



刑事法学研究

XINSHI FAXUE YANJIU

第六辑

主编 刘鹏



贵州大学出版社
Guizhou University Press



刑事法学研究

第六辑

XINGSHI FAXUE YANJIU

主 编 刘 鹏



贵州大学出版社
Guizhou University Press

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法学研究 . 第 6 辑 / 刘鹏主编 . -- 贵阳 : 贵州
大学出版社 , 2014.4

ISBN 978-7-81126-723-5

I . ① 刑… II . ① 刘… III . ① 刑法—法学—中国—文
集 IV . ① D924.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 200113 号

刑事法学研究 (第六辑)

主 编 : 刘 鹏

责任编辑 : 滕 芸

出版发行 : 贵州大学出版社

印 刷 : 贵阳快捷彩印有限公司

开 本 : 720 毫米 × 1000 毫米 1/16

印 张 : 18

字 数 : 290 千

版 次 : 2014 年 9 月 第 1 版

印 次 : 2014 年 9 月 第 1 次印刷

书 号 : ISBN 978-7-81126-723-5

定 价 : 58.00

版权所有 侵权必究

本书若出现印装质量问题,请与出版社联系调换
电话: 0851-5981027

《刑事法学研究》编委会

主 编：刘 鹏

副 主 编：彭剑鸣 刘 杰

编委会成员（以姓氏笔划为序）：

丁泽军 邓万飞 王 飞 王占洲 石佳宏

刘立超 刘 鹏 李运才 宋 强 陈孝平

陈 瑶 张 雯 罗必刚 徐永忠 贾兆玉

彭剑鸣 韩德毅 潘 弘 魏 红

目录

■ 刑法总论

克制还是能动：中国刑事司法的理念选择 / 彭剑鸣 / 3

颠覆与超越：从《惩罚的边界》到《边缘的权利》 / 胡月军 / 11

■ 刑法各论

对以危险方法危害公共安全罪的理解与适用 / 刘秀兰 / 17

论危害食品安全犯罪 / 郭玉萍 / 25

浅议我国人体器官犯罪的立法完善 / 苏翠萍 / 31

故意伤害胎儿之定性问题研究 / 杨芬 / 38

以合同为侵害对象的犯罪行为定性和量刑研究 / 何洁 / 48

析拒不支付劳动报酬罪中“劳动者”的范围 / 王占洲 林苇 / 54

关于伪证罪的几点法律思考 / 赵璐 / 67

论破坏自然资源罪 / 王伟 曾月 / 73

浅析“性贿赂”不应成为刑法的残缺 / 冯玉明 / 80

■ 刑事诉讼法

论民意对司法审判的监督 / 李立霞 / 89

和谐视野下的刑事司法理念 / 李金国 / 98

辩护律师的调查取证权探讨 / 冯明恩 / 103

海峡两岸侦查辩护制度比较研究 / 陈丽芳 / 110

公诉工作如何应对辩护制度的变化 / 任康廷 / 120

对我国刑事证据规则的一点思考 / 田应梅 / 127

浅析证人出庭作证的条件 / 王珂 / 133

从亲亲得相首匿到修订后的刑诉法中的证人资格问题研究 / 李二明 / 140

- 浅议新刑事诉讼法证人保障措施的细化实施和完善 / 王天子 / 147
- 新《刑事诉讼法》背景下鉴定人出庭作证制度的再完善 / 郑艳华 裴永林 / 154
- 侦查人员出庭作证制度刍议 / 何骧 陈在上 / 159
- 我国电子数据适用非法证据排除规则研究 / 王郭亦然 / 171
- 侦查讯问录音录像的法律属性以及诉讼运用问题分析 / 郭雅琼 / 179
- 浅论取保候审中存在的问题与完善 / 胡菲琪 / 187
- 浅议《折狱龟鉴》反映的侦查理念及其启示 / 李成梁 / 195
- 刑事诉讼人身检查制度与公民权利保障研究 / 王帆 / 204
- 论我国诱惑侦查制度的完善 / 方锰 / 211
- 苗族习惯法中的刑事和解 / 侯兴宇 / 226

