

刑法的实践面向

刘沛谔 著

西南政法大学
刑法学术文库

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

刑法的实践面向

刘沛涓
著

西南政法大学 刑法学术文库

 法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法的实践面向 / 刘沛涓著. —北京:法律出版社,
2014

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6431 - 4

I. ①刑… II. ①刘… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924.04



中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第102189号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/9.25 字数/225千

版本/2014年5月第1版

印次/2014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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6431 - 4

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西南政法大学刑法学术文库

编辑委员会

主 任： 梅传强

委 员：（按姓氏笔画排序）

王利荣 石经海 卢有学

朱建华 李永升 陈 伟

袁 林 高维俭

总 序

歌乐葱葱,嘉陵滔滔。当历史的车轮跨入2013年之际,伴随着中华人民共和国的铿锵脚步和西南政法大学的风雨征程,西南政法大学刑法学科走过了六十年的峥嵘岁月。六十年,对于一个人而言意味着花甲之年,但对一个学校和学科而言却正当壮年。在这个具有历史性意义的癸巳年,由西南政法大学刑法学科组办的“西南政法大学刑法学术文库”诞生了,我们以这种特殊的方式向走过的光辉岁月致敬,向即将迎来的全新征程启幕。

六十年一甲子,走过的是匆匆脚步,留住的是辉煌记忆。1953年,西南政法大学刑法学科由四川大学、重庆大学、云南大学、贵州大学等西南著名高校法律系的刑法学科合并组建。在六十年的发展历程中,以邓又天、董鑫、伍柳村、赵长青、高绍先、李培泽、朱启昌等为代表的老一辈学者,以陈忠林、邱兴隆等为代表的中年学者的辛勤耕耘、默默奉献,为本学科的发展奠定了坚实的基础。特别是改革开放以来,本学科取得了一个又一个骄人的成绩,1981年成为全国最早获得硕士学位授权的刑法学科之一,1995年被评为省部级重点学科,2001年成为我国西部地区唯一的刑法专业博士学位授权点。经过几代人的薪火相传和不懈努力,西南政法大学刑法学科已经成为具有雄厚学科基础和优良学术传统、在全国发挥重要影响并且具有

一定国际知名度的省部级重点学科。

本学科历来注重学术著作的产出,在过去十年间,曾以“西南刑事法与毒品犯罪研究文库”、“西南毒品问题研究文库”等为丛书名,出版发行了一系列的著作,展示了西南政法大学刑法学人的良好形象。但是,由于原有丛书中的每部著作分属于不同出版社出版,每本著作在版式、体例、风格等方面并不完全统一,在一定程度上影响了丛书所应具有的社会价值。2013年年初,为大力加强学科建设,承蒙法律出版社的盛情支持,西南政法大学刑法学科决定积极整合学科力量,将本学科拟出版的优秀著作纳入“西南政法大学刑法学术文库”(以下简称“文库”),以学术文库的形式公开出版发行。“文库”将延续“西南刑法与毒品犯罪研究系列”丛书的基本精神,秉承思想交流与学术创新的基本宗旨,着力打造学术精品,展示西南政法大学刑法学人形象,献礼中国刑法学术发展。

科学研究与人才培养是学科建设的两翼。西南政法大学刑法学科具有数量规模庞大、年龄结构合理、学历水平优化、学缘结构合理的学科团队,他们积极投身于教学科研任务一线,近年来在科研项目立项、学术论文发表、科研成果获奖等方面成绩斐然,在科学研究方面取得了优异的成绩。此外,本学科在大力加强科学研究的同时,也着力于人才培养。自2001年获得博士学位授权点以来,本学科已培养了近百名博士,他们活跃在法学理论和司法实务的各个领域,他们所取得的成绩在一定意义上也是本学科所取得的成绩。为此,“文库”将立足本学科,主要出版本学科教学科研人员的优秀著作;同时,“文库”也将选择本学科培养且已经毕业的部分博士的学位论文或其他优秀学术著作出版。为了发挥“文库”的学术价值和社会效应,体现学术丛书的性质,“文库”将采取不定期常年出版的形式,对

