

江平



与法治同行

田文昌论文选集

田文昌 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

江平



与法治同行

田文昌 著

田文昌论文选集



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

与法治同行:田文昌论文选集 / 田文昌著. —北京:法律出版社,2017.5

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0452 - 0

I. ①与… II. ①田… III. ①法治—中国—文集
IV. ①D920.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 002906 号

与法治同行

——田文昌论文选集

YU FAZHI TONGXING

——TIANWENCHANG LUNWEN XUANJI

田文昌 著

策划编辑 何海刚

责任编辑 何海刚

装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 中煤(北京)印务有限公司
责任校对 晁明慧
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社
开本 710毫米×1000毫米 1/16
印张 25
字数 411千
版本 2017年5月第1版
印次 2017年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0452 - 0

定价:118.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)





田文昌

北京市京都律师事务所创始合伙人、名誉主任，60年代高中老三届知青。少年时期酷爱音乐，却数次与艺术院校擦肩而过，无缘成为音乐人。“文革”结束恢复高考后，阴差阳错破格考入西北政法大学攻读法学硕士，1983年硕士毕业后到中国政法大学任教，不经意间成了一名法律人。

从教十几年，渐入佳境，已将教学与科研视为己任。又在近天命之年与自己心爱的学生们洒泪而别，半推半就地迈进了专业律师行业，由教授兼律师转为律师兼教授。现为中华全国律师协会刑事业务委员会主任和多所大学兼职教授、美国刑事辩护律师协会终身荣誉会员。

主要著作：《刑罚目的论》、《律师与法治》、《中国大律师辩护词代理词精选：田文昌专辑》（一、二、三辑）、《刑事诉讼：控、辩、审三人谈》（合著）、《新控辩审三人谈》（合著）、《刑事辩护的中国经验》（合著）、《刑事辩护学》（主编）、《律师制度》（主编）、《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉再修改律师建议稿与论证》（主编）等。

序 言

我认识田文昌同志已有三十多年。早在1982年,他还是西北政法学院(西北政法大学前身)刑法学硕士研究生时,有一天他携带他的硕士学位论文《刑罚目的论》(初稿)来见我,希望我能帮助审阅一下,并提出修改意见。那时我是中国人民大学法学院刑法学硕士生指导教师,身边也有几位硕士生。他虽是外校的研究生,但气宇轩昂、落落大方。我问他的指导教师是谁,他回答说是周柏森老师,我听到后喜出望外,因为周老师是我1951年至1953年读中国人民大学研究生时的同班同学,1981年至1982年我受司法部委托主编第一部《刑法学》教材时,他也是编写组成员。因此,我见到田文昌同志备感亲切,他所提要求我无条件接受并予以满足。我花了几天时间仔细审读了他的论文,感到总体上很不错,虽有个别提法值得商榷,但那是学术问题,百家争鸣嘛!这位青年才俊给我留下的初步印象是:勤于学习,肯动脑筋,有较强的思维能力。

田文昌同志在取得硕士学位后到了北京政法学院(中国政法大学前身)担任刑法教师,他的教学效果不凡,科研成果颇丰。从本论文集集中也可以看出,在任教阶段,他不仅从理论与实践的结合上写了一系列有关刑法总则和分则的专题文章,而且对课堂教学法上的一些问题也作了深入的思考和研究。这进一步证明他的思维方法和思维能力是非同一般的。

最能代表田文昌同志人生辉煌的,我认为还是他的律师生

涯。从1985年开始,他在主要从事刑法教学的同时,兼职做一些律师工作。到了1995年,他离开中国政法大学教授岗位,合伙创办京都律师事务所,担任主任(现为名誉主任),经过二十余年的艰苦奋斗,现该所已蜚声国内外,成为法治战线上一支不可忽视的力量。田文昌同志亲自参加辩护或代理的案件数以千计,其中他亲笔撰写并精选出版的辩护词、代理词就有三辑,约一百万字。他长期担任中华全国律师协会刑事业务委员会主任,是全国刑事辩护工作的领军人物,1996年被评为北京市首届十佳律师。中央电视台“东方之子”“实话实说”“三百六十行”“面对面”“人物”等栏目先后对他进行多次专访报道。由于教学、科研成果丰硕,律师实务业绩突出,他被多所著名高校聘为兼职教授,甚至是名誉院长。田文昌同志确实是一位名副其实的“学者律师”“专家型律师”。

