仍然承认共犯(教唆犯、从犯)与正犯的区分,只是认为共犯的犯罪性和可罚性对于正犯是独立的。而共犯独立犯说则根本取消了共犯与正犯的区分,它表现在刑事立法上形成一种否定共犯的倾向。共犯立法的这种倾向,在西方刑法著作中被称为“包括的正犯者概念”、“单一的正犯者概念”、或“排他的正犯者概念”。他们认为,教唆犯和帮助犯是独立的犯罪,不存在共犯与正犯的区别。

马克昌先生对上述观点进行了评析,他认为:共犯从属性说也是资产阶级民主思想在共犯理论上的反映,它严格限制共犯的构成条件和刑事责任,较之封建刑法中的共犯概念的模糊不清和广泛规定共犯的刑事责任而言,无疑具有进步意义。但其也存在很大的局限性,即(1)只从行为人在共同犯罪中的分工上,而未从在共同犯罪中的作用上分析共犯,不能正确区分主犯和从犯;(2)没有看教唆犯的相对独立性;(3)对共犯从属性的论证缺乏说服力。共犯独立性说同样也是资产阶级加强刑事镇压需要的产物,具有很大的局限性:(1)扩大了共犯者的刑事责任范围;(2)忽视了教唆犯、从犯对正犯的一定的从属性。当然,它强调教唆犯必须对教唆行为本身负刑事责任的观点,批判共犯对正犯完全从属性的见解,具有合理内核。共犯独立犯说是资产阶级发展到帝国主义时期产生的,是适应社会矛盾激化,共同犯罪现象增多,资产阶级需要加强刑事镇压的产物。它完全否定共犯与正犯的区别,否定共犯这一犯罪形态的存在是不符合共同犯罪的实际情况的。由于其非科学性,其影响较小,只有个别国家采取了这种立法模式<sup>[12]</sup>(第4页)。

关于片面共犯。片面共犯是指行为人单方面有与他人共同实施犯罪的故意,并与之共同实施犯罪,但他人不知情的情况。片面共犯能否成立共同犯罪?中外刑法学界存在肯定说与否定说两种主张。肯定说中又存在片面共犯存在范围无限制说、片面共同正犯和片面从犯说、片面教唆犯说、片面从犯说以及片面有形从犯说五种主张。马克昌教授认为,由于我国刑法第25条明文规定“共同犯罪是二人以上共同故意犯罪”,很容易使人认为“片面共犯这个概念自身在逻辑上就是矛盾的”。但是,共同犯罪与共犯的概念有所不同:共同犯罪,指数人共同实施犯罪的现象;而共犯一词有时指共同犯罪的现象,有时指加功于他人犯罪者,如帮助犯、教唆犯等。构成共同犯罪,需要参加人的犯罪意思互相沟通;加功于他人犯罪的,即使没有与他人沟通也能成立某种共犯,如帮助犯。我国刑法虽没有规定帮助犯,但刑法理论上存在这种共犯形式,因此,我国可以采取德、日等国刑法所作的规定和学者的解释,而承认片面帮助犯;如此,就不会发生概念本身存在逻辑上的矛盾的问题。至于片面共犯的存在范围,马克昌教授认为,由于片面共同正犯在实际生活中鲜有发生,即使发生也可以据情依单独实行犯论处,因此,没必要予以承认。而片面教唆犯,只要被教唆者确系因教唆者唆使其犯罪的言词而引起犯意,教唆者就符合刑法关于教唆犯的规定,因而也不需承认。据此,立法上可对片面(有形)帮助者的刑事责任加以规定;但刑法未规定前,也可承认片面帮助犯<sup>[13]</sup>(第3页)。

关于共同犯罪人分类。刑法对于共同犯罪人采用何种标准进行分类?教唆犯是否共同犯罪人的独立种类?刑法学界存在争议。一种观点认为,我国刑法采用的分类方法,主要是以共同犯罪人在共同犯罪中所起的作用为分类标准,同时又照顾到共同犯罪人的分工,将教唆犯纳入以作用为分类标准的体系中,以获得分类的统一性。另有学者认为,因教唆犯可视不同情形分别被归入主犯或从犯,故不能与主犯、从犯相并列而成为共同犯罪人的独立种类。针对上述观点,马克昌教授认为,我国刑法确实规定了主犯、从犯、胁从犯和教唆犯,但前三种是按作用为标准分类的,后一种则是按分工为标准分类的,根据刑法规定对教唆犯按主犯或从犯处罚,只是如何处罚而已,并未因而将之纳入以“作用”为分类标准的分类体系中,从而根本谈不上“获得分类标准的统一性”;此外,由于教唆犯与前三种共同犯罪人的分类方法不同,将教唆犯列入主犯、从犯、胁从犯的体系违反了一种分类只能根据同一标准的逻辑规则,犯了逻辑错误,因此,不能将教唆犯与主犯、从犯、胁从犯相并列。但是,据此而否定教唆犯是我国刑法中的共同犯罪人的独立种类也是不妥当的。是否我国刑法中共同犯罪人的独立种类,只能以法律规定为准;而从我国刑法规定来看,第26—29条分别规定了主犯、从犯、胁从犯、教唆犯。既然承认第26—28条规定

的主犯、从犯、胁从犯为共同犯罪人的种类,有何理由否认第 29 条规定的教唆犯也是共同犯罪人的独立种类?因此,我国刑法中的共同犯罪人在理论上可分为两类:第一类,以分工为标准分为组织犯、实行犯、帮助犯、教唆犯;第二类,以作用为标准分为主犯、从犯、胁从犯。如此分类,不仅使理论上趋于完善,同时也便于司法实践中解决共同犯罪人的定罪量刑问题。当然,在论述以分工为标准的分类时,应当指明除教唆犯外,组织犯、实行犯、帮助犯都不是法定的共同犯罪人种类<sup>[13]</sup>(第 4 页)。

关于教唆犯。关于教唆犯的性质,刑法理论上存在从属性说、独立性说、两重性说(抽象的两重性说与具体的两重性说)以及两重性否定说的观点。针对上述观点,马克昌教授认为,教唆犯从属性说与独立性说,虽然都有一定的道理,但都具有片面性。两重性说突破了从属性与独立性的传统之争,颇有见地,但抽象的两重性说没有结合刑法的规定来论述,难免给人不足之感;具体的两重性说虽然根据刑法规定加以说明,但以被教唆犯着手实行犯罪与否作为是否构成共犯的标准,也还值得商榷。两重性否定说无视我国刑法规定的实际情况,因而也有失妥当。并进一步分析:教唆犯固然是一种社会现象,但它毕竟是一个法律概念,因此,论证它的独立性或从属性,必须在了解其从属性或独立性之含义的基础上,结合一国的刑法规定来进行。从属性通常包括犯罪的从属性和处罚的从属性两个方面。前者指教唆犯因被教唆者实施犯罪而构成,被教唆者未实施犯罪,教唆犯即不成立;被教唆者犯罪既遂、未遂或预备,教唆犯也是犯罪既遂、未遂或预备。后者指对教唆犯依照实行犯的刑罚处罚。从我国刑法规定来看,教唆犯确实具有两重性,但独立性是主要的。详言之,刑法第 29 条第 1 款规定的教唆犯,只有在被教唆人实施犯罪时才能成立。此时教唆人与被教唆人构成共同犯罪关系,被教唆人实施的犯罪行为是犯罪预备、未遂或既遂,教唆犯也是犯罪预备、未遂或既遂,表明教唆犯犯罪的从属性。但该款规定的教唆犯的刑事责任,则是依其在共同犯罪中的作用处罚,而不是依照实行犯的刑罚处罚,表明教唆犯处罚的独立性。刑法第 29 条第 2 款规定的教唆犯,是被教唆人没有犯被教唆之罪的情况。此种情况下,教唆犯与被教唆人根本不成立共同犯罪关系,刑法却仍然对之规定了刑事责任,表明此处之教唆犯既无犯罪的从属性,也无刑罚的从属性,亦即只有独立性<sup>[13]</sup>(第 5 页)。

