

刑 事 法 学 探 索 系 列

总主编 邸瑛琪

刑事法律前沿问题研究

王玉杰 王立志 褚耿芳 著

河南人民出版社

刑 事 法 学 探 索 系 列

总主编 邸瑛琪

刑事法律前沿问题研究

王玉杰 王立志 褚耿芳 著

河南人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法律前沿问题研究/王玉杰,王立志,褚耿芳著.
郑州:河南人民出版社,2009.2
(刑事法学探索系列)
ISBN 978-7-215-06649-6

I. 刑… II. ①王…②王… ③褚… III. 刑法-研究
IV. D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 148659 号

河南人民出版社出版发行

(地址:郑州市经五路 66 号 邮政编码:450002 电话:65723341)

新华书店经销 郑州市毛庄印刷厂印刷

开本 680 毫米×960 毫米 1/16 印张 23.75

字数 400 千字

2009 年 2 月第 1 版 2009 年 2 月第 1 次印刷

定价:48.00 元

前 言

刑法是为保护人类生活利益而规范人们行为举止之法律规范,其过程则透过学理研究及实务实践予以落实。中国刑法,自清末修律以来,自身发展方向始终变动不居。民国期间曾继受欧陆法制,但自1949年后又转投苏俄刑法怀抱。然晚近又随国门之开放,先后在大陆刑法及英美刑法中左右顾盼。敬慕于欧陆刑法的体系严密,苏俄刑法的结构庄整,英美刑法的活便实用,中国刑法可以博采众长,吸融兼并而使自身呈现出丰富多彩的姿相。然旧传统的勾连眷顾,新生活的贴近入时,大人心的斑驳杂乱,小事态的惊异多变使得刑法在面对突如其来、无法事先预料的现实面前总是力不从心。

因此,在刑法之传承与变革不断进行下,应如何解释与适用刑法,以因应社会现状,则至为重要。职是之故,本书作者针对诸如牵涉刑法法律更变之刑法修正案问题、域外比较法问题、刑事政策问题、刑法哲学问题、犯罪学问题给予悉心关注并对之展开细致研究。

河南省政法管理干部学院刑事法学系成立于2003年6月。其前身法律系。现有刑法教研室、刑事诉讼法教研室、犯罪学教研室。分别承担刑法学、刑法理论与实务、刑事诉讼法、证据学、犯罪学的教学任务。刑法学是河南省政法管理干部学院的三个重点学科之一。刑事法学系坚持以教学为中心,鼓励教师参与科研和实践。几年来,全系教师在全国各级学术刊物上发表论文百余篇;主持、参与国家、省部及厅级科研项目四十余项;主编、编著各类教材、专著20余部;参与省内外重大刑事案件辩护数百起;为省高级法院、省检察院等司法部门论证案例数百起,在河南省法学界有较高的声誉,锻炼出了一批既具有深厚理论功底、又具有实践经验的教师。刑事法学系

强调采用案例讨论、模拟法庭、专题辩论、参与实际案例旁听等教学手段;全面推进素质教育,2008 年被河南省教育厅评为河南省高等教学省级优秀教学团队。

本书是河南省政法管理干部学院刑事法学系刑法文库中的一部刑法学专著,也是为满足河南省高等教学省级优秀教学团队的科研任务要求而组织撰写的。今后,河南省政法管理干部学院刑事法学系将继续推出其他刑法学专著,从而为繁荣我省乃至我国刑事法学研究作出自己的贡献。

王玉杰

2008 年 8 月于郑州静雅斋

目 录

前 言	1
-----------	---

上篇 刑法总论专题研究

第一章 刑事和解专题

——和谐社会语境下的刑事和解制度	3
------------------------	---

第一节 刑事和解概说	5
第二节 现行刑事司法追诉机制的弊端	24
第三节 和谐社会思想对解决当前犯罪问题的指导意义	28
第四节 和谐社会呼唤刑事和解制度	30
第五节 刑事和解制度构建中的基本原则	38
第六节 刑事和解制度在和谐社会建设中的具体构建	44