这次摆在读者面前的是田文昌同志最新出版的一本论文选集,书名《与法治同行——田文昌论文选集》,内容涉及法治改革、刑事政策、刑法总论、刑法分论、刑事诉讼法、证据运用、律师制度、司法制度等多领域、多层次、多角度的问题。论文发表的时间最早的是1982年,最晚的是2016年,跨度达34年。这表明作者是对改革开放以来中国法治化进程中所见、所闻、所思、所想的一些问题,作出自己的分析和判断,也表明作者在参与法治建设的同时,始终关心法治的进步与发展。我认为,在党的基本路线指引下,在经济社会持续发展的进程中,认真思考如何保持法治前进的步伐,找出阻碍法治前进的消极因素或曰负能量,发现问题,分析原因,提出对策,这就叫作“与法治同行”。田文昌同志作为一名有智慧、有作为、有担当的律师兼教授,他把论文集定名为《与法治同行》,我认为是有深刻寓意的,也是名副其实的。田文昌同志一贯重视民主法治,弘扬公平正义,坚持保障人权,并为此奋斗大半生。本书在很大程度上体现了这种精神,值得称赞。

是为序。

高铭暄

2016年8月于北京寓所

前 言

我在中国政法大学任教的时候是教刑法的,转行做律师以后,因执业的需要才更多地关注程序法的问题,同时,也对律师制度有了更多、更深入的思考。几十年的思考,使我对刑事法律科学和律师制度的认识有了新的提升,同时,也使我体会到了全方位、多角度研究问题的重要性。

从读研究生开始,我就专注于对刑法总论的纯理论研究,对刑法分论没有兴趣,对于刑事程序问题更不重视。原因主要有两个:一是由于脱离实务在分论中发现不了问题,找不到感觉;二是在法治建设初期,尤其是在以打击犯罪为中心的诉讼理念之下,程序法几乎完全被忽视。

随着我转行做专职律师之后亲历案件的日益增多,在大量纷繁复杂案例的启发下,我的兴趣和关注点逐渐由刑法总论转向了刑法分论,感到分论中存在的问题太多,更具有研究的现实价值和紧迫感。例如,关于《金融诈骗罪的两个误区及立法构想》和《再论对虚开增值税发票罪构成要件的表述亟待修改》两篇论文,就是我在总结个案经验基础之上提出的修法建议。同时,我也加深了对刑事程序法的关注,因切实感受到了程序法的重要而引发了更多的思考,发现程序法中也有太多的问题需要研究和解决。其中,关于《犯罪嫌疑人、被告人对证据享有知情权》、《辩方违法证据之证据能力》和《辩护权独立性内涵辨析》三篇论文,就是我在从事律师实务的切身体验

中,有感而发之作。这其中的观点虽然过去曾被忽视而且至今仍有争议,但我坚信,提出这些问题至少可以引发更多的思考。至于律师制度,由于中国律师制度历史过于短暂的特殊国情,值得研究和需要突破的问题则更多。

可以说,由于身份的转换和业务重心的变化,几十年来我个人研究的方向和角度也发生了较大的变化:由抽象的纯理论研究转向了对刑法各罪的研究;由单纯的关注实体法扩展到对程序法的思考;由单一学科的研究转向了多学科研究。而在这个变化中我悟出了一个道理:有切身体会的实践经验再加上对相关学科的综合思考,才是最有价值和最具成果的研究方式。

我从1980年读研究生时开始学习法律,作为一名法律人的成长过程与我国法治建设的进程几乎是同步的。所以,我对法律问题的思考也与我国法治化进程的发展息息相关。我的论文选编各个章节按发表的时间顺序排列,可以反映出这些年来我研究方向和方式的一些变化,也包括我对这些问题认识的逐步深化。

