

主编/于志刚

2005

《刑法问题与争鸣》
编委会

刑法问题
与争鸣



第一辑
2005年

中国方正出版社

2005 年 第一期

总第 11 期

刑法问题 与 争鸣

主编 于志刚

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法问题与争鸣·总第11辑/于志刚主编. —北京: 中国方正出版社, 2005. 3
ISBN 7—80107—579—X

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 086840 号

刑法问题与争鸣

(总第 11 辑)

于志刚 主编

责任编辑: 王相国 谢文华

责任校对: 张 蓉

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560933 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 63099854 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

责编 E-mail: XWH@fzpress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京京安印刷厂

开 本: 787×960 毫米 1/16

印 张: 24.5

字 数: 360 千字

版 次: 2005 年 3 月第 1 版 2005 年 3 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7—80107—579—X

定价: 35.50 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

卷首语

中国素有“重刑轻民”、“以刑为主”的法文化传统,因此自古以来刑法理论丰富深厚。建国后,新中国刑法体系逐步健全、完善,刑法理论研究随之蓬勃发展。特别是 20 世纪 80 年代以来,刑法学界“百花齐放,百家争鸣”,学界同仁携手共进,学术层次不断攀升,理论研究硕果累累,呈现一派繁荣景象:不仅研究视野日益拓展,而且引起争鸣的焦点、热点问题此起彼伏,从未间断。

时至今日,经过学界同仁数十年的共同努力,中国的刑法学研究繁荣兴旺、成就斐然:刑法学体系逐步健全和完善,学术积淀日益广博深厚,刑法理论研究层次不断提高,刑法观念转换日渐显著,研究视野继续拓展,研究方向和研究方法趋向科学,学术交流与国际合作方兴未艾,学科建设和研究资源配置日趋合理,学术梯队的建立与后备人才的培养步入正轨。

理论研究层次的提高和研究触角的深入,也带来了一些值得关注的问题:一方面,纯学理性的研究,可能基于现实意义不大而难以公开发表,尤其是涉及细节问题的大容量成篇幅的研究成果,更是如此;另一方面,在刑法学界名家辈出的情况下,“马太效应”更为明显,诸多刊物争相邀请和刊载已经进入良性循环的师长辈的文章墨宝,而作为“末学后进”的青年学者,只能悄悄地生存在学术的夹缝里,即使偶有思想火花,也只能束之高阁,或者变通形式,与名家合名而求得问世。

本由青年学人组创的《刑法问题与争鸣》步入转型期,愿意以解决上述问题为己任:不仅能够并且希望接受和刊载具有学术“加深”或者“创新”价值的大容量大篇幅文章,而且希望能够成为青年学人体现自己思维、刊登自己最新学术成果的首选刊物。

学术研究讲求厚积而薄发,愿有志于刑法学研究的青年同仁摒弃急躁情绪和急功近利思想,脚踏实地、一步一个脚印地为刑法学理论研究做出应有的贡献;同时,刑法理论的积淀与整体层次的提高,不是短时间能做到的,往往也不是一代人的事情;客观上更依赖于学术的延续。愿有志于刑法学研究的青年学人能够以“淡泊宁静”之心,长于思辨,填补诸多尚属空白的研究领域,做好属于年轻一代人应有的工作。

《刑法问题与争鸣》编辑部

稿 约

《刑法问题与争鸣》以鼓励刑法理论研究的“加深”性研究和“创新”性研究为己任，提倡“小题大作”型的深层次细致化研讨，注重研究结论的个性化和独创性，期望研究方法的更新和研究视野的拓展。

《刑法问题与争鸣》专门刊载涉及刑事实体法研究的最新成果，经常性栏目有：中国刑法、外国刑法、区际刑法、国际刑法、比较刑法、刑法制度史与学说史、司法解释合理性评判、司法实践笔谈、学术随笔、书评等。在文章的刊载选用上倾向于大篇幅大容量的学术成果，也不排斥体现个性化真知灼见的精辟短文。