根据刑法规定,教唆犯的成立需具备两个要件:(1)必须有教唆他人犯罪的行为,或者教唆行为引起被教唆人实施所教唆的犯罪。(2)必须有教唆他人犯罪的故意。教唆的故意,通常是直接故意,但也不排除间接故意的可能。具体来讲,构成刑法第 29 条第 2 款规定的教唆犯只能是出于直接故意;构成刑法第 29 条第 1 款规定的教唆犯,通常是出于直接故意,但也可能是出于间接故意。

关于“被教唆的人没有犯被教唆的罪”应如何理解,刑法学界颇有争议。马克昌教授认为,所谓被教唆的人没有犯被教唆的罪,包括以下情况:(1)被教唆人拒绝教唆犯的教唆;(2)被教唆人当时接受了教唆,但随后又打消了犯罪的意思,并未进行任何犯罪活动;(3)被教唆人当时接受了教唆犯所教唆的犯罪,但实际上他所犯的不是教唆犯所教唆的罪;(4)教唆犯对被教唆人进行教唆时,被教唆人已有实施该种犯罪的故意,即被教唆人实施犯罪不是教唆犯的教唆所引起,也应理解为被教唆的人没有犯被教唆的罪的情况。

关于“教唆不满十八岁的人犯罪的,应当从重处罚”的理解。马克昌教授认为,对此应具体情况具体分析:(1)教唆 16 周岁以上不满 18 周岁的人犯任何罪的,作为教唆犯从重处罚。(2)教唆 14 周岁以上不满 16 周岁的人犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒的,也按照教唆犯从重处罚。(3)“教唆”14 周岁以上不满 16 周岁的人犯刑法第 17 条第 2 款规定的以外之罪,以及“教唆”不满 14 岁的人犯任何罪的,不能成立教唆犯,而成立间接正犯,应当按照间接正犯从重处罚<sup>[14]</sup>(第 24 页)。

关于共同犯罪与身份。马克昌教授认为,凡无身份者能够参与真正身分犯的部分实行行为的,可以与有身分者构成共同实行犯,如非国家工作人员勾结国家工作人员共同贪污的,构成贪污罪的共同实行犯;凡无身分者根本不能参与真正身分犯的实行行为的,即不能与有身分者构成共同实行犯,如外国人不就与中国人一起构成背叛祖国罪的共同实行犯。无身分者与有身分者共同实施犯罪的,由于故

意犯罪的性质,是根据实行犯的实行行为的性质来决定的,因此,以主犯犯罪的性质来决定共同犯罪的性质不够科学。无身分者教唆、帮助有身分者实施或与之共同实施真正身分犯时,应依有身分者的实行犯的实行行为定罪<sup>[7]</sup>(第56页)。

关于共同犯罪与犯罪未遂、犯罪中止。关于共同犯罪与犯罪既遂、未遂和中止问题,马克昌教授认为,在简单共同犯罪的情况下,当共同犯罪人的共同实行行为共同未得逞时,共同犯罪人当然都构成犯罪未遂;如果共同犯罪人中一个人的行为造成危害结果发生,其余共同犯罪人的行为对危害结果的发生没有起作用,那么,各共同犯罪人仍均构成犯罪既遂。共同实行犯中一人在共同实行犯罪过程中自动中止犯罪,并且劝说其他共同实行犯中止犯罪,以致共同停止实行犯罪,共同犯罪人均构成犯罪中止;如果在共同犯罪过程中自动中止犯罪者,劝说其他共同实行犯中一人自动中止犯罪,劝说其他共同实行犯中止犯罪无效,转而采取防止措施,避免了危害结果发生,则自动中止犯罪者构成犯罪中止,其他共同实行犯则构成犯罪未遂;当在共同实行犯中一人自动中止犯罪,并竭力阻止其他共同犯罪人继续犯罪,但终因力所不及,未能阻止危害结果发生,自动中止犯罪者不能成立犯罪中止,与其他共同犯罪人一样成立犯罪既遂。但其中止行为以及为防止犯罪结果发生所作的诚恳努力,可以在量刑时作为酌定从轻情节予以考虑。在复杂共同犯罪的情况下,当实行犯着手实行犯罪而未遂时,对于教唆犯或帮助犯来说,如果实行犯未遂也是出于他们意志以外的原因,教唆犯或帮助犯与实行犯同样构成犯罪未遂。当实行犯在犯罪预备阶段或实行阶段中止犯罪时,如果这种中止出于教唆犯意志以外的原因,实行犯中止的效力就不应及于教唆犯,对教唆犯应分别以预备犯或者未遂犯论处;如果实行犯的中止,也出于教唆犯的意志,教唆犯也应构成犯罪中止。教唆犯、帮助犯在教唆、帮助他人犯罪后,他人已预备犯罪或已着手实行犯罪时,自动中止犯罪,防止他人继续犯罪或有效地防止了犯罪结果发生的,教唆犯、帮助犯构成犯罪中止,实行犯构成犯罪未遂;如果实行犯经教唆犯、帮助犯的劝说,也自动中止犯罪时,教唆犯、帮助犯、实行犯均构成犯罪中止;如果教唆犯、帮助犯虽然自动中止犯罪,实行犯也没有完成犯罪,但其原因不是由于教唆犯、帮助犯的自动中止,而是由于他们意志以外的障碍,教唆犯、帮助犯、实行犯都构成犯罪未遂;如果教唆犯、帮助犯虽然自动中止犯罪,但未能有效地防止犯罪结果发生时,教唆犯、帮助犯、实行犯都构成犯罪既遂<sup>[7]</sup>(第79页)。

关于犯罪集团。马克昌先生认为,犯罪集团是三人以上以多次实行某种或某几种犯罪为目的而结合在一起的具有一定组织性的犯罪团体。成立犯罪集团必须具备以下条件:(1)由三人或三人以上所组成。(2)具有一定程度的组织性。所谓组织性,是指成员之间存在着领导与被领导的关条,也就是既有首要分子(组织者、领导者、指挥者),又有普通成员,首要分子领导、指挥普通成员进行犯罪活动。(3)具有实施某种犯罪的目的性。如果不是出于实施某种或某几种犯罪为目的而结合在一起,而是基于追求低级趣味或出于封建习俗而结合在一起,或者基于某种反动思想或落后思想而结合在一起,则不能认为是犯罪集团。(4)具有一定程度的稳固性。所谓稳固性,是指以实施多次犯罪为目的而联合,联合体准备长期存在,而不以事实上实施了多少次犯罪为必要。