借本书出版之际,将我的这些思考奉献出来,与同行分享和探讨,旨在抛砖引玉,引出更多的思考。

目 录

刑法总论问题

试论行为的社会危害性及其程度的客观属性	3
论刑罚的惩治目的(译)	8
论我国刑罚的惩治目的	14
放弃可能重复实施的侵害是犯罪中止	19
论法人犯罪	26
略述完善我国刑法	33
论我国刑法中犯罪的概念和特征	39
罪刑法定原则在我国的现状与展望	46
论生态环境的刑法保护问题	56
论中国死刑发展趋势	63
中国刑罚制度改革论纲	76

刑法分论问题

我国的走私犯罪与治理	97
谈骗取出口退税款罪	107
经济活动中的罪与非罪	110
论贷款诈骗罪	115

商业秘密诉讼	122
金融诈骗罪的两个误区及立法构想	130
再论对虚开增值税发票罪构成要件的表述亟待修改	139

刑事诉讼基本理念与立法修改

刑事诉讼法再修改与人权保障	149
新律师法与刑事诉讼法的冲突、互动与衔接	156
理念的进步与保障的缺失 ——刑事诉讼法修正案的喜与忧	162
走出刑事诉讼理念的误区	167
冤假错案五大成因	174

刑事辩护与证据运用

刑事诉讼中律师面临的困惑	183
适用证据的认识与思考	189
中国刑事辩护制度的困境与出路	195
论律师调查取证权	204
司法鉴定制度亟待改革	211
犯罪嫌疑人、被告人对证据享有知情权	217
辩方违法证据之证据能力	221
司法实践中排除非法言词证据的若干问题	228
辩护权独立性内涵辨析	244
排除非法证据不能再流于形式	253

法治改革与刑事政策

经济体制转型时期刑事乏范状态探究	267
依法治国与司法改革	278
刑事政策的价值目标	285
构建平等、和谐的法律职业共同体	301
建言中国改革：讲真话，办实事，兴民主，重法治	305
审判独立是司法公正的前提	311

个案推动立法的使命	316
审判中心主义的实现与保障	320
公权力任性是对国家公信力的极大破坏	331

律师职业与律所发展

关于律师职责定位的深层思考	337
综合化、团队化律师事务所的构建与发展	345
市场经济需要综合化、团队化的专业法律服务	350
律师的社会使命	358

法学教育改革

课堂教学浅议	363
谈课堂教学的基本要素	369
课堂教学浅议——教学法研究探讨	373
关于“两个脱节的反思” ——法学理论与实务界需要反思的新问题	377
大学法学教育改革思考	383

刑法总论问题

试论行为的社会危害性及其程度的客观属性

根据马克思主义刑法学观点,行为的社会危害性是犯罪的本质特征。判定某一行为是否构成犯罪,首先,必须查明该行为是否具有社会危害性,这是认定犯罪的前提和基础。只有查明行为对社会具有危害性,并且达到了一定程度,具备了违法性和应受惩罚性,方能构成犯罪。其次,根据罪刑相适应的原则,行为对社会危害程度的大小,与确定犯罪人的刑事责任也密切相关。可见,无论在刑法理论上还是在司法实践中,行为的社会危害性和行为的社会危害程度这两个概念都是十分重要的。他们对定罪、量刑有着直接的、重要的意义。因此,科学地确定这两个概念的属性,并在理论上予以明确的、统一的解释,是十分必要的。

在我国刑法理论中,传统观点一直是将行为的社会危害性当作一个客观的概念加以使用的。也就是说,凡是给社会造成或可能造成某种侵害的行为就是危害社会的行为,这里并不考虑行为主体及其主观方面的情况。例如,无责任能力所实施的行为、意外实践中的行为等,统统包括在内。因而,行为的社会危害性,只能作为行为人负刑事责任的客观基础。也就是说,某一行为要构成犯罪,不仅行为本身必须具有社会危害性,而且行为人还必须有主观上的罪过,否则犯罪就不能

