



思想的印迹

——纪念改革开放40周年优秀法学文集

法律出版社编辑委员会 编

第三卷

思想的印迹

——纪念改革开放40周年优秀法学文集

法律出版社编辑委员会 编

第三卷

图书在版编目(CIP)数据

思想的印迹：纪念改革开放40周年优秀法学文集：
全三卷 / 法律出版社编辑委员会编. -- 北京：法律出版社，2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2718 - 5

I. ①思… II. ①法… III. ①法学—中国—文集
IV. ①D920.0 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第217671号

思想的印迹

——纪念改革开放40周年优秀法学文集

SIXIANG DE YINJI

—JINIAN GAIGE KAIFANG 40 ZHOUNIAN YOUXIU FAXUE WENJI

法律出版社编辑委员会 编

责任编辑 思 实

装帧设计 汪奇峰

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 天津嘉恒印务有限公司

责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外合作出版分社

开本 710毫米×1000毫米 1/16

印张 104

字数 1129千

版本 2018年10月第1版

印次 2018年10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/010-83938334

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/010-83938334/8335

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995



书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2718 - 5

定价:468.00元(全三卷)

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

(第三卷)

刑 法

想象的数罪与法规竞合	马克昌(1095)
建立刑事一体化思想	储槐植(1101)
论刑法的谦抑性	张明楷(1110)
非刑罚化	
——当代刑法改革的主题	梁根林(1124)
公共政策与风险社会的刑法	劳东燕(1135)
论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持	
.....	高铭暄(1157)
网络犯罪与中国刑法应对	于志刚(1168)
形式解释论的再宣示	陈兴良(1198)
论《刑法》第133条之1的规范目的及其适用	冯 军(1239)
刑事立法的法教义学反思	
——基于《刑法修正案(九)》的分析	车 浩(1278)

诉讼法

论民事、经济审判方式的改革	王亚新(1307)
市场经济与民事诉讼法学的使命	江 伟(1332)
民事审判中的调审分离	李 浩(1355)
民事诉讼基本模式:转换与选择之根据	张卫平(1373)

审判中心主义及其对刑事程序的影响 孙长永(1427)

媒体监督与司法公正 卞建林(1438)

我国检察权的反思与重构

——以公诉权为核心的分析 陈卫东(1449)

审级制度的建构原理

——从民事程序视角的比较分析 傅郁林(1476)

印证与自由心证

——我国刑事诉讼证明模式 龙宗智(1503)

刑事和解初探 陈光中 葛琳(1519)

中国刑事案卷制度研究

——以证据案卷为重心 左卫民(1541)

能动司法若干问题研究 顾培东(1577)

非法证据排除规则的中国模式 陈瑞华(1618)

编后记 (1646)

刑法

-
- | | |
|-----|------------------------------|
| 马克昌 | 想象的数罪与法规竞合 |
| 储槐植 | 建立刑事一体化思想 |
| 张明楷 | 论刑法的谦抑性 |
| 梁根林 | 非刑罚化——当代刑法改革的主题 |
| 劳东燕 | 公共政策与风险社会的刑法 |
| 高铭喧 | 论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持 |
| 于志刚 | 网络犯罪与中国刑法应对 |
| 陈兴良 | 形式解释论的再宣示 |
| 冯 军 | 论《刑法》第133条之1的规范目的及其适用 |
| 车 浩 | 刑事立法的法教义学反思——基于《刑法修正案(九)》的分析 |
-

想象的数罪与法规竞合

马克昌

一人在判决宣告以前犯数罪的,应当按照我国《刑法》第64条的规定,实行数罪并罚。而为了正确适用数罪并罚,就必须对形似数罪,实为一罪或处理时作为一罪的情况进行研究,以免对它们用数罪并罚的办法来处理。想象的数罪就是形似数罪,处理时作为一罪的情况。而法规竞合与想象的数罪极为近似,因而,这里将法规竞合与想象的数罪放在一起探讨。

想象的数罪

想象的数罪是与实际的数罪相对而言的。实际的数罪指数个行为触犯数个罪名的情况。如某甲先犯强奸罪,又犯杀人罪,就是实际的数罪。对实际的数罪,按照我国《刑法》第64条规定的数罪并罚的办法处理。想象的数罪,或叫想象并合犯,指一个行为触犯数个罪名的情况。例如,李某与任某有隙,蓄意杀害任某报仇。一天晚上,他偷偷将一包炸药放到任某住房内,不久炸药爆炸,任某及其妻子被炸死。李某的行为触犯了杀人罪和爆炸罪两个罪名,就是想象的数罪,对想象的数罪不适用数罪并罚。想象的数罪,在很多国家均由刑事立法明文加以规定。我国刑法对想象的数罪未作规定,而由审判实践作为一罪论处。

想象的数罪具有如下两个特征:

(1)行为人只实施一个行为:所谓一个行为,指基于一个犯意所实施的行为。至于该一个行为是一个故意行为或一个过失行为,对于想象的数罪的成立不发生影响。例如,某甲玩枪,不慎走火,打死一人,打伤一人,就是一个过失行为触犯过失杀人罪与过失伤害罪两个罪名,同样是想象的数罪。