于拟出版的著作由“文库”编辑委员会审定后出版,力争将“文库”打造成为规模较大、质量上乘、影响广泛的学术精品。

“人能弘道,非道弘人。”法治之路是中国这个古老的东方大国在饱经沧桑之后作出的选择,时至今日,法治中国已经成为法律人矢志不渝的共同追求。诚然,法治之路不会一马平川,甚或还会荆棘塞途。但是,涓涓细流,汇聚成潮,只要每一个人都用心去尽一份力,梦想终会成真。回顾改革开放30余年的发展历程,从很多领域无法可依到中国特色社会主义法律体系已经建成,法治从艰难起步到健步前行。这份成绩的得来,凝聚着包括法律人在内的无数国人多年的追求和心血,其中,不乏法学理论界的鼓与呼。

时光荏苒,三十年前乃至二十年前学术著作匮乏的情形已经不复存在。在这样一个“知识爆炸”的时代,也许每天都有新的著作出版,也许每天都有新的观点出现,也许每天都有无数人在研究同一个问题,但这一切并不会抹杀理论研究的意义,更不会否定法学理论研究对中国法治实践的意义。事实上,对于当下中国而言,法治实践对法学理论的呼唤不是削弱而是加强了,处于深刻转型和社会变迁进程中的中国,有太多的现实问题需要理论关注与研究,这是法学理论界无可推卸的责任,也是每一个法学理论工作者应有的社会担当。我们不奢望“文库”成为夜幕下的灯塔,而更愿其作浩瀚苍穹中一颗繁星,用朴实无华的光芒照耀行进中的中国法治。因此,“文库”的出版将呈现每一位作者对当下中国刑法理论与实践问题的关注和思考,为学术交流搭建一个有益的平台,用文字和思考为中国法治发展献出自己的绵薄之力。

得益于六十年的学术积淀,西南政法大学刑法学科历史厚重、师资雄厚、门类齐全、基础良好,积极加强和推进学科建设具有良好的

基础。但是,我们深知,在新的历史条件下,本学科的发展面临着诸多新的挑战与机遇,加强学科建设刻不容缓。我们期待着“文库”的出版发行能够为国内外同行了解和认识本学科提供一个窗口,也期待着国内外同行能够以“文库”为平台加强与本学科的沟通交流,国内外同行和广大读者的真知灼见将是我们进一步加强学科建设的重要力量。

学术的生命在于争鸣,思想的火花源于碰撞。我们热切期盼学界同仁以及广大法律工作者为本丛书建言献策,努力推动丛书的发展完善,共同守护我们的精神家园,共同促进共和国法治事业的健步前行。

西南政法大学刑法学术文库编辑委员会
2013年5月

另一种教师(代序)

我所熟悉的法科大学,看待课余兼职做律师的教师,一向不那么正面。盖这些脚踏两只船的人,因忙碌于校内校外事,难免顾此失彼,对教学科研多有怠慢。即使他们分身有术,把分内事做得与别人一样出色,却也因时间局促,无暇在流行的评价体系中,满足校方更大的期待。或在这样的眼光下,他们之于大学,即使不算叛逆,也多半是另类。

是故,当沛涓决意成为校园里的“另类”时,我表达了某种忧虑,担心他就此走上“歧途”,断送了锦绣前程。现在看来,这样的忧与虑,未必多余。几年的时光,他染指了众多的大案要案,却放缓了在校内争一流的步伐,一如当年的我,在抓得鱼儿的同时,也在失去熊掌。

此番,沛涓奉上他的新作——《刑法的实践面向》,嘱我为序,我猜想这只迷路的羔羊,已然有了乡愁,校园的那片月光太迷人,他或许会踏上归途。然读罢全书,看到的却是一副我行我素的姿态,这只倔犟的羔羊,似乎要一意孤行了。

