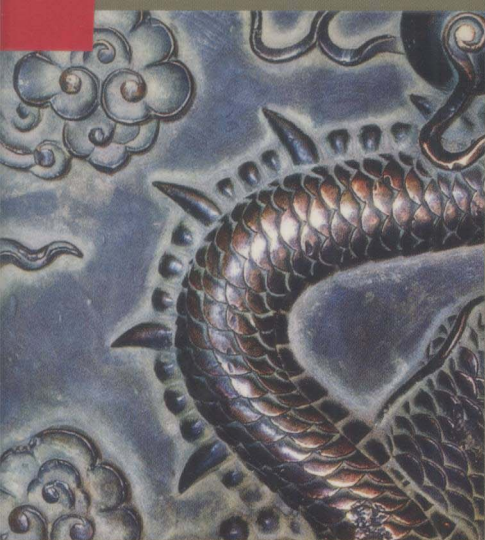


湘潭大学法学院博士文库

我国刑法第13条 但书研究



【张永红◆著】



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

湘潭大学法学院博士文库

我国刑法第13条 但书研究

【张永红◆著】

湘潭大学法学院博士文库编委会

(以姓氏拼音为序)

陈 刚	陈晓红	程燎原	杜雄柏	冯晓青
何文燕	洪永红	胡平仁	胡肖华	胡旭晟
黄明儒	黎晓平	李伯超	李交发	刘 健
马长生	邱兴隆	宋世杰	唐世昌	汪太贤
王继平	谢 勇	杨 翔	张全良	



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

我国刑法第13条但书研究/张永红著. —北京:
法律出版社, 2004. 12
(湘潭大学法学院博士文库)
ISBN 7-5036-5233-0

I. 我… II. 张 III. 刑法—研究—中国
IV. D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第120302号

法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 陈会文	装帧设计/温 波
出版/法律出版社	编辑/法学学术出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/6.5 字数/151千
版本/2004年12月第1版	印次/2004年12月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939654	传真/010-63939701
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	客服热线/010-63939792
网址/www.chinalawbook.com	电子邮件/service@chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65193110
中法图深圳公司/0755-83072995	中法图重庆公司/023-65382816/2908
中法图西安分公司/029-85388843	
书号:ISBN 7-5036-5233-0/D·4950	定价:13.00元

总 序

自 20 世纪 70 年代末以降,中国社会进入全面转型的伟大时期。在这巨大、深刻而剧烈的变革中,市场经济迅速成长,民主政治渐次展开,法律教育亦随之获得史无前例的大发展。

此一时期,湘大的法律教育同样有了惊人的发展:每十年跃上一个崭新的台阶——1983 年正式建系并招收第一批法律本科,1993 年获得第一个法学硕士学位授权点,2003 年又获第一个法学博士学位授权点。这每一个十年,都是湘大法学人艰苦创业、辛勤耕耘的十年,都是湘大法学事业蓬勃发展、欣欣向荣的十年,也是湘大法学院走出“深闺”、逐渐为社会和学界认知认同的十年。

在这二十余年的发展中,湘大法学院逐渐吸引、培养了一大批优秀的中青年学者。这些中青年学者在校内校外老一辈法学家的扶持下,勤于学习、勇于探索,自身素质不断提高,学术影响不断扩大。于湘大而言,他们既是承前启后、继往开来的一代,也是朝气蓬勃、锐意进取的一代;他们是湘大法学院事业发展的受益者和见证者,更是湘大法律教育和法学研究的中坚与栋梁。

如今,这些中青年学者绝大部分均通过自身努力取得了博士学位。作为最高学位的获得者,他们具有较为坚实而宽广的理论功底、系统而深入的专业知识;而作为较为年轻的一代学人,他们视野开阔,文思敏锐,不囿成见,敢于创新。在某种意义上,他们正是年轻而

富有朝气和锐气的湘大法学院的表征,也代表着湘大法学事业的未来和前途。

有鉴于此,经与法律出版社研究协商,我们决定以本院中青年教师中的博士学位获得者为作者范围,选辑、出版《湘潭大学法学院博士文库》。大凡本院博士之学术专著、文集、译著及资料整理等,只要达于一定学术水准且合乎学术规范,均可入选。

我们期望,通过这一学术系列丛书的出版,其一,使得湘大法学院学术风貌的一个侧面,能够以一种整体的方式呈现给社会,让社会和学界能够更多、更深地了解湘大法学院;其二,为社会贡献一批有分量的法学作品,既为我国的法学繁荣和法治发展略尽绵薄之力,也以此答谢所有曾经关心和支持过湘大法学院发展的前辈与朋友;其三,更重要的是,也让我们能够更多地与社会和学界交流,并接受广大读者的检验、批评和帮助。毕竟,无论是这些中青年学人还是湘大法学院本身,都时刻需要社会和学界各方面的关爱和帮助。