关于犯罪团伙。关于犯罪团伙的性质,刑法理论上存在四种看法:即犯罪团伙是犯罪集团,犯罪团伙是介于一般共同犯罪与犯罪集团之间的共同犯罪形式,犯罪团伙是犯罪集团和犯罪结伙的合称以及犯罪团伙包括犯罪集团与一般共同犯罪。马克昌先生在比较分析各种观点后认为:犯罪团伙是指三人以上结成一定组织或纠合比较松散的共同犯罪形式。它可能是犯罪集团,也可能是一般共同犯罪。在处理犯罪团伙案件时,应当根据情况,具体分析,分别加以认定。这是因为:第一,对犯罪团伙根据具体情况分别认定犯罪集团或一般共同犯罪,符合法律的规定。我国刑法既有犯罪集团的规定,也有一般共同犯罪的规定。根据具体情况将犯罪团伙,分别按照犯罪集团或一般共同犯罪处理,就都有可资引用的法律依据。第二,将犯罪团伙分别情况认定为犯罪集团或一般共同犯罪,符合审判实际<sup>[15]</sup>(第4页)。

## 四、结果加重犯与想象数罪

关于结果加重犯。刑法学界有广义和狭义两种主张。马克昌教授认为,研究结果加重犯的概念,不能脱离刑事立法实际;鉴于有些国家的刑事立法规定有基本犯为过失的结果加重犯,“狭义说”的结果加重犯的概念就失之过窄。但是,如果认为重结果可以出于故意,就难以区分结果加重犯与结合犯;同时,故意的结果加重犯,归根到底是故意犯,故“广义说”的结果加重犯的概念又失之过宽。比较而言,折中的结果加重犯概念是适宜的,即所谓结果加重犯,指实施基本犯罪构成的行为,过失致发生基本构成要件以外的重结果,刑法规定较重刑罚处罚的犯罪。

结果加重犯,必须具备三个要件才能成立:(1)须有基本的犯罪构成。基本犯既可以是实害犯,也可以是危险犯,但不可能是行为犯。基本犯既可以是故意犯,也可以是过失犯。(2)产生了基本犯罪构成以外的重结果。结果加重犯的重结果,原则上应以基本犯罪的实行行为所产生的为必要,但与该犯罪具有直接密切相关的行为也可以。同时,基本犯罪行为与重结果之间还应当具有因果关系。(3)刑法规定了比基本犯较重的刑罚。对于结果加重犯的较重刑罚的规定,马克昌教授认为,直接规定单独的加重处罚的法定刑较为妥当,如此,既符合结果加重犯的立法本意,也便于司法操作。

结果加重犯有无未遂?马克昌教授在对西方刑法学者的主张进行逐一评析后认为,结果加重犯的“加重结果”只能是出于过失,重结果没有发生,则不构成结果加重犯;重结果发生了,不问基本犯罪行为是既遂或未遂,均构成结果加重犯既遂,不发生未遂问题<sup>[16]</sup>(第 122 页)。

关于想象数罪。马克昌教授认为,想象数罪是指出于一个犯意和一个行为,而触犯数个罪名的情况。其特征为:(1)出于一个行为。所谓一个行为,是指基于一个犯意实行的,为完成预期的一罪的全部动作。至于该行为是一个故意行为或一个过失行为,不影响想象的数罪的成立。(2)一个行为触犯数个罪名。想象数罪只是一个行为触犯数个罪名,如果是数个行为触犯数个罪名,则是实际的数罪,不是想象的数罪。如果是作为犯罪手段的行为或结果的行为触犯数个罪名的,则构成牵连犯,也不是想象的数罪。所谓一个行为触犯数罪名,就是一个行为在形式上或外观上同时构成刑法规定的数个犯罪。而且数个罪名只限于不同种的罪名。此外,如果一个行为触犯数个罪名,是由于法律的错杂规定所造成则不是想象的数罪,而是法规竞合。

关于想象数罪的分类,刑法理论中通常分为异种类的想象数罪和同种类想象数罪两类。马克昌教授认为,根据我国的审判实践,只有异种类的想象数罪,才构成想象的数罪,同种类的数罪,则不能构成想象数罪。这是因为只有数个不同的罪名,才是数罪名,数个相同的罪名,即使是侵犯所谓不同的专属法益,仍然只是一个罪名,因而也就谈不到想象的数罪。况且承认想象的数罪,目的在于在行为触犯的数罪名中,解决应按哪一个罪名定罪量刑的问题。同种类的想象的数罪,在确定行为的罪名上不发生任何疑问,因而把它作为想象的数罪,对审判工作也没有什么实际意义。所谓异种类的想象数罪,指一个行为触犯不同种的数罪名。它可以分为三种情况:(1)一行为产生数个不同的结果而触犯数罪名;(2)一行为产生一个结果而触犯数罪名;(3)一行为触犯数罪名。

关于想象数罪的处罚原则,马克昌教授认为,根据我国的实际情况参考外国的立法例,对于想象的数罪,应当按照数罪中法定刑最高之罪论处,而不能像处理实际的数罪那样实行并罚。这是因为想象的数罪,行为人仅仅实施了一个犯罪行为,与实际的数罪实施了数个犯罪行为大不相同;如果按照触犯的罪名实行数罪并罚,就会使行为人遭受过重的处罚,显然与我国刑法中罪行相适应的原则不符。所谓按照数罪中法定刑最重之罪论处,意思是:(1)根据数罪中法定刑最重之罪定罪;(2)在法定刑最重之罪的法定性范围内酌情判处刑罚,而不是一律判处该罪法定刑的最高刑;(3)如果重罪或轻罪不构成犯罪时,应专就构成犯罪的轻罪或重罪论处。

关于法规竞合。马克昌教授认为,法规竞合,是指一个犯罪行为,同时触犯两个法律条文,其中一个

法律条文成为另一法律条文的一部分。其特征是:(1)一个行为触犯数个法规(或条文)。如果是数个行为触犯数个法规(或条文),那就不是法规竞合。(2)一法律条文的全部内容为他一法律条文的内容的一部分。当一法律条文内容之一部分为他一法律条文内容之一部分时,则不是法规竞合。法规竞合与想象的数罪虽然都是一行为触犯数个法律条文,但两者并不相同,其区别在于:(1)法规竞合,是一个犯罪行为,由于法规的错杂规定,以致违反数项法律条文,犯罪本身是单纯的一罪;而想象的数罪,是一个行为外观上触犯数个罪名,犯罪本身是形式上的数罪。(2)法规竞合,一法条的全部内容为他一法条的内容的一部分;想象数罪,所触犯的数法条不存在这种关系,它可能是:甲、触犯内容完全不同的法规(或条文),乙、触犯的数法规,其内容一部分一致,一部分不相同。(3)法规竞合,在竞合的数法规中,仅仅法规可以适用其行为,其法律适用问题,不是按照“从重处断”的原则来解决;想象的数罪,竞合的数法规均可以适用其行为,其法律适用问题,依照“从一重处断”的原则来解决。