第二章 刑法哲学专题

——开放的刑法及其路径	51
-------------------	----

第一节 “开放性”命题的引入	52
第二节 刑法开放性的必要性:刑法和犯罪之间的结构性矛盾	57
第三节 中国刑法开放性现状及其存在的问题	61
第四节 开放性刑法的途径之一:客观解释论之提倡	68
第五节 开放性刑法的路径之二:开放的刑事政策观之提倡	75

第三章 刑法文化专题

——法律移植与中国法治国刑法文化	80
第一节 法律文化传播与中国刑法发展	80
第二节 法律移植与中国刑法发展	90
第三节 中国法治国刑法文化之确立	127

第四章 刑事政策专题

——刑事政策若干问题研究	140
第一节 唐朝刑事政策研究	140
第二节 刑讯逼供刑事政策之历史变迁	149

第五章 犯罪形态专题

——轮奸犯罪中的未遂形态	174
第一节 轮奸犯罪的特征	174
第二节 轮奸是否存在未遂的犯罪未完成形态	177
第三节 轮奸案中一人既遂后其他人能否成立未遂	179
第四节 轮奸既遂后对其他人未能完成奸淫者的刑罚裁量	183

第六章 单位犯罪专题

——单位犯罪主体论	186
第一节 单位犯罪的立法背景	186
第二节 单位犯罪所面临的困境	187
第三节 罚金对惩罚单位犯罪之不足	192
第四节 我国传统法律思想视野下之单位犯罪观	194

中篇 刑法分论专题研究

第七章 刑法修正案专题

——非法鉴定胎儿性别不入罪之缘由	199
第一节 非法鉴定胎儿不入罪之刑法操作缘由	200

第二节	非法鉴定胎儿不入罪之刑法谦抑缘由·····	207
第三节	非法鉴定胎儿行为不入罪之刑法信仰缘由·····	216
第四节	非法鉴定胎儿性别不入罪之启示·····	225

第八章 女性犯罪专题

——城市化进程中女性犯罪问题研究	237
第一节 概述	237
第二节 女性犯罪的含义及现状	239
第三节 女性犯罪的特点	240
第四节 女性犯罪的原因	248
第五节 目前我国女性犯罪的主要类型	260
第六节 城市化进程中预防和控制女性犯罪对策	268

下篇 域外刑法专题研究

第九章 域外监狱法专题

——在加州纠正与归复部门服刑的精神病囚犯	277
第一节 在加州矫正与归复部门服刑的精神病囚犯所面临的困境	277
第二节 精神病罪犯入狱阶段所存在的问题	281
第三节 精神病罪犯服刑阶段所存在的问题	284
第四节 精神病罪犯出狱阶段所存在的问题	291
第五节 解决上述问题的相关政策	299

第十章 比较法专题····· 309

第一节	反商业贿赂犯罪比较研究·····	309
第二节	不能犯比较研究·····	342
第三节	中外罚金刑比较研究·····	351

主要参考资料	361
--------------	-----

后 记	372
-----------	-----

上 篇

刑法总论专题研究

第一章

刑事和解专题

——和谐社会语境下的刑事和解制度

“和谐”反映的是事物在其发展过程中表现出来的协调、完整和合乎规律的存在状态。和谐社会——就是社会结构中的各个部分、各种要素处于一种相互协调的状态^①。社会主义和谐社会是一个全新的概念,具有十分丰富的内涵。根据我国现阶段的客观实际,我们所要建设的社会主义和谐社会,应当是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。在构建社会主义和谐社会的过程中,应着力促进四个方面的和谐:人与自然的和谐;经济社会发展的和谐;利益关系的和谐;人际关系的和谐。构建和谐社会,关系到最广大人民的根本利益;关系到巩固党执政的社会基础,实现党执政的历史任务;关系到全面建设小康社会的全局;关系到党的事业兴旺发达和国家的长治久安。构建社会主义和谐社会,意义特别重大。因此,我们国家及时调整了发展战略,已经迈开构建社会主义和谐社会伟大征程的第一步。

我们应当清楚地认识到,“社会和谐是中国特色社会主义的本质属性……更加积极主动地正视矛盾、化解矛盾,最大限度地增加和谐因素,最大限度地减少不和谐因素,不断促进社会和谐”^②。而构建和谐社会的过程是