文库面世,春暖花开。我们期望,本文库能够成为显露中国法学事业“春江水暖”的一个消息,预示中国法治发展“秋高气爽”的一个音讯。

《湘潭大学法学院博士文库》编委会

2004年4月

内 容 提 要

刑法第 13 条中的但书是我国刑事立法犯罪概念的重要组成部分。在立法上,作为定量因素的载体,它收缩了犯罪圈,影响着我国刑法结构的形成;在司法上,作为实质正义的表征,它协调了情与法的冲突,保证着个别公正的实现。本书从但书的内容和渊源、但书的價值蕴涵、但书的司法适用、但书与犯罪概念、但书与刑法结构、但书与犯罪构成等六个方面对刑法第 13 条但书进行了比较全面、深入的研究,重点剖析了但书的理论和实践价值,探讨了但书适用中的疑难问题,分析了但书对我国刑法结构的影响,并依据但书对我国刑法中的犯罪构成进行了重塑。

序

时下博士学位论文的选题和写作,“大题小做”与“小题小做”俱遭排斥,“大题大做”与“小题大做”则广受欢迎。可见,选题无论大小,关键在于如何去“做”。毫无疑问,刑法第13条但书应属“小题”之列:从立法规定来看,只有短短十余字,内容简单明了;就司法实践而言,实际运用很少,几为司法者遗忘;由理论研究以观,学界缺乏应有关注,专门探讨近乎阙如。故而,以此为题完成一篇合格的博士学位论文,就需要在“做”上下功夫,着力作“大”。然而,如何作“大”呢?

通观世界各国刑法中的犯罪概念,大致分为定性与定量两类。前者认为犯罪即恶行,无论危害程度大小;后者强调犯罪是“大”恶行,必须危害相当严重。定性的犯罪概念普遍存在于西方各国,定量的犯罪概念惟我国独有。这是中西方刑事立法的重大差异。那么,我国何以会形成此种独特的犯罪概念?犯罪概念中的定量因素有无合理性?纵览当今世界各国的刑法结构,无外乎“严而不厉”与“厉而不严”两种。前者法网严密,刑罚宽缓;后者法网疏松,刑罚苛厉。西方国家广泛采用“严而不厉”的模式,我国刑法即使修改后仍保持了“厉而不严”的状态。那么,我国“厉而不严”的刑法结构何以形成?又应如何完善呢?总括世界各国的犯罪构成模式,区分为“三元论”、“双层次”和“平面整合”三种。前两种都有层次划分,对犯罪的认定呈逐步收缩的态势;后者则不分层次,对犯罪的判断一次完成。“三

元论”的犯罪构成模式中,违法性的认定凸现了犯罪构成中实质性判断的重要性,我国的平面整合结构则素来被指责为形式有余而实质不足。那么,我国的犯罪构成模式是否存在问题,如果存在又应如何改进呢?

毋庸讳言,以上三个问题应该算是“大问题”,如果从刑法第13条中的但书出发对这些问题予以分析,并进而得出结论,也就应该算是作“大”了。张永红的博士论文《我国刑法第13条但书研究》一文,短短十万余字,在不长的篇幅内比较集中地研究了但书的内容渊源、价值蕴涵、司法适用以及但书与犯罪概念、刑法结构、犯罪构成的关系,尤其是比较深入地探讨了前述三个“大问题”,并提出了自己的观点,基本算是满足了作“大”的要求。

学术研究贵在创新,创新是学术的生命力所在。没有创新,只能算作重复劳动,既消耗自己的精力,也浪费他人的时间。《我国刑法第13条但书研究》在创新性上有比较明显的体现:首先,有新思路。如关于我国的犯罪构成,学界多有诟病,不少人提出了改造的建议。但多限于对原有四要件的分解或者重新组合。作者则另辟蹊径,认为在将原有四要件作为积极要件的基础上,增加但书和行为正当性的判断作为消极要件。其次,有新观点。如关于我国刑法中形式与实质兼具的犯罪概念,学界多认为殊有不当,应删除社会危害性与但书的规定,改造为形式的概念。作者则指出,将现行混合的犯罪概念修改为形式概念是妥当的,但同时仍应保留但书的规定,以刑事违法性为特征的形式犯罪概念与但书的结合并不会导致犯罪概念的实质化。又如,关于形式合理性与实质合理性的关系,学界认为二者存在抵牾,在坚持罪刑法定原则的今天,应恪守形式合理性,为此,牺牲实质合理性是必要的。作者则认为,坚持形式合理性是正确的,但无视实质合理性是不可取的,刑法应保持对实质合理性的不懈追求,尤其在对行为出罪时更应重视其作用。再次,有新方法。如关于但书与我国刑法结构的关系,作者运用了系统论的观点予以分析。一方面,