《刑法问题与争鸣》以质取文，重于扶持青年学子，欢迎学者同仁及在司法实践中能够发现问题和解决问题的法官、检察官及时赐予优秀稿件。来稿请用 A4 纸打印清楚（并附软盘），并请使用规范性注释，本刊谢绝没有注释而具有剽窃可能性的文章，作者文责自负。提倡作者直接以电子邮件方式传送文章。

来稿请寄：

1. 打印稿请寄：

北京市西城区平安里西大街 41 号，中国方正出版社《刑法问题与争鸣》编委会

邮编：100813

2. 网络稿请寄：

yuzhigang9774@sina.com

yuzhigang6868@hotmail.com

中国方正出版社注释规范

为了统一书稿的排版格式，促进学术论文写作的规范化，整体提高中国方正出版社学术图书出版的质量，特制定此规范，敬请各位作者在投稿时参照执行。

一、注释原则

1. 注释以必要为限；
2. 注释所引用的文献应是已发表作品。引用未发表作品应征得相关权利人同意；
3. 注释应保持被引用话语的原貌，不得曲解原作观点。

二、具体注释规范

1. 注释为页下注，以便于读者查阅；
2. 正文中注号用阿拉伯数字加“○”标注于相关句子的右上角，通常应在相关标点之外。下注号亦为阿拉伯数字加“○”；
3. 注释的编号：以页为单位编号；
4. 注释所引用作品的基本格式：

①著作类：

一般著作：作者著（或主编、编）；《著作名称》（版次），出版者及出版年份、页码。

译著类：〔国别〕作者著（或主编、编），译者译：《著作名称》（版次），出版者及出版年份，页码。

台湾地区著作：作者（台）著（或主编、编）：《著作名称》（版次），出版者及出版年份，页码。

连续出版类著作：作者著（或主编、编）：《著作名称》（卷次），出版者及出版年份，页码。

文丛类著作：作者：《文章名》，载某某某主编（或编）：《文丛名称》，出版者及出版年份。

- ②期刊类：作者：《文章名》，载《期刊名》年份及期数；
- ③报纸类：作者：《文章名》，载《报纸名》某年某月某日第几版；
- ④网页类：作者：《文章名》，载网址某年某月某日。
5. 引用著作类图书时，如果著者或编（主编）者为三人或三人以上的，注释时仅注明第一著者或编（主编）者即可。其他著者或编（主编）者以“等”代之。
6. 转引作品时，应先注明原始作品之相关信息，再注明转引所据作品。具体格式如下：
- （原）作者著（或主编、编）：《（原）著作名称》，转引自作者著（或主编、编）：《著作名称》，出版者及出版年份和版次，页码；
- 或
- （原）作者：《（原）文章名称》，转引自作者：《文章名》，载《期刊名》年份及期数。等；
7. 英文注释应注意：
- ①为了使读者准确查阅，所引用外文作品中的作者名、参考文献的名称、出版社名称等一律不予翻译，应当使用英文原文；
- ②与文章、杂志、书一并出现时，表示卷（Volume/Vol.）、册（Issue）、章（Chapter/Ch.）、节（Paragraph/para.）、页码（page/p.）、注释（note/n.）等英文一律保留，无需译成中文；所跟表示序号的数字也一律使用阿拉伯数字。
- ③有时英文中的 Section 和 Paragraph 会分别用符号“§”、“¶”表示，也请一概保留。
8. 引用图表，应在图表下直接注明来源，不必另加注释，有特别说明的除外；
9. 直接引文的注释不加引领词“参见”等，间接引文的注释应加引领词“参见”；如果显示其他支持性作品，用“另参见”为引领词。对立性作品，则加说明性字句，如“不同的见解，参见”等。

目录

一、刑法基础理论研究.....(1)

刑罚的实质与刑罚人道主义.....孙万怀(3)

刑法效力范围体系的评价及其重构... 仝作俊(19)

“片面共犯”存在论.....滕锐彭江(36)

胁从犯定位之反思.....刘斌(52)

二、刑法各论热点问题研究.....(65)