① 朱步楼:《努力推进和谐社会建设》,载《人民日报》2005-06-29(9)。

② 《中共十六届六中全会在京举行》,载《人民日报》2006-10-12(1)。

一个不断化解矛盾,最大限度增加和谐因素,最大限度减少不和谐因素的过程。犯罪作为社会矛盾最突出的表现形式,对和谐社会而言是一种相对消极的存在。刑事法是国家应对犯罪而制造的拳头性主打产品(而非专利产品),因此其无论是作为一种法律制度或是作为一种公共政策^①,都能够在构建和谐社会中发挥重要作用。“刑事政策和刑事法律作为控制犯罪系统的组成要素,其拟定是否反映了现实的犯罪情况,所界定的调控范围和调控方法是否适当,只能以其实施的具体效果,也即为对犯罪现象的干预是否有效及其这种效果的性质和范围作为评价的依据。”^②对恐怖主义犯罪、黑社会组织犯罪、严重暴力犯罪等严重危害国家安全、公共安全及公民生命健康权利的犯罪侧重运用严格的刑事政策惩治有助于促进社会安定局面。但如果对犯罪不做区分,一味强调从重从快打击就会增加社会的不和谐因素。刑罚过于严厉则激化犯罪嫌疑人为了规避刑罚而犯更重的罪(如强奸后杀人),还会使被告人觉得受到了不公正待遇,进而抗拒改造,同时也加剧了社会一般民众的残忍心理。这实际上加剧了社会的焦躁和对抗因素,与和谐社会理念背道而驰。事实上,严刑峻法并非治理犯罪的有效途径。过分强调以暴制暴,会使刑事政策变为擅刑专杀的恐怖政策。相反“刑罚的完善总是——不言而喻,这是指在同样有效的情况下——随着刑罚的宽大一起并进。因为不仅各种宽大的刑法本身是较少的弊端,它们也以最符合人的尊严的方式引导着人离开犯罪行为。因为他们在身体上引起的痛苦愈少,愈少些恐怖,它们就愈是符合道德;与此相反,巨大的身体苦难在受难者本人身上减少耻辱感,在旁观者身上则减少厌恶感”^③。

因此,仅为实现国家治理社会生活目标,而将犯罪者和受害者视为刑事诉讼的工具,进而向社会强行推广国家严刑峻法的理念无疑应当被彻底摒弃。而在此语境下,如何在刑事司法体系内实现既保护被害者利益又使犯

① 刑法作为一种公共产品,不仅是指导定罪量刑的法律条文,也同时具备强烈的意识形态功能,体现了国家对守法和犯罪的爱憎情感,因而具有指引教化,实现社会治理的公共政策导向功能。甚至某些具体的刑法制度,如醉酒人犯罪负刑事责任的规定完全就是一个微观化刑事政策。因此,不能对刑法和刑事政策过度区分。

② 张远煌:《现代犯罪学的基本问题》,中国检察出版社1998年版,第66页。

③ [德]威廉·冯·洪堡:《论国家的作用》,林荣远等译,中国社会科学出版社1998年版,第144页。

罪者复归社会的任务,是当今我国刑事政策中面临的一个重大课题。20世纪中叶以后,西方的法制改革者在对类似问题的探讨中,提出了令人瞩目的刑事和解理论,并被美、英、德等国在司法实践中推广适用。该理论以关注被害人合法权益为核心,以促进犯罪人与被害人和解为主要内容,以公正与效率并重为价值追求,以维护社会和谐与稳定为重要使命。该理论“作为一种新型的刑事问题解决机制,对于妥善化解社会矛盾,积极解决社会纠纷,创建社会主义和谐社会,意义重大”^①。但作为一种全新的舶来品,在构建和谐社会的背景下对刑事和解制度的引入和创建仍需进行深入地探讨,对于该理论的研究也当然地具有积极的实践意义和理论指导意义。