成立。我们认为这个概念是科学而明确的。但同时,传统的观点却又将行为的社会危害程度当作一个主客观统一的概念来理解,认为行为的社会危害程度不仅取决于行为的性质、手段、结果等客观方面的因素,而且还取决于行为人主观方面的因素,如主体的情况、罪过形式等。这样就认为行为的社会危害程度为犯罪构成四个要件的综合所反映。这种理解是值得商榷的。

首先,这种理解本身不够科学。一个定义的科学性就在于它不仅能够准确地揭示出事物的本质,而且能够合理地确定与其内涵相应的外延。人的行为是人的一种身体活动,它固然离不开人的主观意识,并且往往要受行为人意志的支配。但它是人类主观世界的外化,成为物质现象,属于客观范畴。行为的这种客观属性也决定着它的自然作用与社会作用的客观性质。只有物质力量才能直接影响于社会(积极或消极的)。犯罪是危害“现行统治关系”的行为,这种行为的社会危害性自应属于客观范畴。这是我国刑法学界所公认的。既然行为的社会危害性是客观的,那么,作为这种危害性的量的方面的危害程度,自然也属于客观性质。可见,那种承认行为社会危害性的客观性,却又认为它的量的规定性中包含主观因素的观点,不仅有悖事实,在逻辑上也是站不住脚的。行为的社会危害程度所应表明的,正是人的客观活动对于社会造成侵害的程度的客观事实,它反映了行为对于社会发生的扩充危害效果和严重程度。在衡量这种客观效果的时候,如果又加入了行为人主观方面的因素,势必导致概念上的混乱。

其次,如果认为行为的社会危害性是客观的,而其危害程度又包括行为人的主观因素,前者是客观概念,而后者是主客观统一的概念,那么,势必要承认:前者只是行为人负刑事责任的客观基础,而后者则成了行为人负刑事责任的完整基础。这不仅出现了两个概念之间的矛盾,而且很容易导致下面认识上的混乱:一个造成了严重后果的过失行为(如厂矿重大责任事故罪),同一个后果相对轻微的故意行为(一般的盗窃罪)相比,哪一种危害性大呢?无论从客观后果还是从侵害的客体(前者是公共安全,后者是所有制关系)来看,显然前者的危害性大。可是按照传统的观点来理解,却只能认为后者的危害性大。因为后者是故意犯罪,法定刑高,重罪的危害性显然大于轻罪。于是,就会出现这样的荒谬现象:侵害了重要客体,造成严重后果的行为的危害程度,反而小于侵害了次要客体,后果相对轻微的行为。在这种情况下,客观行为的社会危害性大小,似乎主要取决于主观罪过的形式了。

再次,既然认为行为的社会危害程度为犯罪构成主客观四个方面要件的总和

所反映,成为行为人负刑事责任的完整基础,那么,也就是将行为的社会危害程度同行为人的刑事责任等同起来。从而必然认为,一切不应负刑事责任的危害社会行为(无罪过的行为)的危害程度,一定小于应负刑事责任的行为。譬如一个精神病人杀了人,其行为的社会危害性似乎也一定小于一个普通的盗窃罪行。那么,不妨再进而设想,如果同时遇到两个正在发生的行为:一个精神病患者正在举刀杀人和一个盗窃犯正在撬门行窃,按照上面的逻辑推断,首先要制止的自然应当是盗窃行为,而不是杀人行为,因为前者的危害性更大。这显然是荒唐的。