在毒品犯罪中设立既遂后中止制度的
法理思考

——兼论毒品犯罪特殊的法益

内容与既遂标准.....高艳东(67)

刍议部分既遂部分未遂盗窃案件中

数额的认定与处理.....朱铁军(100)

赌博罪设立根据之质疑

——以刑法的谦抑性原则

为视角.....熊永明(112)

司法实践中“入户抢劫”问题的认定

——源于两起现实案例的

司法研讨.....周丰夏立彬(123)

三、比较刑法.....(133)

共同犯罪比较研究.....贾凌(135)

论刑法中的严格责任

——源于比较研究的理论借鉴

刑法问题与争鸣

编委会

胡 驰
于志刚
许发民
翟中东
魏 东
刘志远
周洪波
张炜可

一、刑法基础理论研究

刑法总论问题的研究，存在着两个倾向。一是，基于学科本身的特点进行的研究，有些深入，即具有加深或者创新价值，而就目前的现实情况来看，多数流于形式，浮于表面，为写作而写作，为发表而写作，或许作者对于自己的文章，也并非十分满意，而是基于各自不同的因素和考虑而进行研讨。二是，试图进行某些刑法思想的研究，以期高于刑法学科的研究，而反过来促进刑法本学科的发展。这些研究虽然少，但是时有出现，甚至某些情况下成为年度阅读论文时为之感触的亮点。数年前，有的刑法学者曾说，试图撰写一部论著，研究刑法而不在其内提到“刑法”二字，初听此言时，有些诧异，进而细想，真的自愧不如。愿此类学者越来越多，更愿此类尝试越来越多。

本期关于刑法基础理论研究的文章，包括了以上两种类型，文章本身可能存在不成熟之处，但是作为一种尝试，希望引起共鸣，并希望基于理论上的共鸣而促进相关专题的发展，这也是本刊的真正目的所在。

刑罚的实质与刑罚人道主义

孙万怀*

人类刑罚从远古走来，向未来奔去，经历了人类文明的积淀，不断地辞旧迎新，虽然还不能摆脱一些远古和陈旧的气息，但是注定是一个走向文明的过程，从某种程度上，走向文明的标志就是刑罚的人道主义。人类以没有法律为起点，经过原始习俗的洗礼，经过同态复仇的洗礼，看到了法制的曙光。经过肉刑和耻辱刑的洗礼，看到了人性的曙光，通过死刑的洗礼，看到了生命的高贵。通过几千年人类刑罚史的洗礼，我们真正明白了刑罚的含义，刑罚的人道主义精神成为人类刑法的精神寄托。刑罚的轻缓和社会进步同行，刑罚的文明和刑罚人道主义同道。随着人道刑罚时代的到来，报应刑的观念会变得越来越淡化，预防刑的观念越来越有效地规约和限定。社会的进步为治理犯罪、理解刑罚建构了新的舞台。

一、刑罚的基本理论及其实质

作为规范化的刑罚目的，是指已经在教科书或者理论中得到广泛赞同并且已经作为知识加以灌输的规范性的刑罚知识。这主要包括：刑罚目的概念被区分为广义和狭义两方面内容。广义的刑罚目的是国家制定、裁量、执行刑罚所追求的效果，就目前来看，作为通说，可以从近些年出版的刑法著作中得到证实。狭义的刑罚目的是指国家适

* 法学博士，华东政法学院副教授。

用刑罚的目的。对于刑罚目的的界定来源于对国家刑罚权的界定，这是作为一个国家刑罚体系的各个构成要素运行机制的基础。我国刑法学界普遍认为刑罚权是制刑权、求刑权、量刑权、行刑权的统一，认为国家的立法机关把那些具有严重社会危害性的行为规定为犯罪并配以刑罚（此为制刑权），当犯罪事实发生以后，由法定的机关将犯罪嫌疑人诉诸于审判机关追究其刑事责任（此为求刑权），审判机关在定罪的基础上，根据行为人刑事责任的大小，对其裁量刑罚（此为量刑权），之后交付法定的机关执行刑罚（此为行刑权），这是一种共识性的内容，属于规范性的知识。此外还有不同的观点，认为刑罚监督权同样不容忽视，即由法定的国家机关行使的，对求刑、量刑、行刑等刑事活动的监督权力，认为督刑权作为一种职能监督，是国家刑罚权现实和必要构成部分，符合权力监督和制约的基本理论，所以刑罚权是制刑权、求刑权、量刑权、行刑权、督刑权的有机统一体。