■ 犯罪学

- 台江县苗族婚姻习俗与强奸罪冲突问题的调查与思考 / 陆敏 / 233
- 职务犯罪轻刑化原因分析及对策探索 / 赵丽 / 240

■ 刑事执法

- 刑事错案辨析 / 胡志宏 / 249
- 影响刑事执法公信力的原因及对策思考 / 刘汝宽 / 259
- 基层刑事执法规范化存在的问题及对策 / 廖志红 / 267
- 以许霆案模拟法庭为例论模拟法庭教学改革的作用与意义 / 吴昕亭 魏红 / 274
- 浅论交通事故碰瓷 / 余怡 / 280

■ 后记 / 286

>>> 刑法总论

克制还是能动：中国刑事司法的理念选择

——从王某、赵某的行为是否构成诈骗罪入手

□ 彭剑鸣

引言

2012年8月17日《华西都市报》发表了《为骗拆迁补偿 女婿与丈母娘闪婚闪离》的文章，通过文章的描述将案件事实还原为：宜宾市翠屏区政府为了建设临港经济开发区需要对翠屏区长江村黄金湾地块进行拆迁，拆迁政策为：对于被拆迁地块上的村民予以征地补偿，同时，为被拆迁地块的被拆迁人建立养老金账户，被拆迁人每月从养老金账户领取600元人民币作为失地的生活费用。2010年6月10日，在赵红的要求下，王江提出与妻子赵红离婚，2010年6月11日，王江与赵红之母77岁的李燕登记结婚，2010年9月28日，李燕作为“妻子”落户王江家户籍本上，2010年10月25日，王江和李燕办理了离婚手续，2010年12月16日，王江和赵红复婚。2011年，宜宾市翠屏区政府在征地拆迁补偿时，李燕作为“户籍人口”，共“算”到拆迁费、养老保险费141480元，另有房子折旧1.5万元。补偿费到位后，李燕获得价值5.1489万元的基本养老保险费，至2012年5月其领取养老保险费共4467.72元。王江、赵红两口子则把李燕“应得”的国家征地拆迁费9万元现金占为己有，另外获得房子折旧1.5万元。2012年2月15日，宜宾市翠屏区公安分局在办理赵场镇长江村部分村民涉嫌骗取征地赔偿款案中，发现王江、李燕以非法占有为目的，采取假结婚方式骗得国家征地补偿款105000元，遂案发。2012年8月16日，王江夫妇涉嫌诈骗国家征地拆迁费一案，在翠屏区法院开庭，

作者简介：彭剑鸣（1967-），男，汉族，贵州警官职业学院教授，法学博士。

两人认罪态度比较积极，法官宣布择日宣判^①。

一、中国刑法的犯罪判断理论标准

（一）实然中分歧的判断状态

1. 法律人的看法。本案的辩护人对被告人的行为做了无罪辩护，理由是虽然离婚、结婚的感情是假的，但是，所有的法律手续和行政管理的行为都是真实的，因此，不符合诈骗罪虚构事实骗取财物的诈骗罪的犯罪构成要件。文章叙述隐含的是，控方认为被告人的行为属于“假”离婚、“假”结婚，是以合法的形式掩盖非法的目的，故结婚、离婚的行为属于无效的民事行为，被告人具有通过该方式获取政府专项补贴的目的且最后实现了该目的，符合诈骗罪通过虚构事实骗取财物的全部构成要件，构成诈骗罪。