第一节 刑事和解概说

一、刑事和解的概念界定

刑事和解(Victim-Offender Mediation),也被称为被害人与加害人的和解、被害人与加害人会议、当事人调停或者恢复正义会商^②。它的含义指在犯罪发生后,经由调停人(通常是一名社会志愿人员)的帮助,使被害人与加害人直接商谈、解决刑事纠纷,其目的是为了恢复被加害人所破坏的社会关系、弥补被害人所受到的伤害、恢复加害人与被害者之间的和睦关系,并使加害人改过自新、复归社会。^③通过面对面的会商,加害人了解到自己行为的不利后果,而被害人有机会对最理想的听众——加害人——表达自己的思想感情,从而降低犯罪行为造成的痛苦。在某些情况下,当事人的亲属、社会公民或其他人员也会参与到会商之中。在此会商中,当事人会讨论发生了什么、犯罪对各自生活的影响,以及对犯罪的感受。最终,他们会尽可能地达成赔偿协议,以修复犯罪带来的损害。

刑事和解是一种以协商合作形式恢复原有秩序的纠纷解决方式。无论是美国、加拿大等北美国家,还是英国、德国等欧洲国家,甚至在這些国家内

① 陈光中:《刑事和解的理论基础与司法适用》,载《人民检察》2006年第5期。

② 恢复正义的英文为:restorative justice,也有国内一些学者将其译为恢复性司法、弥补性司法。

③ 刘凌梅:《西方国家刑事和解理论与实践介评》,载《现代法学》2001年第1期。

部各司法辖区之间,刑事和解的制度安排并非完全同一,而是根据风俗习惯、价值观念及司法制度的不同而有所差异。目前,西方国家刑事和解制度的实践模式主要有四种:

一是社区调停模式(Community Model)。在犯罪发生之后,未成年犯罪者被司法机关逮捕之前,由特定的社区调停组织而非司法机关主持犯罪者与被害人双方之间的调解。

二是转处模式(Division Model)。在司法机关已经启动刑事司法程序之后,在程序终结之前将案件交由社会上的纠纷调解中心处理,而不通过刑事司法程序来最后解决犯罪者与被害人之间的纠纷。

三是替代模式(Alternative Model)。该模式在尊重被害人意志的基础上,通过改变对犯罪者的刑事处罚而使纠纷得到解决,实现犯罪者与被害人之间的和解,其典型是勒令犯罪者对被害人进行刑事赔偿、赔礼道歉或为社区提供服务。

四是教会模式(Church Model)。在美国其典型是由门诺教派组织的刑事和解方案,该模式强调的重点是治疗——重建正常的关系——手段是(对被害人的)补偿而不是报应。

二、刑事和解与相关概念的关系

(一) 刑事和解与辩诉交易

所谓辩诉交易(Plea Bargaining),又称辩诉协商(Plea Negotiation)或者辩诉协议(Plea Agreement),是指检察官和辩护律师在法院开庭审判之前,对被告人的定罪和量刑问题进行协商和讨价还价,检察官通过降低指控或者向法官提出减轻量刑的建议来换取被告人作有罪答辩的一种活动。美国诉讼理论普遍认为辩诉交易是一种经典契约式的合同关系。从合同原理的角度,辩诉交易是一种待履行的刑事契约。就通常的理解,辩诉交易的当事人是检察官与被告人,法官的作用仅仅是程序性地对交易结果予以确认。辩诉交易是在控、辩双方之间进行的平等协商,其根本目的在于使已经发生的刑事冲突得到迅速、有效地解决。对控、辩各方来说,交易内容是一种令人满意的结果。

与辩诉交易发生在国家权力机关与刑事被告人之间不同,刑事和解发

生在被害人与加害人之间,司法官员的作用或是居中调停或是监督控制,当然,最终也需对和解协议的自愿性、合法性进行裁定。刑事和解主要是通过面对面的会商,尽可能地达成赔偿协议,以修复犯罪带来的损害。一般认为,二者的区别主要表现在:

第一,辩诉交易的主体为检察官和被告人,被害人不参加辩诉交易。刑事和解的主体是被害人和加害人。

第二,辩诉交易中公诉人一般根据所掌握的证据能否获得胜诉而决定是否进行交易,并不征求被害人意见,也不以赔偿、道歉作为条件,被害人被边缘化,交易的结果很有可能违背被害人的意愿。而刑事和解则不存在这种缺陷。