对于法规竞合的法律适用问题,按照如下原则解决:(1)特别法优于普通法。所谓普通法,指在一般场合普通适用的法规;所谓特别法,指以普通法的规定为基础,附加特别条件,用以适用特别场合的法规。当普通法与特别法相竞合时,根据特别法优于普通法的原则,适用特别法。普通法与特别法,不仅指普通刑法与特别刑法的关系,普通刑法中的一般规定与特别规定,以至特别刑法中的一般规定与特别规定,也适用普通法与特别法关系的原则。(2)实害法吸收危险法。一行为如同时触犯实害法与危险法时,适用实害法,不适用危险法<sup>[17]</sup>(第55页)。

## 五、刑罚论与刑罚的适用

关于刑罚的概念与特征。马克昌教授认为,刑罚就是指国家最高权力机关在刑法中制定的赋予“刑罚”名称,用以惩罚实施犯罪行为的人,由法院依法判处,特定机构执行的最严厉的强制方法。它具有以下特性:(1)刑罚是最高国家权力机关在刑法中制定的刑罚方法;(2)刑罚是在刑罚中赋予“刑罚”名称的强制方法;(3)刑罚是用以惩罚实施犯罪行为之人的强制方法;(4)刑罚是法院依法(刑事实体法和程序法)裁判科处的强制方法;(5)刑罚是由特定机构执行的强制方法;(6)刑罚是最严厉的强制方法。

关于刑罚的本质。马克昌教授通过对西方学者关于刑罚正当化根据或刑罚的存在理由即报应刑论、目的刑论以及并合论的评析,对我国学者提出的刑罚的本质就是惩罚的严厉性等观点进行了批判,并指出:从我国的实际情况出发,宜认为我国刑罚的本质是对犯罪的惩罚性亦即刑罚是对犯罪的惩罚。从刑罚本身来说,这是任何刑种所具有的属性;从与其他强制方法的关系来说,这是刑罚区别于其他强制方法的特性,这不仅使刑罚与行政处罚、纪律处分等相区别,而且使刑罚与诉讼过程中对被告人的拘留、逮捕等强制处分和作为治安行政处罚措施的劳动教养相区别。因为拘留、逮捕不是对犯罪的惩罚,而是为了保证诉讼秩序的正常进行而采取的;劳动教养也不是惩罚犯罪的方法,而是强制性教育改造的行政措施。这就避免了惩罚严厉说的缺陷。至于教育,虽然某些刑种具有这种属性,并非为一切刑种所具有,因而不应认为刑罚的本质是教育<sup>[18]</sup>(第6页)。

关于刑罚的功能。马克昌教授认为,刑罚的功能就是指国家制定、裁量和执行刑罚对人们可能产生的积极作用。关于刑罚的功能,中外学者提出了二分法、三分法、四分法、八分法等观点。马克昌教授在评述上述看法的基础上认为,我国刑罚的功能可以从三个方面进行把握:(1)对犯罪人的功能。刑罚是对犯罪分子适用的强制方法,它首先对犯罪人发生作用。刑罚对犯罪人的功能,主要包括惩罚功能和改造功能,其中改造功能包括劳动改造功能和教育改造功能。(2)对社会的功能。刑罚作为一种社会防卫手段,也会对社会产生作用。其对社会产生的作用,包括威慑功能、教育功能和鼓励功能。(3)对被害人的功能。被害人包括犯罪行为直接受害者和直接受害者的家属。由于受到犯罪行为的侵害,被害人对犯罪人不免存在复仇心理;但现代社会不允许私人复仇,这样当法院对犯罪人判处刑罚并付诸实际执行时,被害人在心理上就会得到满足。这就是刑罚的安抚功能或报复感情平息机能<sup>[19]</sup>(第49页)。

关于刑事责任。马克昌教授认为:刑事责任是基于实施犯罪行为而产生,由代表国家的司法机关追究的,实施犯罪行为的人依法应当承担的接受刑事法规定的惩罚和否定的法律评价的责任。它具有以下几个特性:(1)刑事责任是一种法律责任;(2)刑事责任是由于实施犯罪行为而产生的法律责任;(3)刑事责任是依照刑事法律承担的责任;(4)刑事责任是由实施犯罪行为的人承担的法律责任;(5)刑事责任是由代表国家的司法机关追究的法律责任;(6)刑事责任是以接受刑事法规定的惩罚和否定的法律评价为内容的法律责任。

关于刑事责任与刑罚的关系。刑事责任和刑罚是两个不同的概念,但两者有很多相同之处:(1)两者都是由最高权力机关在刑法中加以规定;(2)两者都以犯罪为前提;(3)两者都体现国家与犯罪人之间的关系。两者之间的区别体现在:(1)刑事责任是一种法律责任,刑罚是一种强制方法;(2)刑事责任虽然需要通过刑罚来实现,但不限于通过刑罚,还包括免于处罚、非刑罚处理方法。(3)刑事责任是以犯罪人接受刑法规定的惩罚和否定的法律评价为内容,刑罚是以剥夺犯罪人一定的法益为内容。刑事责任与刑罚具有密切的关系:(1)刑事责任的存在是刑罚的前提;(2)刑事责任的大小与刑罚的轻重成正比;(3)刑事责任主要通过刑罚予以实现<sup>[20]</sup>(第 8 页)。

关于刑事责任的地位。我国学者存在基础理论说、罪责平行说和罪责刑平行说三种主张。马克昌教授认为,根据我国现行刑法,刑事责任是与犯罪和刑罚同样重要的范畴,但它在刑法中的地位在刑法总则的结构上并未得到应有的反映。刑事责任是连接犯罪与刑罚的纽带,三者各自独立又相互联系,主张建立犯罪论、刑事责任论、刑罚论的体系,基本上符合现行刑法的规定,刑法总则第二章第一节的标题是犯罪与刑事责任,即将犯罪与刑事责任并列,第三章、第四章均为对刑罚的规定。设置刑罚论,正是这些规定的反映。从理论上讲,刑事责任确实是联结犯罪与刑罚的纽带,这可以从刑事责任与两者的关系得到说明:(1)刑事责任与犯罪的关系。犯罪是刑事责任产生的法律事实根据,刑事责任是犯罪的必然法律后果。同时由于各种犯罪的社会危害程度不同,犯罪人承担的刑事责任程度也不相同。一般说来,犯的罪重,刑事责任就重;犯的罪轻,刑事责任就轻。(2)刑事责任与刑罚的关系。刑事责任是适用刑罚的前提;刑事责任的大小决定刑罚的轻重;刑事责任主要通过刑罚而实现。

关于刑事责任的发展阶段。马克昌教授认为,刑事责任从产生到实现,可以分为三个阶段:(1)刑事责任的产生阶段。对于刑事责任的产生,马克昌教授认为,刑事责任产生于犯罪行为实施之时。(2)刑事责任的确认阶段。这一阶段从司法机关(或公安机关)立案时起,到人民法院做出有罪判决生效时止。在这一阶段,要确认行为人是否实施了犯罪行为,应否负刑事责任以及如何实现刑事责任。(3)刑事责任的实现阶段。这一阶段从人民法院做出有罪判决生效时起,到所决定的刑事制裁措施执行完毕或赦免时止。刑事责任的实现阶段是刑事责任的最后阶段,也是刑事责任的核心。刑事责任的实现,基本方式是执行刑罚。执行刑罚,主要由司法行政机关完成,执行时间的长短,则因刑种的不同和判决刑期长短的不同而不同。至于因犯罪情节轻微不需要判处刑罚的案件,法院仅宣告有罪而免于刑罚处罚。这种免于刑罚处罚的判决,只要一经发生法律效力,刑事责任即行实现,不存在时间上的持续过程。