2. 非法律人的看法。该案在网络上引起了广泛的讨论，讨论可以归结为以下几种观点^②：（1）这是一种钻政策空子的行为。既然政策这样设定，王江和赵红的行为每一步都符合法律和政策的规定，尽管被告人因此而获得了利益，却并未违反法律的规定。（2）被告人的行为太过分了，已经超出了民众认识的底限。这种观点没有明确表示该行为构成犯罪，但是，该观点中关于被告人的行为超出了“底限”的认识无疑表达了该行为已经超出了人们的容忍“底限”。（3）被告人的行为在道德上应当予以严厉的谴责，但却不应当作为犯罪处理。

“所有成员间的普遍依赖（general interdependence），是大规模群体的特征。个人，作为大规模群体的一员，并不指望以自己的行动来影响其他成员的行为。”^③无论是法律人还是社会人，对于诸如本案行为性质的看法，要想在一个各自表达的语境之下达成共识基本上是不可能的，因此，本案看法的差异只是其世界观差异的表象。

① 张勇，为骗拆迁补偿 女婿与丈母娘闪婚闪离[EB/OL].<http://news.huaxi100.com/show-32-120538-1.html>，华西都市报，2012-8-17，访问时间：2014年1月4日。

② <http://t.qq.com/p/t/134132079234048#p=3&time=1345174505&mid=103384057046339&format=1>，《华西都市报》腾讯微博，访问时间：2014年1月4日。

③ [美]詹姆斯·M.布坎南，公共物品的需求与供给[M]，马珺，译，上海：上海人民出版社，2009：79。

（二）实然中分歧的判断标准

“相互竞争的世界观全部植根于社会。”^①认为王某和赵某有罪的观点源于刑法二元论的观点，而认为王某和赵某无罪的观点源于刑法一元论的观点。

1. 刑法一元论和刑法二元论的界分

判断一个行为构成犯罪与否，在刑法学理论上素有一元论和二元论的理论分歧。

刑法一元论的理论学说认为，刑法是二次法，它只能在一次法适用结束之后才能适用，而且，它只能适用于违反了一次法的行为。其更深层次的理由在于，刑法调整的行为应当是损害了法益的行为，而法益是由法律保护的利益，因此，必须有一次法保护的利益存在，否则就失去了二次法保护的对象，也就不可能存在刑法适用的前提。这一理论的核心在于限制刑罚权的滥用，制止刑法的盲动。

刑法二元论的理论学说认为，刑法依据自身的规范判断某一行为是否构成犯罪，而作为社会调整规范的其他法律规范则依据自身的规范确定一个行为是否构成违法，这两种规范之间是相互独立的。刑事法律规范更侧重于从实质上去考察一个行为是否对社会产生了危害，如果损害存在且已经达到了需要动用刑罚规制的程度，则该行为就可以依据刑法判断为犯罪并依予以相应的处罚。该学说更深层次的理由在于，刑法是一种底限法，对于那些触犯了人类生存基本底限的行为都应当予以否定性的评价，从而制止对人类既有成功规范的损害，以利于人类利益的最大化。如果任由某一行为对人类生存的基本底限进行挑战，那么，人类将逐渐走向无序。因此，刑法二元论的观点更多的是从社会防卫的角度出发对损害行为进行遏制。

2. 我国刑事司法中实然的刑法理论

我国刑事司法中采取的刑法理论是摇摆的，时而是二元论的观点，时而是一元论的观点。例如，对于重婚犯罪的解释就是二元论的观点。从《婚姻登记管理办法》颁布以来，我国对于该办法颁布之后，未进行婚姻登记而以夫妻名义共同生活的行为一律作为同居处理，并不认为当事

^① [美]彼得·伯格(Peter Ludwig Berger). 与社会学同游[M]. 何道宽, 译. 北京: 北京大学出版社, 2008: 70.