最后,我国刑法第57条规定:“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处。”如按前述观点,既然行为的社会危害程度已经包括了犯罪构成全部要件的总和,那么,应当认为“犯罪……对于社会的危害程度”同时也已经包括了犯罪的性质、情节,成了量刑的唯一根据。而该条文中又并列出“性质”与“情节”,则似乎形同赘物。可见,这种观点同立法精神也是矛盾的。值得注意的是,前述危害程度“主客观统一论”的理论观点同刑法第57条规定的不一致,还会在司法实践中导致客观归罪的倾向。一方面,在理论上认为“危害程度”这一概念包括主客观两个方面的因素,另一方面,出于顾名思义的一般理解,或者根据该条的明文规定,人们又往往易于自觉或不自觉地接受“危害程度”只指客观因素的观点。在处理具体刑事案件时,如果在理论上从“主客观统一论”出发,而实际上却又偏重于客观因素而忽视主观因素,以客观因素代替主客观因素的统一,将行为造成的实际侵害程度与“主客观统一论”所指的“危害程度”混为一谈,当作定罪、量刑的唯一根据,势必出现客观归罪的倾向。这在一定程度上与理论上的混乱不无关系。同样,在实践中也会有相反的情况。由于“主客观统一论”将行为的主观因素并列在“社会危害程度”的概念中,实际上等于否认了把行为的社会危害性看作犯罪的本质特征和刑事责任的客观基础,将“主观基础”同“客观基础”相混淆,有时候也会不适当地扩大主观因素的意义(尽管它是构成犯罪的必要因素),以至导致“主观归罪”的倾向。仍以盗窃罪为例:某人窃得十几元钱,其行为对社会有一定危害性,但程度显然轻微,却以盗窃罪名被判处较重刑罚。理由是他曾多次因盗窃被判过刑,主观恶性很大,因而社会危害性也很大。这种忽视犯罪的本质特征,片面夸大主观因素作用的倾向,也在一定程度上与理论上的混乱不无关系。由此可见,正确理解行为社会危害程度的属性与概念,不仅具有理论意义,也是正确指导刑事审判实践所不可缺少的。

像行为的社会危害性本身的属性一样,它的危害程度也属于客观范畴,具有客观的性质,如前所述,一切侵害社会主义社会关系的行为都是危害社会的行为。一切犯罪行为都是具有社会危害性,但并非一切具有社会危害性的行为都是犯罪,两者不能等同。刑法上的“社会危害性”是个客观概念,人为地排除了行为的主观诸因素,而仅仅取决于该行为是否对社会造成或可能造成侵害这一客观事实本身。由于行为所侵害的客体、侵害的方式和程度等不同,会产生不同的后果(可能的、现实的、物质的、非物质的)。这些不同的后果则标志着行为的社会危害程度。因而,衡量某一行为的社会危害程度所依据的,也仅仅应当是这一行为对社会造成或可能造成某种侵害这一事实本身,也就是实际侵害的程度。所以,决定行为社会危害程度的因素应当包括:由行为所侵害的客体、方式不同所决定的行为性质本身,行为的对象、手段,行为结果的有无、大小,行为距离结果的远近,行为发生的时间、地点、社会形势等。这些因素应当包含犯罪构成全部客观因素的总和。至于行为人本身的情况及其对于行为和结果所持的各种心理态度,以及行为后对待行为的态度,仅仅表明了行为人的主观情况。它可以成为实施犯罪行为的动因,也可以表明犯罪人被改造程度的难易。但它既不是行为,也不能与犯罪行为对社会造成的实际侵害程度等同,或形成某种必然的比例关系。因而不应包含在行为的社会危害程度这一概念之中,它是与行为的社会危害程度既有联系又有区别的主观概念。

将行为人的主观因素从社会危害程度的概念中分离出来,不仅可以使我们对“危害程度”这一概念的理解更加科学,使其同“危害性”这一概念统一起来,还便于我们在司法实践中明确区分主客观因素,正确估价这些因素在定罪、量刑中的不同作用。我们知道,任何一个犯罪都是人和行为的统一,主观和客观的统一。但是为了研究的方便,我们在分析任何一个具体犯罪的时候,却又必须人为地将主观和客观这两个有机地联系在一起、又互有区别的不同方面暂时分割开来,分别加以考察。如果说“社会危害性”这一概念可以概括行为的诸客观因素,那么对于行为人主观上所表现出来的反社会的诸因素,应当用主观危险性这一概念加以概括。

所谓主观危险性就是通过危害行为所反映出来的行为人本身的反社会性,也就是行为人继续危害社会的主观可能性。我们并不否认通过危害行为可以反映出行为人继续实施犯罪的可能性,以及这两种可能出现的犯罪行为的危害程度。因为犯罪行为正是犯罪人犯罪意志的外化,一个犯罪意志的强弱可以在犯罪行为