关于刑事责任的实现方式。马克昌教授认为,刑事责任的实现方式,是指刑法规定的,以犯罪为前提的由犯罪人承担的法律后果,是国家制裁犯罪人的方法和犯罪人承担制裁的方法。据此,刑事责任的实现方式包括:(1)基本方式,即通过给予刑罚处罚的方法来实现;(2)辅助方式,即通过非刑罚处理方法来实现;(3)特殊方式,即通过宣告行为是犯罪,行为人是犯罪人的方法来实现<sup>[21]</sup>(第 8 页)。

关于期待可能性。期待可能性理论,是指在行为时的具体情况下,能够期待行为人避免犯罪行为而实施其他合法行为的情况。没有期待可能性时,虽然有对犯罪事实的认识,也存在违法性的意识的可能性,但认为阻却责任或过失的学说,这种理论称为期待可能性理论。期待可能性理论通常认为起源于 1897 年德意志帝国法院第四刑事部所判的“癖马案”,其后经过德国学者的努力到了 20 世纪 20 年代在德国成为通说。从目前司法实践来看,德国禁止乱用期待可能性,反对把期待可能性作为超法规的阻却责任事由,而对期待可能性理论的适用仅仅限于法律明文规定的情形,如《德国刑法典》第 33 条(防卫过

当)规定:防卫人由于惶惑、害怕、惊吓而防卫过当的,不负刑事责任等。

期待可能性理论在1928年由日本著名刑法学家木村龟二传入日本,日本司法实务接纳并运用期待可能性理论的判例则是1933年大审院对1932年广岛县“第五柏岛丸事件”的判决,第二次世界大战后该理论成为日本通说,而且期待可能性理论仍为日本学者所承认,并进行着深入的研究。日本学者认为,法规上阻却、减轻责任的事由是:刑事被告人湮灭自己作为刑事被告案件的证据的行为,日本刑法第104条仅仅处罚湮灭有关“他人”刑事被告案件的证据,这作为法律秩序就是表示一般不能期待刑事被告人不湮灭自己刑事案件被告的证据;犯人或脱逃人的亲属为犯人或者脱逃人的利益而藏匿犯人、湮灭证据,日本刑法第105条承认可以免除其责任,这是基于东方道德期待不可能或期待困难在法律上的体现;关于防卫过当、紧急避险过当规定可以减轻或者免除其刑罚,也解释为承认由于期待不可能或期待困难的缘故阻却或者减轻责任,等等。

同时,日本学者承认在特定的情况下将期待可能性作为超法规的阻却责任事由:如军队中下级执行上级违法的拘束令的行为;基于心理上的强制实施犯罪行为;在极端贫困的情况下实施了轻微的盗窃行为;在再就业极端困难的情况下,受上司的强索,如果拒绝,害怕失业,而向上司行贿的行为等,都可以解释为超法规的期待可能性。

马克昌教授在考察了期待可能性理论在德、日的发展历程后认为,当前的期待可能性理论在德、日的遭遇颇为不同:期待可能性理论虽然起源和建立于德国,但德国当前对期待可能性作为超法规的免责事由持否定态度;日本的期待可能性理论是由德国引进的,引进后有很大发展,并且当前在日本刑法学界已得到广泛的认可。马克昌教授认为,从主客观相统一的犯罪观来看,期待可能性理论是有道理的,但把它作为超法规的阻却责任事由不加限制地适用,也会产生副作用。因此,一方面应当肯定这种理论,同时对它的适用特别是作为超法规的阻却事由要持审慎的态度。

马克昌教授认为,期待可能性应当放在责任论中,在考察行为人是否具有责任能力、违法性意识之后,再考察行为人是否具有期待可能性。如果行为人不具有期待可能性,则可能免除行为人的责任,也可能减轻行为人的责任。由于个人责任是现代刑法的基本原则,因而判断期待可能性的有无、程度的标准,只能求之于行为人,即在判断行为人行为时是否具有期待可能性时,应以行为人为本人的能力为标准,在具体的情况下,能够决定期待其他适法行为是否可能,根据行为人本人的能力,能够期待其为适法行为的,则具有期待可能性,否则则无期待可能性,应当免除或者减轻责任。

马克昌教授认为,目前我国引进期待可能性理论是必要的。首先可以利用期待可能性解释我国刑法中的一些规定,如赃物罪、正当防卫、紧急避险等。同时应允许在极其特殊的情况下适用超法规的期待可能性阻却或减轻行为人的刑事责任,但应持慎重态度。

关于死刑。马克昌教授认为,死刑是与犯罪做斗争的最严厉的暴力手段,较之其他刑种具有更大的威慑力量;但死刑也存在难以克服的缺点,如威慑力有限、容易杀错人、消灭了证据等,因此,对于死刑必须用一分为二的观点来看待,既不能轻视死刑,废除死刑,也决不能迷信死刑,乱用死刑。为此,适用死刑,应以以下思想为指导:坚持少杀,严防错杀;适用死刑,必须慎重。同时,应坚持以下原则:(1)坚持少杀、慎杀政策;(2)必须犯罪事实清楚、证据确凿充分;(3)严格根据刑法分则的规定;(4)必须罪行极其严重;(5)要与犯罪分子应当承担的刑事责任相适应。

由于死刑案件不同于其他案件,具有特别性和重要性。因此,为了保证死刑的正确适用,死刑裁量虽以量刑的一般规定为依据,但更应考虑其自身的特点,即特别强调以犯罪事实为根据;必须准确地认定犯罪性质;必须认真考虑犯罪情节;综合考虑犯罪对社会的危害程度。对死刑复核案件仅以超过半数的多数通过的做法也应加以改进,由以2/3以上的多数票通过取而代之,不仅更符合慎重适用死刑的指导思想,也更有利于保证死刑的正确适用<sup>[22]</sup>(第5页)。

由于死刑缓期执行制度体现了党和国家的“少杀、慎杀”政策,是限制死刑执行的有力措施,同时,也有利于集中力量打击最严重的犯罪分子并鼓励罪犯悔罪自新,符合世界上限制适用死刑的趋势,并表现

了我国刑罚的特点,在国际上产生了良好的影响。因此,死刑缓期执行是一种比较合理的制度,我们应  
对此予以充分肯定和正确认识。在适用死缓时,严格根据刑法规定的条件而进行:(1)罪犯应当判处死  
刑。所谓应当判处死刑,是指犯罪分子的罪行极其严重,即从主客观相统一来看,犯罪的性质与危害后  
果特别严重,或者情节特别恶劣。(2)不是必须立即执行。即与立即执行死刑者相比,前者罪行的社会  
危害性比后者要轻,或者罪犯具有法定的应当减轻处罚或从轻处罚的情节,其刑事责任适当减轻的情  
形<sup>[23]</sup>(第 24 页)。