人之间存在婚姻关系。但是，在刑事法律上却认为当事人之间构成了事实婚姻关系，如果行为人又存在一个民事法的婚姻关系或者是另一个“事实婚姻关系”，则行为人构成重婚犯罪。但是，对于受贿犯罪的解释却是一元论的观点。例如，收受股份的，以收受时的交易价格计算，此时，就是典型的采取了民法上以财产转移时的价格作为判断依据的一元论的理论。然而，从一般情况而言，采取二元论理论的时候居多。而且采取二元论的理论在刑事司法实务中也屡屡反映出来。

二、犯罪本质——解决民刑交错案件的另一切入点

类似的案件在我国绝非少数，本文所讨论的案件只是其中的冰山一角，故寻找解决此类案件的一般规律（或称判断标准）才是当前的紧迫任务。“真正的科学理论不是呆滞的‘冥思苦索’的结果，也不是把一些假设中所包含的逻辑含义加以敷衍的结果，而是从事实（fact）出发又不断回到事实中的观察、推理和验证的产物。”^①司法是具有地域性的，不同地域的人们就法律规范达成的共识是司法的准则，因此，行为是否构成犯罪的最为根本的判断标准实际上只能是法律的规定，只有法律的规定才是全民就犯罪所应当具备的本质特征而达成的共识。由此而决定了判断的标准必须从法律规范的规定中寻找。

中国刑法第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。”该规定是关于犯罪行为成立与否的判断的总标准，行为是否成立为犯罪都应当从中去寻找依据。该标准中最为重要的表述是犯罪应当具备社会危害性、刑事违法性和刑事处罚的必要性三个基本特征。

（一）社会危害性的认识

英国刑法学家特纳认为，“犯罪一词最早出现于14世纪，从重罪一词原来的涵义中，能再精确不过地找到犯罪的涵义：其给人们的印象是某

^① [美] T·帕森斯，社会行动的结构[M]，张明德，夏遇南等，译，南京：译林出版社，2003：序言2。

种不名誉、邪恶或卑鄙的东西。”^①那么，被告人的行为是否足够“不名誉、邪恶或卑鄙”呢？显然，只要不带有偏见，本案被告人的行为肯定是不名誉和卑鄙的，至少已经让相当一部分公众感到自己的底限受到了挑战。但是，我们也应当清楚地看到，无论是“不名誉”“邪恶”还是“卑鄙”，本身都具有强烈的主观色彩，甚至可以说是“仁者见仁智者见智”，美国法官约翰·马歇尔·哈伦在 *Paul Robert Cohen V. California* 案件中指出：“一个人的粗话却可能是另一个人的抒情诗。”^②它比较精辟地阐释了特纳所提出的犯罪应当具有的“不名誉、邪恶或卑鄙”涵义可能面临的质疑。之于本案所涉及到的侵犯财产权的损害特征而言，似乎公有财产的支出因被告人的行为而增加了，但是，这种增加似乎是从婚姻关系的稳定角度出发的，至少没有虑及即使是在准备拆迁的过程中也会出现婚姻关系变动的状态，如果对于婚姻关系的变动并不持异议，那么，因婚姻关系的变动而多支出财产就成为一种可以接受的事实。就本案而言，人们不能接受的似乎是赵红之母身份的不断转换和因此而带来的伦理上的困惑，以及由此可能打开的潘多拉魔盒。

（二）刑事违法性

刑事违法性是刑法一元论和刑法二元论分歧的分水岭。“社会理论始于——并且拥有一种对象，只是因为——这样一种发现，即人类社会存在着种种有序的结构，但他们是许多人的行动的产物，而不是人之设计的结果。”^③从学科系统的角度出发对两种理论的讨论之于应然的刑法立场或许是有益的，但是，在刑法将犯罪应当具备的基本特征规定出来之后，对于刑事违法性的解释就已经成为法官从事社会管理的职责，法官追求的差异导致了其对刑事违法性理解的立场不同。因此，无论是一元论还是二元论，都只会成为一种理想而不是一成不变的立场。之于中国而言，“在实践中，法律习惯的重要性甚至比那些最关注其影响的人所宣称的还要大。实际上，司法过程的典型体貌不是程序法赋予的，而是那些实施它的

① [英] 安塞尔·特纳. 肯尼刑法原理 [M]. 北京: 华夏出版社, 1989: 1-2.