我们认为，上述观点尽管对于刑罚权的分类存在着一定的歧义，但只是形式上的，没有本质的不同，或者说无论是理论根基还是思维的方式，都是相同的，只不过是权限如何划分的问题，并没有能够清晰地说明刑罚权的实质。由于上述分歧不具有实质区别，一旦涉及到刑罚目的的实质，分歧便开始变得无足轻重了。譬如，认为所谓刑罚目的是国家制定、诉求、裁量、执行和监督刑罚所预期达到的理想效果。刑罚目的是贯穿于刑罚的制定、诉求、裁量、执行和监督的始终，而不是其中的一个或几个阶段。刑罚目的的后面隐藏着刑罚的阶级性。刑罚的制定、诉求、裁量、执行和监督是国家的统治阶级意志的体现，是国家的统治阶级以国家的名义制刑、求刑、量刑、行刑、执刑、督刑所希望取得的效果，其具有鲜明阶级性。

刑罚权的阶级性的问题，是一个特性历史条件下衍生的问题。阶级理论作为一种社会政治理论，其具有旺盛的生命力，但并不意味着阶级分析无所不在。阶级作为一个意识形态领域的概念曾经能够涵盖一切，包括涵盖法律尤其是刑法，这主要也是因为刑法的惩罚手段的特征所决定的。因此在特定历史时期内，反革命罪成为刑法中最为核心的罪名，被放置于十分显眼的位置。打击反革命就是刑法的锋芒体现。同样的道理，即使意识形态领域的观念开始淡化，但是并不意味着刑法的法律职能自然而然得到回归，刑法的锋芒仍然带有强烈的政

治性职能，即使外表披上了经济或社会安全的外衣。在这种环境和理论支撑下，人道思想被丢弃或者被遗忘在历史的角落。刑法从一个政治手段向法律方法的回归才是刑罚人道主义得到证明和弘扬的前提。刑法首先是一个法律，所以其只能是作为一种法律的职能在产生作用，如果将法律的职能过分扩充，将其作为统治的工具来加以使用，则必然将刑罚在超出其应然的领域之外进行使用，这就使得刑罚人道主义的严谨性受到破坏。其次，刑法是一个部门法，不能超出部门法的职能，希望通过刑法解决一切社会问题，更不能希望通过刑罚乃至重刑来解决犯罪的问题，寄希望于刑罚的解决至少是一种短视的眼光，其不可能起到根本效果，因为犯罪产生的原因是复杂的，对于犯罪行为的遏制也是一项复杂的社会工程，对于犯罪的矫治同样是一个复杂的社会工程，过分的寄希望于刑罚的惩戒，必将不断提升刑罚的力度，甚至产生恶性循环，刑罚的人道主义思想被削弱。

这里还有必要区分一些与刑罚有关的概念：

一是刑罚的本质，所谓刑罚本质是刑法固有的性质。我们认为刑罚的性质来源于刑法的性质。首先从刑罚的生成上来看，刑法是权力和权利之间约定的结果，具有限权的性质。其次是从程度上分析，刑罚具有严厉性。

二是刑法的功能，目前我国刑法学界一般认为刑罚功能包括对犯罪人的惩罚功能、改造功能、对社会的威慑功能、教育功能、鼓励功能、对被害人的安抚功能，是隐藏在刑罚现象背后的、相对稳定的只能靠抽象思维才能把握的内部联系。如同刑罚本身是客观的一样，刑罚功能本身也是客观的，不因为权力的主导和对于法律的曲解而改变。