作者试图表达的,是刑法由刻板而及灵动的突围,当然首先是困于书斋的教授向实践的突围,至少他自己这样做了。惜乎这样的突

围,素为学术精英所不屑,他们宁可穿越在故纸堆里,与贝卡利亚、边沁、龙勃罗梭者流较劲,翻来覆去把玩学理的魔方,在各种学说的迷宫中寻求创想,而无意浸润于光怪陆离的实务之河,去触碰刑法涌动的生命。也正是在这种迷恋“阳春白雪”的语境中,刑法的研究显得玄而高深,刑法的教育则日趋概念化,受教于斯的法科学子,怀揣着靠“沙盘推演”获得的知识,投身纷繁复杂的刑事实务,被碰得鼻青脸肿者,实在不是少数。

毋庸讳言,在作者一面,即使贵为法学博士,也遭遇过类似的尴尬。已然满腹经纶的他,可以把刑法讲得通透脱俗,贯穿其中的案例,也颇有些鬼斧神工的高妙,不难想见,这样的帅哥才俊,学生自然是喜欢的。然而,校内的精彩,未必可以想当然地立竿见影于校外,学生喜欢的教授,不一定是当事人青睐的律师,盖实务中的案子,未必如我们熟悉的教学案例,仅仅靠“确定的”事实去推论结果,情况可能正相反,实例中的所谓“事实”,常常是扑朔迷离的,甚至是模棱两可的,欲将这种似是而非的“事实”过滤为法律所认可的事实,必先借助于证据的运用,有时也需要借助于其他学科的知识来完成必要的界定,唯在此基础上,才能研究具体事实(行为)与具体个罪能否对号入座的问题,而这个过程,仅凭单纯的刑法知识是无法胜任的。作者初涉刑事实务时所遭遇的尴尬,可能与之相关,所幸他有定力,没把自己的斯文太当回事,遂有今天的经验之谈。

事实上,作者眼里所谓“生动、具象的案件”,不过是实务中真实的案件,它至少包含着我们惯常所见的“刑法案例”和“刑诉法案例”。换句话说,后两种案例不仅脱胎于真实的案件,更是从真实案件庞杂的素材中刻意剥离出来的局部镜像。以故意杀人案为例,刑法案例通常作如下表述:甲向乙开枪,乙应声倒地,甲逃离。嗣后,受

伤的乙被路过此地的丙投入河中溺水死亡。就同一案件,可能抽离的刑诉法案例则另有侧重:就乙所受枪伤,目击证人丁指认系甲所为,但甲矢口否认,侦查人员在案发现场提取了甲的脚印,但未能找到涉案枪支。显而易见,前一案例试图探讨的,是实体法层面的因果关系和故意犯罪的形态;后一案例的旨趣所在,则是程序法范畴的证明标准,借助这些“片段、散碎的”素材,已经足以阐明局部的专业问题。于教学或科研而言,此等高度浓缩的案例可谓“简约而不简单”,倘将这种“片段、散碎的”素材易为“生动、具象的案件”,则不仅显得多余,而且会导致学科话题的紊乱,亦很难为既定的教学课时所承载。可见,所谓“全景敞视”的刑法教学与科研,似乎不大可能单凭改造“传统的刑法理论研究路径与刑法实务教学模式”而功成。

如此看来,传统刑法教学与科研中对案例的碎片式运用,有其存在的合理性。至于,精通刑法教育或科研的教授不会办案,受教于斯的学生在“生动、具象的案件”面前束手无策,其责不在传统刑法教育与科研的故步自封,而在于教授没有欲望走出校园,学生没有机会尝试“另一门课”。

何谓“另一门课”? 扼言之,就是教会学生办理刑事案件的课。它要达致的教学目标是,无论学生居于控、辩、审之任一方,均懂得在乱作一团的案件素材中,清理出己方所需,而后借助证据的甄别和运用,求得实体法层面的事实,进而完成罪与非罪、此罪与彼罪的界定。于此基础上,三方各依自己的诉讼角色,完成“模拟法庭”的演练。显而易见,这才应该是作者所言的“全景敞视”教学,不同的只是,它并非刑法教学的单向深化,而是刑法、刑诉法等诸学科的合纵流深。对学生而言,须在完成了刑法、刑诉法、法律文书、逻辑、司法会计等课程的系统学习之后,才能涉足这一课程。通俗地讲,如同练武之