② [美] 安东尼·刘易斯. 言论的边界——美国宪法第一修正案简史 [M]. 徐爽, 译. 北京: 法律出版社, 2010: 127.

③ [英] 弗里德利希·冯·哈耶克. 法律、立法与自由. (第一卷) [M]. 邓正来等, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2000: 56.

人的心灵习惯赋予的。成文法只是框架；它的形貌，连同色调和明暗度，是由习惯和常例（usages）构成的。”^①基于对社会秩序的控制，担心在社会转型时期可能出现的剧烈社会动荡，以及中国社会管理系统中核心价值的丧失，二元论总是能够得到实际管理者的青睐，而一元论则总是能够获得理想主义者的赞同。就本案而言，这一特征对于被告人行为是否构成犯罪的判断并不能提供明确的指针。

（三）刑事可罚性

刑事处罚的必要性要求行为已经经过其他法律的评价而不能禁止该类行为的发生。它实际上是要求从法律系统的角度出发，由一次法对需要控制的行为进行否定性的评价，仍然不足以防止需要控制行为的发生；或者是行为严重损害了社会公众的权利，致社会公众的权利处于巨大的威胁之中，也可以因这种威胁的巨大而直接考量该行为是一种需要运用刑罚处罚的行为。就本案而言，涉及的仅仅是一种财产权利，需要处罚的急迫性并没有到直接运用刑法处罚的程度。

再则，对于刑事处罚的使用而言，似乎还涉及到刑事处罚适用的可能性。“社会其实是相互勾连的，对一种权利的任何重新界定都可能牵动整个权利结构和布局的改变。”^②对于刑法而言，如果其适用时涉及的对象已经形成了一定群体，而对该群体的处理不仅不会使社会处于一种有序的状态而是可能导致社会的尖锐对立时，刑罚适用的基础就不存在。当然，群体行为已经威胁到一个国家的国体和政体时例外，因为需要处罚的行为本身就足以导致社会的分裂，对其适用刑罚就成为一种不得不选择的措施。

从犯罪的本质入手也许是界分刑民交叉案件的另一条路径。

三、刑法司法——能动还是克制

对于具体案件的处理及其路径的选择，都只是技术路径，在法律人经过严格培训之后仍然出现具体案件处理上的巨大差异，实际上是司法理念上的纷争。

① [意]皮罗·克拉玛德雷：程序与民主[M]，翟小波等，译，北京：高等教育出版社，2005：9。

② 苏力：道路通向城市——转型中国的法治[M]，北京：法律出版社，2004：127。

（一）应然的刑事司法

“社会控制……指的是，社会迫使桀骜不驯的人回归既定轨道的各种手段。”^①由此可见，对于社会秩序控制的价值追求是各种控制手段的综合运用而不是某一个手段的单打独斗。因此，为了抑制刑法的过度适用而带来的消极后果和社会关系的极度紧张，要求刑事司法采取克制主义，以便于充分发挥其他法律规范社会控制的功能。

（二）实然的刑事司法

从历史性的角度出发，中国的司法机关在社会秩序的控制中承担了巨大的责任，因为“中国人的精神，……它是一种心态，或者用诗人的语言说，是一种平静而受到庇佑的心态。”^②正是因为每一个中国人都希望受到庇佑，从而使其作为社会活动主体的积极性受到严重的抑制，“在中国，相互猜疑就像这个民族一样悠久。……而人民同其统治者的关系，实际上是孩子同一个继父之间的关系。”^③因此，社会活动中的任何的不公都会成为公众攻讦管理者的理据，而管理者也确实对这些攻讦予以高度的重视，从而强化了管理者自己追求秩序控制的责任，似乎唯此方能证实自己的负责与公允。“角色是对典型期待的典型回应。”^④司法机关在社会管理中从事刑事司法的取向就当然演变为了能动主义。当然，在能动主义的主流中，经常会出现司法克制主义的插曲，例如，对于收购村民的自建房地集中开发并出售的行为，最高人民法院在解释中称应当通过非刑事司法的途径解决。