三是刑罚目的。如果说刑法功能是客观的存在刑法内部，那么刑罚的目的实际上是权力对于功能的释放和示范，是功能在追加了权力的目的下的主观展现。刑罚生成的目的在于限权，刑罚适用的目的则表现为在法律机制之上国家权力追求的目的。这种目的带有权力本身的特征，但是存在着法制的制约和社会因素的制约，这些社会因素与今而言在刑罚中综合表达为人道主义的要求。加之法制的生成的人道主义标尺，无论是制定刑罚还是适用刑罚都别以刑罚人道主义的为底线和标准。

其次，作为国家权力的刑罚权和刑罚目的的关系如何界定，这也是不得不面对的问题。这里首先必须对于刑法的意义有一个深入的理解。规范的刑法理论认为，刑法是一个体现统治阶级利益的规定犯罪、刑事责任和刑罚的规范。这样的界定仍然是将刑法界定在与权力接合的部位。这是一种静态的或者说形式上看待刑法的观点，这种观点的结果必然将刑法定位于社会防卫的坐标点上，保护社会秩序和阶级统治永远是其出发点和归宿，刑罚的意义由此也被限制。在这样一种理论背景下，无法与刑法的人权保障建立链接。即使呼吁刑法具有人权保障职能仍然只是无本之木，难以获得理论支撑，即使可以在权力的角度对于人道主义进行解释，但是对于权力理性对待人道主义的原因仍然无法得到说明。所以对于刑法意义的深入理解是前提。

刑罚制度形式上是每一个具体历史点阵上自身创制的结果，但是这只是就具体化的成果而言，任何看得更远的眼光都必须是站在历史成果的肩膀之上。刑法的制定首先是继承，其次才是创新。这种继承包括制度的继承和观念的继承，而创新的结果就是被继承。我们从人类刑法和刑罚制度的继承和创新中可以清晰地理解刑法和刑罚的意义。作为刑罚制度的历史而言，福柯已经从系谱学的角度进行了描述，从最初的酷刑发展到现代的人道主义刑罚观，其直接成果就是刑罚制度的变迁和固定。其实质是权力不断的做出调整，尽管在福柯那里对于权力的动机界定不同，但是我们还是可以发现这是一个权力收缩（至少是某一方面的收缩）、人道主义推进和人权得到进一步弘扬的过程。放置于更为广阔的历史角度进行解析，这个意义更为明确。从没有法律直至产生法律，从深藏于府直至公布于众，从超越于法律直至罪刑法定，从大量死刑的存在到限制死刑甚至废除死刑，刑罚逐步的人道化的脉络十分清晰，而刑法、刑罚与权力的关系也开始显现，刑法、刑罚与人的权利保障的关系也开始显现。刑罚形式上是统治的工具，是制裁的手段，但是，从历史的发展来看，刑罚作为一种法律制度，作为权力和权利不断较量的结果，其为国家的刑罚权设定了一个基本的领域，而今这个领域已经越来越多的树立起了各种各样的藩篱，禁止或制约权力随意地使用权力，禁止对于公民基本权利的干涉和践踏。其中刑罚的人道主义既是一个指针，又是一道屏障。

从法治的过程区分刑罚权的权能，将其界定为国家制刑、求刑、

量刑、行刑或者诸如督刑等更多的权能，如果说这不是一种简单的划分，而是存在什么意义，那就是：看来刑罚权不是一种线性的权力，刑罚目的并非仅仅是一种惩罚、预防或者说惩罚+预防，并非那么简单。无论是求刑、量刑还是行刑，都是法律的适用过程，是在法律给定的前提下，权力运行的过程。而制刑的过程则不是法律适用的过程，而是法律的生成过程，而法律的生成过程与法律的实现过程是迥然不同的。现代法治的基本趋势就是立法权和司法权的分立，如果将其看作同样的刑罚权权能，其最大程度地体现了当代社会的权力制衡因素。首先刑罚的生成是一种权力和权利不断协调的结果。而求刑权、量刑权的运用，就是建立在法律给定的前提下，在法律允许的空间和轨道内进行运作。刑罚的人道主义原则是权力在制刑过程中妥协的结果，也是权力在用刑过程中的约束，国家确定刑罚的目的就是保障权力规范地执行刑罚规定和准绳。所以我们一般所说的刑罚目的仅仅是指对于犯罪分子适用刑罚的目的，也就是说属于刑罚权使用的目的，而不包括刑罚权生成的目的。如果依次上溯，则对于刑罚权的分类必将产生质疑。实际上，刑罚的生成与人道主义密切关联，刑罚的适用更是人道主义的实现和现实的过程。