把刑法当作独立的大系统阐明但书对其形成的影响;另一方面,将刑法视为社会治安管理的一个子系统考察其优化的模式选择。

当然,学术创新不是故意地标新立异,需要深思熟虑,更需要有充分的论证。总体来看,作者对于自己的创新之处都给予了比较详尽的论证。如关于社会危害性与罪刑法定原则的关系,作者分析了社会危害性出罪和入罪的双向功能,阐释了罪刑法定形式和实质的两重含义,在此基础上指出,社会危害性用以出罪时与形式的罪刑法定在价值和功能上具有一致性。此外,作者在文中发表了对学界诸多观点的不同看法,基本都有比较详细的论证。这表明了作者具有比较扎实的理论功底,也说明了其治学态度的严谨。尽管其所得出的结论未必为大家所赞同,但这种理论创新的勇气和努力却是值得赞赏的。

当然,文章还存在一些明显的缺陷和不足:结构显得有些松散;驳论时引文过长,缺乏必要的概括和总结;个别观点的论证尚待进一步深化,论证的层次还需更加明晰。但总的说来,这是一篇值得推荐的博士论文,有相当的理论价值。

现在,张永红准备将本文出版,邀我作序,作为他的博士生导师,我为自己学生在学术上的进步深感欣慰,并期望他今后在学术上有更大的发展。

是为序。

储槐植

2004年10月于北京大学承泽园寓所

目 录

第一章 但书的内容和渊源·····	(1)
第一节 但书的内容·····	(1)
一、条件 ·····	(2)
二、结果 ·····	(8)
第二节 但书的渊源·····	(9)
一、法律渊源 ·····	(9)
二、文化渊源 ·····	(10)
第二章 但书的价值蕴涵·····	(18)
第一节 但书的立法价值·····	(19)
一、刑法谦抑 ·····	(19)
二、但书对犯罪圈的收缩 ·····	(27)
三、西方国家的非犯罪化 ·····	(33)
第二节 但书的司法价值·····	(42)
一、情理与法律 ·····	(42)
二、但书对情与法冲突的协调 ·····	(45)
三、追求实质合理 ·····	(52)

第三章 但书的司法适用	(65)
第一节 但书的适用前提	(65)
一、适用前提的必要性	(65)
二、但书与刑事违法性的关系	(68)
第二节 但书的适用主体	(76)
一、公安机关	(76)
二、人民检察院	(77)
三、人民法院	(78)
第三节 但书的适用范围	(80)
一、绝对不能适用但书的犯罪	(82)
二、一般不能适用但书的犯罪	(84)
三、可以适用但书的犯罪	(93)
第四节 但书的适用难点	(96)
一、但书内容模糊性的不可避免性	(96)
二、但书内容模糊性的相对性	(99)
三、但书的适用不会侵越立法权	(102)
第四章 但书与我国的犯罪概念	(105)
第一节 但书与实然的犯罪概念	(105)
一、但书与犯罪概念的表述	(105)
二、犯罪概念定量因素的必要性	(108)
第二节 但书与应然的犯罪概念	(116)
一、现行犯罪概念的缺陷	(117)
二、现行犯罪概念的改造	(130)
第五章 但书与我国的刑法结构	(141)
第一节 但书与我国刑法结构的形成	(142)

一、刑法结构	(142)
二、但书与我国刑法结构的形成	(146)
第二节 但书与我国刑法结构的优化	(155)
一、功能障碍	(155)
二、但书与我国刑法结构的优化	(158)
第六章 但书与我国的犯罪构成	(164)
第一节 我国传统犯罪构成理论及其质疑	(164)
一、传统的犯罪构成理论	(164)
二、对传统犯罪构成理论的质疑	(166)
第二节 我国犯罪构成的重塑及其说明	(174)
一、我国犯罪构成的重塑	(174)
二、对我国犯罪构成重塑效果的若干说明	(179)
主要参考文献	(186)
后记	(190)