第三,辩诉交易产生的原因之一是控辩双方对判决的不确定性的一种应变措施,是控辩双方为了回避风险所选择的对自己来说风险更小、损失更小的案件解决方式,而刑事和解则是被害人和加害人之间为了利益最大化而选择的案件解决方式。

(二)“刑事和解”与“刑事调解”

诉讼中和解与诉讼调解在实际操作中有许多相似之处:如两者都发生在诉讼中的某些阶段;两者都要经过公权力机关的审查和确认;两者都以自愿、协商为宗旨;公权力机关在和解或调解中都发挥了一定作用。但二者侧重点有所不同,一般来说,诉讼和解侧重于当事人双方以自愿、协商的方式达成解决纠纷的合意,在公权力机关监督和审查后,和解协议得到确认。因此,和解强调的是对个人自由和自主权的充分尊重,强调当事人的自愿性;调解则侧重于公权力机关积极促成双方当事人达成谅解,强调公权力机关的能动作用,有时甚至由公权力机关拿出协议方案的具体内容。因此,具体而言,“和解”与“调解”两者虽只有一字之差,但其实质却有以下明显的区别:

首先,“和解”的概念具有更宽广的涵盖性。“调解”强调案外第三人的调停作用,其目的是为了促成双方当事人和解。而“和解”强调的是双方当事人解决纠纷的目的和结果,在实现和解目的的过程中,虽然不可避免地会有调停人或促和人,但纠纷当事人的自主意愿对纠纷的解决起决定作用。从案件种类来说,只要有被害人的刑事案件,又非法定例外的,都可以适

用和解。从适用阶段来说,和解可以适用于从侦查到执行的刑事诉讼的所有阶段。所以,“和解”的概念涵盖力更强,能够包含调解的含义。

其次,根据刑事案件的特点,公权力机关在是否和解的问题上处于相对消极地位,以监督和审查为主要职能,故使用“刑事和解”的提法更为适宜。民事案件是平等主体之间的利益纠纷,不直接涉及国家利益,人民法院对于原被告而言处于超脱地位,比较容易拿出适宜的调解意见。而公诉案件涉及被害人、加害人和国家三方利益,公、检、法机关是代表国家追究犯罪和审理刑事案件的机关,由于职责所限,都不适宜过于主动地主张调解,而由被害人和加害人双方自行协商达成和解协议更为适宜。公、检、法机关的主要职责在于监督和审查和解过程和和解协议内容有无违法或显失公平的情形。特别对于公诉案件而言,刑事和解所强调的是加害人和被害人双方的意志。^①

(三) 刑事和解与案件“私了”

“私了”不是一个严格的法律术语,指不经过司法程序而私下了结,简言之,“私了”是纠纷双方不经过国家专门机关自行协商解决纠纷的统称。其最大的特点是没有经过国家法律所规定的正式程序,在某种程度上规避了法律规定,因而难以保证其合法性和纠纷解决的妥当性、终局性。而刑事和解,由于司法机关的监督和确认作用,不仅保证了纠纷解决的有效性,而且能确保其合法性和正当性。

(四) 刑事和解与恢复性司法

恢复性司法是西方近30年发展起来的一种刑事司法理念和运行模式,它是指经过一系列的司法活动,努力恢复犯罪前的社会秩序和个人状态,被害人、犯罪人与社区成员之间的交流与对话,使得社区人际关系经过整合达到更为和谐、人与人之间关系的纽带得以更加牢固的境界;同时也能够使得犯罪人通过积极的负责任的行为重新取得被害人及其家庭和社区成员的谅解,并使犯罪人重新回归社会。修复被犯罪所侵害的国家、社会以及个人的各种合法权益,其所强调的是赔偿和预防,而不是给予惩罚。刑事和解的主体范围应当窄于恢复性司法的范围,只限于刑事加害人与被害人之间就刑

^① 陈光中,葛琳:《刑事和解初探》,载《中国法学》2006年第5期。