二、从原始的报应思想解读报应理论

当前我国刑法理论在谈及刑罚目的的时候，不可能不对报应论进行论述，而对于报应论的论述基本上没有不引证康德和黑格尔的学说的，甚至使人产生这样的感觉，或许对于报应论没有或者没有兴趣进行思考，倒是对于经典人物的论述津津乐道，并将康德作为道义报应论的鼻祖。认为康德主张等量报应，他认为犯罪是违反人类理性与道德的行为。行为人基于自己的意志自由实施了犯罪行为，给社会造成了危害，这是违背道德的恶因，于是产生了道德责任的恶果。刑罚就是因犯罪而产生的由国家对犯罪人施加的以道义责任为依据的理性报应。康德主张“以眼还眼，以牙还牙”的报应。黑格尔是法律报应的鼻祖，他把唯心主义辩证法“否定之否定”规则适用到犯罪与刑罚上，以此说明他们之间的关系，他认为犯罪是对社会的一种恶，是对社会的否定，而刑罚是犯罪的一种恶，是对犯罪的否定，通过否定之否定，使被犯罪行为侵害的社会恢复到原来的状态。他认为对犯

罪人处以刑罚的依据是法律，因为法律是正义、理性的体现。黑格尔主张以质计算，非以量计算的“等价报应”。并且得出的观点是黑格尔的等质报应比康德的“等量报应”更为科学。但是我们完全可以对于哲学巨人的隽语从多极角度进行分析，譬如可以这样理解：如果允许一个人杀死另外一个人，则意味着杀人是合理行为，则杀人的人将无法自保，因此杀人意味着被杀，打落别人的牙齿意味着自己的牙齿被打落。

8

我们不知道传统的引证是否存在误读哲学巨人的偏差，但是报应论确实不是什么新奇、稀奇的东西这一点是毋庸置疑的。报应论作为人类社会根深蒂固的思维方式具有历史性，如果说得更为透彻，就是具有原始性。《圣经》“马太福音 5:38—42”记载，“你们曾经听说过这样的话，‘以眼还眼，以牙还牙’但是我告诉你们，不要对抗作恶之人，有人抽到你的右脸，把另外一半脸给他，有人想要告你，想要拿走你里面的衣服，那么让他把你的外衣也拿走，有人逼迫你走一里路，你就走两里路。有求你的，就给他，有向你借贷的，就给他。”^①从圣经中耶稣的教训我们可以看到，以眼还眼、以牙还牙的提法古已有之。在西方刑罚发展史上，报应主义的刑罚目的说可追溯到古希腊时期的哲学家毕达哥拉斯，他认为刑罚除了对犯罪的单纯报应外，别无其他目的。^②但是，有些观点认为，因为那时的刑罚报应说属于神意报应，因此而显得及其荒谬。对此我们必须仔细一分为二地加以看待。由于长期接受一定的教育观的结果，我们思维的角度往往缺乏历史主义的底蕴（尽管历史主义本身也应该从历史的角度加以看待），往往存在着认为现实的总是美好的前提，以此为基础，发掘一些历史中一些并不美好的资料或者说自认为并不美好的资料进行比较。说得更刻薄一点，不是比较而是衬托，这种比较除了证明现实的是合理的之外，没有任何的价值和意义。

从报应论的角度谈开，在我们谈及报应的时候同样也打上了这样的烙印，认为古代早期的报应论属于神意报应，又因为带有了神的印

① Holy Bible, “Matthew 5:38—42”, Watch Tower Bible and Tract Society of New York Inc. p. 1221.

② 杨春洗主编：《刑法基础论》，北京大学出版社 1999 年版，第 143—144 页。