第一章 但书的内容和渊源

刑法第 13 条中的但书^① 作为我国刑法犯罪概念的有机组成部分,其内容法律已有明文规定,但还需要进一步明确;刑法中规定但书不是随意的立法行为,而是在总结我国传统法律文化的基础上借鉴外国刑事立法的产物。本章对但书的内容予以阐释并对其法律和文化渊源进行分析,前者解决但书是什么的问题,后者回答但书从何而来的问题。

第一节 但书的内容

我国刑法第 13 条规定:一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。其中,“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”就是但书的内容。从但书作为一种

^① 如无特别说明,本书下文中的“但书”均指刑法第 13 条中的但书。

特殊的法律规范的角度,^① 可以认为其包含了假定和处理两项内容:“情节显著轻微危害不大”是假定,“不认为是犯罪”是处理;而从但书的适用角度,也可以认为其包含了条件和结果两项内容:“情节显著轻微危害不大”是条件,“不认为是犯罪”是结果。

一、条件

但书的适用,以“情节显著轻微危害不大”为条件,即不仅要求“情节显著轻微”,而且限于“危害不大”,二者必须同时具备,缺一不可。

(一)情节显著轻微

情节,基本含义是“事情的变化和经过”,^② 但作为刑法和刑法学中的一个名词,应有特定的含义和具体的内容。在我国刑法学界,对于情节的理解存在诸多不同看法,举其要者有如下几种:(1)情节是能够决定行为社会危害程度的一切主客观方面的因素;^③ (2)情节是与行为的整个过程和整个事实相联系的,表现行为的性质和程度的各种事实、事件或情况;^④ (3)情节是犯罪过程中和犯罪环境里的某些因素和某些环节;^⑤ (4)情节是犯罪构成共同要件以外的,体现行为的社会危害性与行为人的反社会属性程度,并影响定罪量刑和行刑的各种主客观事实情况;^⑥ (5)情节是犯罪构成共同要件以外的,与犯罪人或其侵害行为密切相关的,影响行为社会危害性和行

① 周旺生:《论法律但书》,《中国法学》1991年第4期。

② 《现代汉语词典》,商务印书馆1996年版,第1035页。有学者指出,情节一词,由情与节两个字构成。情指情状,这是一个空间的概念;节指环节,这是一个时间的概念。因此,情与节合用时,是指事物存在的情状和变化的环节。参见陈兴良著:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1996年版,第563页。

③ 傅家绪:《试论我国刑法中有关情节的问题》,《法学评论》1985年第2期。

④ 敬大力:《正确认识和掌握刑法中的情节》,《法学与实践》1987年第1期。

⑤ 文敬:《犯罪情节刍议》,《法学季刊》1984年第1期。

⑥ 胡学相著:《量刑的基本理论研究》,武汉大学出版社1998年版,第163页。

为对人身危险性程度,并进而影响定罪与量刑的各种具体事实情况。^①

以上诸说,不乏合理之处,但或多或少都存在一些不足。在笔者看来,刑法中的情节应该具备以下几个特征:(1)情节的性质是“事实情况”或者是“因素”;(2)情节的内容既有主观方面的,也有客观方面的;(3)情节的本质是影响行为的社会危害性、行为人的身危险性的程度;(4)情节的功能是对定罪和量刑起作用。上述第四种观点将影响行刑的事实情况纳入刑法的情节之中,笔者认为值得商榷。刑法主要是解决定罪和量刑问题的,行刑则是刑罚执行的问题,因此,行刑情节作为影响刑罚执行的情节,是在定罪量刑之后刑罚执行过程中需要予以考虑的事实情况,不能认为是刑法中的情节。(5)情节的范围是具体犯罪构成要件事实以外的事实情况。犯罪构成要件事实也影响行为的社会危害性、行为人的身危险性的有无及其程度并进而影响定罪和量刑,属于广义上的情节,但是有必要将其与作为刑法中专门术语的情节划清界限,因为如果不这样,刑法中的情节会因范围过于宽广而失去其特定性,同时,犯罪构成要件的事实也会因被情节包容而丧失其重要性。需要说明的是,上述观点中有的认为情节是犯罪构成共同要件以外的事实,笔者认为表述不够准确,因为犯罪构成共同要件是每一犯罪成立所必须具备的要件,是对犯罪事实的抽象和概括,按照我国刑法理论的通说,犯罪构成共同要件包括客体要件、客观要件、主体要件和主观要件。犯罪构成共同要件和犯罪构成共同要件事实是不同的,前者是抽象的要件,后者则是具体的事实,与情节对应的是事实而不是要件。因此,准确的说法是“犯罪构成共同要件事实以外的事实情况”,而不是“犯罪构成共同要件以外的事实情况”。当然,即使是用“犯罪构成共同要件事实以外的事实情况”来表述情节,笔者认为还是不妥的,因为犯罪构成的共同要