人,在学完各种套路之后,方可尝试“实战技法”。

与此前已经见诸教学内容的“疑难案例分析”和“实习课”不同,“全景敞视”教学不仅贯通诸学科知识,更使学生能够获得系统、划一的实战训练。反观所谓“疑难”的案例,无非是单一学科既有案例的升级版,分析这样的案例,照样不会办案;而把学生送往司法实务部门“实习”,似乎很接近办案的真实场景,然,散落于各处“实习”的学生,受教的标准必定五花八门,而囿于种种原因,走马观花的,或干脆“走过场”的,也实在不是少数。如此,试图借此弥合教学与实务之间裂缝的想法,仍然是一厢情愿。

接下来的问题是,何人堪当“另一门课”的教师?其实,这个问题已然有了答案:那些本为教师,却频繁往来于课堂和法庭,并得以打通理论与实务“任督二脉”的人,一如刘沛谔们,正是此一职位的上佳人选。学校几乎是在无意之中,完成了另一种特殊人才的储备,那些曾经的“另类”,或会摇身一变,成为“另一种教师”,担当起“无缝教育”的大任。既然“法律的生命在于经验而非逻辑”,那么,就得以有经验的教师向学生传授“有生命的法律”。作为这种教学模式的先知先觉者,沛谔把他的感悟写成了书,这样的书,或可暂做“另一门课”的教材,至于今后,不妨以这门课程的参考书待之。

胡言乱语,是为序。

孙 渝

二〇一四年二月于重庆龙湖香樟林寓所

前 言

美国联邦最高法院原大法官奥利弗·温德尔·霍姆斯先生(1841—1935)作为公认的美国实用主义法学、社会法学和现实主义法学的奠基人,曾在其传世经典——《普通法》一书中针对法律形式主义趋向,提出“法律的生命在于经验而非逻辑”的著名论断。而在跨入新世纪第二个十年的中国大陆,经院式教学法仍大行其道,盘桓在法科院系的標檍之上,甚而被某些学人奉为圭臬,影响了一批又一批法科学生。“张三欲投毒杀人,把白糖当作了砒霜;甲开枪射击乙,误击中路人丙;李四报复社会,开车冲向广场上的人群……”诸如此类的案例,充斥于不同院校的法学课堂上,被众多教师经年累月地反复宣讲,此即经院式教学的生动景象,其误使法科学生认为刑事法治的真实图景就是某些“经典”案例不断地“穿越”、重演,其生命力绵延不绝,把握好此类案例,在各种法律职场就能无往不利。^{〔1〕}事实上,

〔1〕 近年来,台湾地区法律界出现了“恐龙学生”、“恐龙法官”之提法,这正是传统法律教化模式所训导出的法律人之真实写照。2010年9月,高雄地方法院法官庄佩君、王俊彦及杨国煜审理一名6岁女童被抱在被告大腿上性侵的案件,由于没有女童反抗的证据,轻判被告3年2个月的刑责,引起社会的惊愕和愤怒。舆论中开始出现“权大但反应迟钝”的“恐龙法官”称谓。随后并引发15万人连署要求开除法官,社会团体和民间更号召民众走上街头,用白玫瑰为象征,呼吁各界抵制“恐龙法官”。2011年1月5日,台湾“法官法”通过初审,增设“恐龙法官”退场机制。上述情况由参加2013年10月由西南政法大学主办的“第四届海峡两岸法学院院长论坛”的台湾高雄大学法学院院长张丽卿教授介绍。

历年的国家司法考试也显露并巩固着上述惯性,譬如,刑法所居的试卷二,其所涉及的刑法案例无一不是寥寥数语勾勒而成,即便是试卷四的主观刑法试题,亦不过是在题干的字数规模上作了一定扩充,命题思路仍一成不变。由此引发的问题是,我们仿若置身一间促狭的小屋,透过一扇窗窥测法治的星空,并以为所见即全景。实际上,如此只见树木、管中窥豹的视界所带来的学理思考和研究成果,必然是片段、散碎的。