面对各国日益高涨的废除死刑的呼声,马克昌教授认为,根据中国国情,短期内不可能废除死刑,但  
是,适应当前形势,应有效地限制死刑的适用。如何限制?具体应从以下几方面着手:(1)切实执行“少  
杀、慎杀”的刑事政策,严格限制死刑适用。(2)做好舆论工作,尽可能地减少死刑罪名。“做好工作”主  
要是指做好上层领导(尤其是负责刑事立法的领导人)的工作;“减少死刑罪名”,是指根据罪刑相适应原  
则,同时考虑国民的心理承受能力、国际上对适用死刑的要求,以及外国刑法规定死刑犯罪的情况,视情  
形对刑法规定的 68 个死刑罪名进行减少,如全部废除经济犯罪的死刑以及普通刑事罪中不直接涉及人  
的生命的犯罪之死刑,等等。(3)提高法官认识,自觉限制死刑的适用。具体包括严格掌握适用死刑的  
条件;扩大死刑缓期执行的适用;改进死刑核准制度,将死刑核准权完全交由最高人民法院行使;等  
等<sup>[24]</sup>(第 6 页)。

关于罚金刑。罚金是法院判处犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法,它具有以下特点:  
(1)罚金是一种刑罚方法。(2)罚金是由法院根据刑法的规定判决的。(3)罚金是对触犯刑律的犯罪分  
子适用的。(4)罚金是以强制犯罪分子向国家缴纳一定数额的金钱为内容。

马克昌教授以我国刑法的规定为根据,同时参照国外的有关立法例,明确指出:在我国,确定罚金  
的具体数额时,应当依据以下原则进行:(1)根据犯罪情节决定罚金数额。这是《刑法》第 52 条的明确  
规定。所谓犯罪情节,是指犯罪行为的后果是否严重,违法所得的多寡,犯罪手段是否特别恶劣,犯罪是  
个人实施还是结伙实施,在结伙实施犯罪时犯罪分子在犯罪实施中所起的作用大小,以及犯罪分子犯罪  
的动机、目的和是初犯还是累犯等情况。判处罚金,应当综合考虑上述犯罪情节,据以决定罚金的具体  
数额。(2)考虑犯罪分子本人的经济状况。我国刑法对此没有规定,但这项原则为国外许多刑事立法所  
规定,且这种规定具有一定的道理,因为在决定罚金数额时,如果不考虑犯罪分子的经济状况,罚金数额  
过大,超过犯罪分子的负担能力,在实践中就不容易执行,因而也就难以达到适用罚金刑的目的,因此,  
在我国,确定罚金的具体数额时,应当以犯罪情节为根据,同时考虑犯罪分子本人的经济状况<sup>[25]</sup>(第 3 页)。

关于管制。管制是人民法院依法判处的,对犯罪分子不予关押,在公安机关管束和群众监督下进  
行劳动改造的一种刑罚方法。它具有以下特点:(1)对犯罪分子不予关押。判处管制的犯罪分子只是限制  
一定的自由,并不剥夺自由,仍留在原来的工作单位或居住地点工作或劳动。(2)在公安机关管束和群  
众监督下进行劳动改造。即把被管制分子的劳动生产、工作和活动置于公安机关的管束和群众监督之  
下,通过公安机关的管束和群众的监督,改造教育犯罪分子。(3)须经人民法院依法判处。

关于现行刑法中的管制与过去的管制的区别,马克昌教授认为,现行刑法中的管制,是过去刑事立  
法上规定和司法实践中使用的管制的发展,但现在的管制与过去的管制又有以下不同:(1)管制适用的  
对象不同。现行管制既适用于敌我矛盾的犯罪,又适用于人民内部的犯罪;过去的管制适用对象集中于  
敌我性质矛盾的犯罪。(2)附加剥夺政治权利的规定不同。现行刑法中的管制,并不当然附加剥夺政治  
权利;过去刑事立法中的管制,当然附加剥夺政治权利。(3)管制期限的长短与过去不同。现行刑法  
规定的管制的期限为三个月以上二年以下,数罪并罚时最高不能超过三年;而过去立法规定:“管制期  
限定为三年以下,必要时得延长之。”管制期限没有下限,而且可以延长。(4)刑期折抵不同。现行  
刑法规定:判决执行前先行羁押的,羁押一日折抵刑期二日;而过去的有关文件规定:判决执行以  
前的羁押日期和刑事拘留日应以羁押、拘留一日折抵管制一日。(5)管制解除手续不同。现行刑法  
规定:管制期满,执行机关应即向本人和其所在单位或者居住地的群众宣布解除管制;而过去有关文  
件规定,管制期满解除还

必须经过一定的程序<sup>[26]</sup> (第26页)。

关于自首。根据我国刑法的规定,有普通自首和特别自首之分。对于普通自首,马克昌教授认为,是指犯罪分子在犯罪以后自动投案,主动地如实交待自己的罪行,并接受审判的行为。自首的成立应具备如下条件:(1)必须于犯罪后自动投案。自动投案包括四种情况。其一,犯罪后犯罪事实未被发觉以前投案;其二,犯罪事实已被发觉,但犯罪人尚未被发觉以前投案;其三,犯罪事实和犯罪人均已被发觉,有关机关尚未对犯罪人传讯或采取强制措施以前投案;其四,犯罪被发觉后,犯罪分子逃跑后或被通缉时自动归案。自动投案,通常是指犯罪分子亲自主动向有关机关投案。犯罪分子具有投案诚意,但由于急于消除危害后果或其他正当原因,不能亲自投案,而委托他人代为投案的,也应认为是自动投案。另外,犯罪分子在亲友劝说下投案,或在亲友陪同下投案,或自知罪行败露无法掩盖而投案的,都可以视为自动投案。(2)必须主动地如实交待自己的罪行。主动交待罪行一般是犯罪分子投案后主动交待所犯罪行,但在侦查、审判或者服刑中主动交待其他没有被发觉的犯罪,也应认为是自首。交待是否如实,以是否交待主要犯罪事实为准。主要犯罪事实交待清楚了,就认为是如实交待;即使没有交待全部的犯罪情节,也无碍于自首的成立。(3)必须接受审判。犯罪分子交待罪行后,接受国家审判,说明其愿负刑事责任,并便于国家对其行使审判权,这才符合刑法规定自首制度的宗旨,因而才能成立自首<sup>[27]</sup> (第5页)。

关于刑罚失当及其对策。刑罚失当包括对案件了解而故意重判或轻判,但主要指的是由于认识或其他原因以致所判刑罚与行为人的罪责不相符合的情况。刑罚失当表现为:错误判刑,指无罪而被判刑,甚至被判重刑或极刑;轻重失当,即轻罪重判,重罪轻判,这可以表现为畸轻畸重,偏轻、偏重;缓刑失当,指本该判缓刑而未判处缓刑或者不该判处缓刑而判处了缓刑。刑罚适用失当的危害表现为:不利于实现刑罚的目的;严重损害司法公正的形象;导致国家资源的浪费。刑罚适用适当的原因表现为:审判人员的素质,主要包括思想观念和业务能力问题;社会舆论的干预;案外人员的影响。刑罚适用适当的对策表现为:提高审判人员的素质,主要包括开展现代法治思想教育和加强在岗教育,不断提高业务水平;切实维护人民法院独立审判;规范新闻媒体对案件的报道和正确对待社会舆论<sup>[28]</sup> (第7页)。