（三）刑事政策——能动还是克制的内核

“关于人的科学是其他科学的唯一牢固的基础，而我们对这个科学本身所能给予的唯一牢固的基础，又必须建立在经验和观察之上。”^⑤通过观察可以发现，中国的刑事司法在司法能动主义和司法克制主义的立场

① [美]彼得·伯格，与社会学同游[M]，何道宽，译，北京：北京大学出版社，2008：76。

② 辜鸿铭，中国人的精神[M]，李晨曦，译，上海：上海三联书店，2010：45。

③ [美]雅瑟·亨·史密斯，中国人的性格[M]，李明良，译，西安：陕西师范大学出版社，2010：190-193。

④ [美]彼得·伯格，与社会学同游[M]，何道宽，译，北京：北京大学出版社，2008：104。

⑤ [英]休谟，人性论（上册）[M]，关文运，译，郑之骧，校，北京：商务印书馆，1980：8。

上实际上是摇摆不定的，其深层次的原因是刑事政策在其中起到了重要的作用。“刑事政策的思想归结为：自由、平等和权威就决定了犯罪现象界定的紧与松，宽与窄，决定了社会整体对犯罪现象反应的性质与强度。”^①或许正是由于中国在社会转型的时期，对于自由、平等、权威三重价值的平衡点一直都处于追寻之中，以至于刑事司法总是在能动和克制之间摇摆。

四、结语

或许，中国刑事司法的价值取向在中国社会逐步走向成熟的过程中将逐步确立。

^① [法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂，刑事政策的主要体系[M]，卢建平，译，北京：法律出版社，2000：38.

颠覆与超越： 从《惩罚的边界》到《边缘的权利》*

□ 胡月军

12 年从警经历，供职于北京师范大学刑事法律科学研究院、中国人民大学性社会学研究所的刑法学博士、社会学博士后赵军，在其代表作之一《惩罚的边界：卖淫刑事政策实证研究》（中国法制出版社，2007 年版）之后，选定了“女性性工作者被害问题”作为研究课题。这一次，他历时 32 个月，在两个相隔千里的考察点，深入访谈了 100 多名警察，30 多名法官、检察官、律师，50 多名老板、“妈咪”、被害小姐和其他人员，收集了 70 多件以“小姐”为侵害对象的案例，还亲自上演“科研无间道”——以入圈式参与观察的方式考察了警察查处卖淫类案件的实际过程。正如北京大学法学院储槐植教授称赞的：尤其难能可贵的，是他对 384 名女性性工作者所做的问卷调查。一名自筹经费展开研究的年轻学者，在没有任何官方机构支持的情况下，要单枪匹马地完成近乎四百份以地下群体为对象，以隐秘问题为内容的问卷发放与回收，是何等艰难。

艰难困苦最算是过去了，苦尽甘来，《边缘的权利——女性性工作者被害问题经验研究》于 2011 年 6 月在中国法制出版社面世，成为《惩罚的边界》的姐妹篇。可以说，《边缘的权利》既是《惩罚的边界》的姐妹篇，又是对《惩罚的边界》的超越与颠覆。

在《惩罚的边界：卖淫刑事政策实证研究》中，作者在“导语”部分明确指出：卖淫是世界上最古老的职业之一，有关卖淫问题的争论已延续了两千余年。当今世界，对卖淫和淫媒持禁止论、管制论或废除论立场

* 本文受“贵州省中国特色社会主义理论研究中心贵州省社会科学院研究基地”资助。

作者简介：胡月军（1983—），男，贵州省社会科学院法律所助理研究员，云南大学法学院博士生。