法国著名学者米歇尔·福柯在其经典著述——《规训与惩罚》中深刻而全面地阐释了“全景敞视主义”理论。^{〔2〕}尽管福柯是在刑罚的语境中论及全景敞视主义的,与本书的论域尚无直接瓜葛,但这并不妨碍我们汲取全景敞视主义理论的某些元素,并对传统的刑法理论研究路径与刑法实务教学模式进行合理化改造。笔者认为,毋庸置疑,刑法学理研究与刑法实务教学应透过实证案例这一载体,但这种实证案例既不应是从生动、具象的案件事实中抽离出来的仅有寥寥片语的“死”的案例,因而使人忽略了“证据→事实”的动态演绎,忘却了作为刑法话语前提的案情已然是刑事诉讼法之证据规则运用的结果;也不应全是仅仅负载了刑法资讯的单一平台,因而使人误认为刑法是解决刑事案例的唯一话语体系,而应呈现出市场经济环境下刑事法律关系与价值规律、民商事法律关系、行政法律关系等交叉、耦合的真实图景;这种案例亦不应自降品格,仅仅满足于解决刑法个案问题,而应向上折射出刑事立法的理念与技术层面存在的各种问题,横向凸显出经济社会政策与刑事法治的价值冲突,并提出解决方案。为达致上述写作目的,我们唯有用心良苦地拣选源自真实的高品质案例,并将其置于如全景敞视监狱中的碉楼的位置,从各个角度、各个层面对其进行全方位、大纵深剖析,以尽可能地释放其

〔2〕 参见米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,生活·读书·新知三联书店1999年版。

学理价值和实务效用。由此,本书的撰写风格得以确立。在全部二十三个章节中,既有倾向于学理阐释性的文字,亦有以案说法、以案论理的篇章,既对刑法的问题浓墨重彩,亦有涉及刑事诉讼的片段。可以确定的是,本书的全部文字皆有感于真实的刑法世界,并致力于改变大家对刑法固有且根深蒂固的呆板、“out”印象。

目 录

前 言	(1)
-----------	-------

上编 刑法总论问题研究

第一章 刑法中的“兜底条款”与罪刑法定原则 ——从非法经营罪切入	(3)
第二章 刑法渊源中的规范冲突问题 ——以串通投标罪为视角	(16)
第三章 财产犯罪中的“民刑交叉”问题	(30)
第一节 概 述	(30)
第二节 诈骗犯罪中的“民刑交叉”问题	(32)
第三节 “债”与“民刑交叉”问题	(39)
第四章 正当防卫的判定规则探析	(48)
第五章 共犯疑难问题研究 ——利用影响力受贿罪与受贿罪共犯的界限	(56)
第六章 共犯疑难案例评析	(64)

第一节 故意伤害案	(64)
第二节 贿赂案	(66)
第七章 罪数形态理论在职务犯罪中的运用	(75)

下编 刑法分论问题研究

第八章 危险驾驶罪疑难问题研究	(93)
第九章 走私犯罪疑难问题研究	(106)
第十章 妨害对公司、企业的管理秩序罪疑难问题研究	(115)
第十一章 破坏金融管理秩序罪疑难问题研究	(128)
第十二章 虚开增值税专用发票罪疑难问题研究	(139)
第十三章 一个强迫交易罪的非典型案例辨析	(151)
第十四章 一个过失致人死亡的非典型案例探讨	(164)
第十五章 财产犯罪的实践认定	(179)
第一节 在室内盗卖他人财物的行为如何定性	(179)
第二节 职务侵占罪之“利用职务上的便利”	(184)
第十六章 一个聚众斗殴罪的代表性案例解析	(188)
第十七章 涉黑犯罪的实践认定	(196)
第十八章 运输毒品罪若干问题研究	(208)
第十九章 贪污犯罪的实践认定(一)	(217)
第二十章 贪污犯罪的实践认定(二)	(228)
第二十一章 贿赂犯罪的实践认定(一)	
——“利用职务上的便利”释义	(240)