## 六、贪污贿赂罪及金融诈骗罪诠释

关于贪污罪。马克昌教授认为,根据我国刑法的规定,利用职务上的便利是贪污罪客观方面的重要条件,不属于贪污罪主体的特征范畴。贪污罪主体的特征应当是依法从事公务。具体来讲,贪污罪的主体特征有以下两个:(1)具有合法的特定身分。合法的特定身分,既包括依据宪法、各种组织法产生出来的组织机构中各种管理人员和其他工作人员身分,也包括基于行政命令由上级任命或单位聘用、录用乃至委任而产生出来的工作人员身分。(2)基于特定身分现实从事公务。这一特征有以下三层含义:第一,公务活动是基于特定身分进行的职务活动。第二,必须具有特定身分的人从事公务活动。公务活动是指通过计划、组织、指挥、监督、保管等过程,实现对公共事务管理的职能活动。第三,必须是行为人现实地从事公务活动。已经取得身分,但尚未到职视事,或者已经离开特定的工作岗位,因而再不能从事公务活动的人,都不具有贪污罪主体的特征。

“利用职务上的便利”是贪污罪客观方面的法定要件之一。如何理解“利用职务上的便利”,刑法学界意见纷呈。马克昌教授结合各种主张,提出了自己的见解。他认为,“利用职务上的便利”包含以下内容:(1)“利用职务上的便利”主要是利用行为人职权范围内主管、经营、经手、管理公共财物的有利条件,而不是因工作关系熟悉作案环境的有利条件。(2)“利用职务上的便利”,是指行为人在自己的职权范围内或职务要求下,假借执行职务的合法形式来进行,实际上是违背职守,没有行使其职权所规定的职务。(3)“利用职务上的便利”包括非主管、经营公共财物的国家工作人员,由于从事某项公务,与公共财产有了暂时联系的便利。(4)“利用职务上的便利”还包括凭借自己权力,利用自己的职务与下级的关系,使他们利用自己的职务上的便利,让行为人非法占有公共财物。

贪污罪有无既遂与未遂的区分,刑法理论上有一种观点对此持否定的态度。马克昌先生认为这种观点是不妥的。他指出,贪污罪是属于侵犯财产罪的一种,它使用的手段如盗窃、骗取,在作为单独犯罪如盗窃罪、诈骗罪时都是有未遂的,贪污罪自不应当例外。区分贪污罪既遂与未遂的标准就是行为人是否完全具备贪污罪的构成要件,关键在于贪污罪客观方面的行为进程达到什么程度,即是否非法占有了公共财物。已经非法占有公共财物的,为贪污罪既遂;尚未非法占有公共财物的,则为贪污罪的未遂。已经非法占有公共财物,是指行为人不仅使公共财物所有者失去对公共财物的控制,而且他本人实际上取得对公共财物的非法占有支配,即实际支配说<sup>[29]</sup>(第 5 页)。

关于受贿罪。什么是贿赂,刑法学界存在财物说、金钱估价说或物质利益说、需要说或非财产性利益说等主张。马克昌教授认为,对“贿赂”应当作以下理解:(1)当前我国刑法规定的贿赂仅指财物,即金钱、物品等动产以至不动产如房屋。(2)索取或非法收受财物之外的财产性利益也应构成受贿罪。财物之外的财产性利益如免除债务、免费旅游或代为偿还行为人所负第三者的债务等,虽然不是财物,但与财物并无本质上的差异,在目前没有法律根据的情况下,可以通过司法解释对财物一词作扩大解释来解决。(3)索取或非法收受非财产性利益不宜定为受贿罪。其理由是:第一,将索取或非法收受非财产性利益定为受贿罪在我国没有法律根据。第二,贿赂是指非法送与财物,就文字意义来看,不仅古代如此,现代也是如此。第三,就外国立法和刑法理论而言,贿赂是否包括非财产性利益也存在不同的看法。第四,将相互利用权力进行非财产性利益的交易既不符合受贿罪的本质特征,又难以区分谁是行贿方,谁是受贿方,很难在实践中依法处理。(4)所谓性贿赂在我国更不宜作为受贿罪定罪量刑。因为将性行为作为贿赂,既不符合我国人民关于贿赂的观念和法律规定,也难以确定区分罪与非罪的界限或科刑轻重的依据。

“索取”贿赂是受贿罪客观方面的行为方式之一。如何理解“索取”,当前刑法理论上有两种不同的观点:一种观点认为,“索取”既包括索要,也包括勒索;另一种观点认为,“索取”仅指索要,不包括勒索。马克昌教授认为第一种观点是正确的。他指出:第一,现实生活中存在的用勒索即要挟胁迫的方式索取贿赂,然后为被勒索人谋取非法利益的情况,完全符合受贿罪的特征——以权换钱。第二,如果否定勒索是“索取”的一种方式,就会将上述情况按敲诈勒索罪定罪,而按敲诈勒索罪的构成,又难以对此予以合理的解释。所以,“索取”,可能是索要,也可能是勒索。前者是行为人利用职务上的便利,向当事人以明示或暗示的方式要求贿赂,而未使用要挟胁迫的方法;后者则使用要挟胁迫的方式,明示或暗示如不送财物其事就难办或者会有严重后果,迫使当事人给他送财物。

关于国家工作人员与家属共同受贿问题。马克昌教授认为,受贿罪作为身分犯,只有具备特定身分的主体才能构成。国家工作人员的家属作为不具有国家工作人员这种特定身分的人,是无法独立构成受贿罪的。但国家工作人员的家属虽然不能独立构成受贿罪,但可以与国家工作人员相勾结,伙同受贿,构成受贿罪。这就是无特定身分者与特定身分者构成受贿罪的共犯问题,对此可以分为三种情况:(1)无特定身分者劝说、请求或威逼特定身分者利用职务上的便利索取或收受贿赂,特定身分者构成受贿罪的实行犯,无特定身分者构成受贿罪的教唆犯。(2)无特定身分者出谋划策或用其他方法帮助特定身分者利用职务上的便利索取或收受贿赂,特定身分者构成受贿罪的主犯,帮助者构成本罪的从犯。(3)无特定身分者与特定身分者通谋分工,无特定身分者索取或收受贿赂,特定身分者利用职务上的便利为他人谋取利益。在此情况下,特定身分者构成受贿罪的主犯,无特定身分者一般构成本罪的从犯。如果无特定身分者与特定身分者缺乏共同故意,则不能构成受贿罪的共犯<sup>[30]</sup>(第 28 页)。

关于金融诈骗罪。我国刑法规定的金融诈骗罪中,除了集资诈骗罪和贷款诈骗罪明文规定“以非法占有为目的”为其构成要件以外,其余的金融诈骗犯罪刑法均未规定“以非法占有为目的”为其构成要件。理论上对于这几种诈骗犯罪是否要求以非法占有为目的存在不同认识。马克昌教授认为,刑法中其他金融诈骗犯罪无一例外都要求以非法占有为目的,理由在于:(1)它们都是诈骗罪的一种,是从诈骗罪分离出来的,尽管刑法没有规定诈骗罪以非法占有为目的,但理论和实践中对于诈骗罪是以非法占有