① 王晨:《定罪情节探析》,《中国法学》1992年第1期。

件包括客体、客观、主体和主观四个方面的要件,而任何关于犯罪的事实情况都只能是上述四方面中某一方面的内容,“犯罪构成共同要件事实”不仅可以包括具体犯罪构成要件事实以外的事实,而且可以包含具体犯罪构成要件事实本身。所以,“犯罪构成共同要件事实以外的事实情况”实际是不存在的,用它来界定情节显然是错误的。如甲为了报复乙,于一天深夜潜入乙家中,将一把匕首插入乙的胸膛,致乙死亡。上述案件中,行为人的动机为主观方面的事实,行为的时间、地点、方式为客观方面的事实,因此它们可以说是犯罪构成共同要件的事实,但它们却都是故意杀人罪的情节。应该明确,情节是针对具体犯罪而言的,情节的界定应立足于具体犯罪并且与具体犯罪的构成要件事实相区分。因此,笔者倾向于将情节界定为:具体犯罪构成要件事实以外的,影响行为的社会危害性、行为人的 人身危险性的程度,并进而影响定罪和量刑的事实情况。

“显著”意为“非常明显”,“显著轻微”可以理解为“非常明显地”轻微。应该说,“显著”一词,从其基本含义来讲,并不是对情节轻微程度进行的限定,而是对情节轻微是否容易被感知、是否容易被认识所做的说明。但是,在笔者看来,它同时也包含了对情节轻微程度的限制,即“特别地”轻微。因为,一方面,非常明显的轻微往往是特别地轻微,只有特别轻微才容易为人所感知、所认识;另一方面,刑法中对于情节所做的多种表述,都是从程度上对其进行限制,如情节较轻、情节轻微等。所以,对于“显著轻微”,笔者认为应包含两方面的内容:(1)情节特别地轻微,这是对情节本身的性质及程度的限制;(2)情节的轻微很容易被认识和肯定,这是对情节是否易被感知所做的限定。

我国刑法对情节作了程度不等的各种表述,计有情节特别恶劣、情节恶劣、情节特别严重、情节严重、情节较轻、情节轻微和情节显著轻微七种。对“显著轻微”的理解,应注意划清其与“较轻”、“轻微”的界限。

情节较轻,一般是作为从轻处理的条件,即对已经构成犯罪的行为适用较低档次的法定刑。如刑法第 112 条的资敌罪,行为人在战时供给敌人武器装备、军用物资资敌的,如果“情节较轻”,处“三年以上十年以下有期徒刑”;否则应处“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”。“情节较轻”的规定都分布在刑法分则条文中,包括第 110 条的间谍罪,第 111 条的为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪,第 112 条的资敌罪,第 115 条第 2 款的失火罪、过失决水罪、过失爆炸罪、过失投放危险物质罪、过失以危险方法危害公共安全罪,第 119 条第 2 款的过失损坏交通工具罪、过失损坏交通设施罪、过失损坏电力设备罪、过失损坏易燃易爆设备罪,第 124 条第 2 款的过失损坏广播电视设施、公用电信设施罪,第 151 条第 1 款的走私武器、弹药罪、走私核材料罪、走私假币罪,第 151 条第 2 款的走私文物罪、走私贵重金属罪、走私珍贵动物、珍贵动物制品罪,第 152 条的走私淫秽物品罪,第 171 条第 2 款的金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪,第 232 条的故意杀人罪,第 233 条的过失致人死亡罪,第 328 条的盗掘古文化遗址、古墓葬罪、盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪,第 382 条的贪污罪,第 385 条的受贿罪,第 395 条第 2 款的隐瞒境外存款罪,第 416 条第 2 款的阻碍解救被拐卖、绑架的妇女、儿童罪等。刑法总则中不存在“情节较轻”的规定。

情节轻微,是免于处罚的条件,即对已经构成犯罪的行为不予刑事处罚,而根据案件的不同情况,予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失,或者由主管部门给予行政处罚或行政处分。现行刑法中只有第 37 条对情节轻微做了规定。

情节显著轻微,则可能不认为是犯罪。从表面上看,情节轻微似乎仅比刑法第 13 条但书中的情节显著轻微高一个档次,但实际上两者有质的差别。情节轻微以行为已经构成犯罪为前提,而情节显著轻微则可能属于非罪的事实情况范围,是区分罪与非罪的情节。因此,情节显著轻微,较之于情节较轻和情节轻微,在程度上更轻,处理