为目的是普遍认可的。既然如此,金融诈骗行为作为诈骗罪的一种,也应该以非法占有为目的。(2)之所以规定集资诈骗罪和贷款诈骗罪是以非法占有为目的,其余诈骗罪未作规定,是出于立法技术的考虑。规定集资诈骗罪和贷款诈骗罪以非法占有为目的,是为了使集资、贷款诈骗罪与其他非法集资行为等进行区别,而其他诈骗罪,或者在条文中已有“诈骗财物”的规定,或者在个别必要的场合如“恶意透支”规定“以非法占有为目的”,一般对非法占有目的不作规定,因为这些是“不言而喻”的,即不作规定也可以了解它是以非法占有为目的。

马克昌教授认为,国外以及我国台湾地区的学者,都认为欺诈罪的主观要件包括以非法所有为目的,而限于以民法上所有权的四种权能之一的占有为目的。我国刑法中的诈骗罪与上述所说的欺诈罪的性质相同,作为其犯罪中“以非法占有为目的”中的占有,显然不应理解为只是民法上所有权的四种权能之一的占有,而应理解为不法所有的意思。同时,从各种金融诈骗罪的实际情况来看,无论哪一种金融诈骗行为人,诈骗财物都不只是仅仅为了自己占有财物,排除他人对财物的控制,而是通过对占有骗取的财物,追求享受,大肆挥霍,将财物加以适用和处分,也就是以非法所有为目的。自然,这里所说的“所有”,只是非法所有,并且只是行为人主观上的意图,并非在法律上具有所有权。因此,将非法占有理解为不法所有,才是各种金融诈骗罪中“以非法占有为目的”的真正含义。

对于伪造、变造金融票证后进行诈骗的行为定性。我国学者存在几种看法:(1)吸收犯,依照金融诈骗罪论处;(2)实际数罪,数罪并罚;(3)按牵连犯处理,未说明依何种犯罪论处;(4)构成牵连犯,按目的行为即金融诈骗行为论处;(5)按牵连犯处理,根据不同情况,分别以手段行为或目的行为论处。马克昌教授在比较分析各种观点后就具体的解决思路进行了具体论证,他认为,在利用他人伪造、变造的金融票证或者一方不构成犯罪的情况下,只按某种犯罪处理就可以了。仅就行为人自己先伪造、变造金融票证,后行为人自己使用这些票证进行金融诈骗,并且两者均构成犯罪的情况而言,由于两种犯罪构成牵连犯,应当比较刑法对两种犯罪规定的法定刑的轻重,结合犯罪的实际情况,按照“从重处断”的原则,确定应以何种犯罪处罚<sup>[31]</sup>(第5页)。

马克昌教授是一位长者,在他的身上却充满着年轻人的蓬勃朝气;他是一位大学问家,成果累累,但他仍旧永无止境地知识的海洋里遨游。在我们尊敬的马克昌教授80华诞之际,衷心祝愿他老人家健康长寿,在刑法学理论的研究和教学中,不断探索,勇于出新,为完善与发展我国的法制建设再做新贡献。

#### [参 考 文 献]

- [1] 高瑞泉. 打开自然之书:卢梭如是说[M]. 上海:上海文艺出版社,1994.
- [2] 马克昌. 罪刑法定主义的比较研究[J]. 中外法学,1997,(2).
- [3] 马克昌. 经济犯罪罪与非罪的界限[J]. 法学,1994,(4).
- [4] 马克昌. 向市场经济转变时期刑法观念的革新[J]. 武汉检察,1993,(1).
- [5] 马克昌. 论犯罪的概念和特征[J]. 武汉大学学报,1990,(4).
- [6] 马克昌. 论犯罪的本质[J]. 法学,1990,(8).
- [7] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉:武汉大学出版社,1999.
- [8] 高铭喧,等. 开拓与繁荣我国刑法基本理论研究——评马克昌主编《犯罪通论》[J]. 中国法学,1993,(6).
- [9] 马克昌. 犯罪构成的分类[J]. 法学,1984,(10).
- [10] 马克昌. 故意犯罪过程中的犯罪形态概说[J]. 中国律师,1989,(1).
- [11] 马克昌. 论预备犯[J]. 河南法学,1984,(1).
- [12] 马克昌. 评西方刑法理论关于共犯的学说[J]. 法学评论,1984,(4).
- [13] 马克昌. 共同犯罪理论中的若干争议问题[J]. 华中科技大学学报,2004,(1).
- [14] 马克昌. 论教唆犯[J]. 法律学习与研究,1987,(5).
- [15] 马克昌. 论犯罪集团与犯罪团伙[J]. 法学杂志,1984,(6).

- [16] 马克昌. 结果加重犯比较研究[J]. 武汉大学学报, 1993, (6).
- [17] 马克昌. 想象的数罪与法规竞合犯[J]. 法学研究资料, 1982, (1).
- [18] 马克昌. 论刑罚的本质[J]. 法学评论, 1995, (5).
- [19] 马克昌. 论刑罚的功能[J]. 武汉大学学报, 1995, (4).
- [20] 马克昌. 论刑事责任与刑罚[J]. 法制与社会发展, 1996, (2).
- [21] 马克昌. 刑事责任的若干问题[J]. 郑州大学学报, 1999, (5).
- [22] 马克昌. 论死刑的适用[J]. 人民检察, 1993, (1).
- [23] 马克昌. 论死刑缓期执行[J]. 中国法学, 1999, (2).
- [24] 马克昌. 有效限制死刑的适用[J]. 法学家, 2003, (1).
- [25] 马克昌. 略论罚金刑[J]. 西南政法学院学报, 1981, (3).
- [26] 马克昌. 我国刑法中的管制[J]. 法学研究, 1980, (5).
- [27] 马克昌. 论自首[J]. 法学评论, 1983, (1).
- [28] 马克昌. 刑罚适用失当及其对策[J]. 人民司法, 2002, (10).
- [29] 马克昌. 论贪污罪[J]. 楚天检察, 1991, (5).
- [30] 马克昌. 论受贿罪[J]. 中国法学[J]. 1991, (6).
- [31] 马克昌. 金融诈骗罪若干问题研究[J]. 人民检察, 2001, (1).

(责任编辑 何坤翁)

## MA Ke-chang's Concept of Criminal Law

KANG Jun-xin<sup>1</sup>, CHE Ying<sup>2</sup>

(1. Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China;

2. School of Journalism & Communication, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

**Biographies:** KANG Jun-xin (1968-), male, Doctor of Law, Professor & Doctoral supervisor, Wuhan University Law School, Director, Wuhan University Journals Press, majoring in criminal law; CHE Ying (1954-), Professor, School of Journalism & Communication, Wuhan University, Dean, Wuhan University Journal, majoring in journalism & law.

**Abstract:** 2005 is the 80th birth-year of Mr. MA Ke-chang, Professor of Wuhan University Law School, and also is the 56th year that Mr. MA has taught and researched criminal law. In the process of his more than half a century's education and research of criminal law, MA studies hard and seriously, probes bravely, has formed his concept of criminal law step by step. Summing up and studying MA Ke-chang's concept of criminal law, is of great importance to enlarge Chinese good tradition of criminal law, and also to impel the latter learners.

**Key words:** MA Ke-chang; concept of criminal law; study and research