想象的数罪是以一行为为前提,行为产生一个结果或产生数个结果,则不影响想象的数罪的成立。

(2)一个行为触犯数个罪名:想象的数罪只是一个行为触犯数个罪名,如果是数个行为触犯数个罪名,则是实际的数罪,不是想象的数罪。如果是作为犯罪手段的行为或结果的行为触犯数个罪名的,则构成牵连犯,也不是想象的数罪。所谓一个行为触犯数个罪名,就是一个行为在形式上或外观上同时构成刑法规定的数个犯罪。例如,卢某将作为永久性测量标志的钢管偷偷锯断,盗为己有。卢某的行为触犯了《刑法》第151条规定的盗窃罪和《刑法》第175条规定的破坏永久性测量标志罪,就是一个行为触犯数个罪名的实例。

想象的数罪在刑法理论中通常分为异种类的想象的数罪和同种类的想象的数罪两类。

所谓异种类的想象的数罪,指一个行为触犯不同种的数罪名。它又可分为三种情况:①一行为产生数个不同的结果而触犯数罪名。如开一枪杀死一人,伤害一人,即一行为产生两个结果,触犯了杀人罪与伤害罪两个罪名。②一行为产生一个结果而触犯数罪名。如以暴力方法阻碍国家工作人员依法执行职务而造成国家工作人员重伤,即一行为产生一个结果——重伤,触犯阻碍执行公务罪和伤害罪两个罪名。③一行为触犯数罪名。如某甲偷得手枪两支,交给某乙代为窝藏。某乙的窝藏行为触犯窝藏赃物罪和私藏枪支弹药罪两个罪名。异种类的想象数罪是想象的数罪,为大多数刑法学者所公认。

所谓同种类的想象的数罪,指一行为触犯同种的数罪名。如一枪击死二人,触犯两个杀人罪。同种类的想象的数罪,能不能认为是想象的数罪,刑法学者之间意见很不一致。有人认为:一行为触犯同种的数罪名,是一罪名而非数罪名,因而不能构成想象的数罪。另有人认为,被害法益的个数不限以同种或异种。一行为侵害数个法益,即触犯数罪名,不能因为被害法益是否同种而有不同。根据我国的审判实践,我们认为,只有异种类的想象的数罪,才能构成想象的数罪,因为只有数个不同的罪名,才是数罪名。数个相同的罪名,即使是侵犯不同被害人的法益,仍然只是一个罪名,因而也就

谈不到想象的数罪。况且承认想象的数罪,目的在于在行为触犯的数罪名中,解决应按哪一个罪名定罪量刑的问题。同种类的想象的数罪,在确定行为的罪名上不发生任何疑问,因而把它作为想象的数罪,对审判工作没有什么实际意义。

对想象的数罪如何处理,根据我国的实际情况,我们认为,对想象的数罪应按照数罪中法定刑最重的犯罪论处,而不能像处理实际的数罪那样实行并罚。这是因为想象的数罪,行为人仅仅实施了一个犯罪行为,与实际的数罪系实施了数个犯罪行为不同,如果按照触犯的罪名实行数罪并罚,就会使行为人遭受过重的处罚,显然与我国刑法中罪刑相适应的原则不符。所谓按照数罪中法定刑最重的犯罪论处,意思是:(1)根据数罪中法定刑最重的犯罪定罪。如一行为触犯杀人罪、伤害罪两个罪名时,杀人罪的法定刑重于伤害罪,应依法定刑最重的杀人罪定罪。(2)在法定刑最重之罪的法定刑范围内酌情判处刑罚,而不是一律判处该罪法定刑的最高刑。例如故意杀人罪的法定刑是死刑、无期徒刑或10年以上有期徒刑,按照故意杀人罪定罪量刑时,应在上述法定刑内酌情判处,而不是一律都判死刑。(3)如果两个行为中一个不构成犯罪时,应专就构成犯罪的罪论处。如某甲将二两重的白银管冒充白金,非法出售,得赃款300元。某甲的行为既违反了金银管理法规,又触犯了诈骗罪。由于他出售白银管的行为,只是一般地违反金银管理法规,尚不具备“投机倒把,情节严重”的特征,还不构成投机倒把罪。冒充白金出售,并已骗取300元,构成了诈骗罪。所以对某甲的行为应专就诈骗罪论罪判刑。

法规竞合

所谓法规竞合指一个犯罪行为,同时触犯数个法律条文,其中一个法律条文成为他一法律条文的一部分。所以,法规竞合必须是:(1)一个行为触犯数个法规(或条文)。如果是数个行为触犯数个法规(或条文),那就不是法规竞合。如先实施盗窃行为,后实施强奸行为,两个行为触犯两个法律条文,为数罪并罚,非法规竞合。(2)一法律条文的全部内容为他一法律条文的内容的一部分。如《惩治军人违反职责罪暂行条例》第4条第1款规定的

军人泄露军事机密罪,是《刑法》第186条规定的泄露国家机密罪的内容的一部分,一个犯罪行为触犯该两个法律条文时,就是法规竞合。因而一法律条文内容之一部分为他一法律条文内容之一部分时,不是法规竞合。如《刑法》第157条规定的“以暴力、威胁方法阻碍国家工作人员依法执行职务”罪与《刑法》第134条规定的“故意伤害他人身体”罪,前一条的“暴力”部分是后一条内容的一部分,一个犯罪行为触犯该两个法律条文规定的罪名时,不是法规竞合,而是想象的数罪。

在了解什么是法规竞合之后,首先,遇到的问题是法规竞合与想象的数罪到底是一回事还是两回事?其次,如果法规竞合与想象的数罪是两回事,那么,两者的区别究竟在哪里?

在我们看来,法规竞合与想象的数罪的区别在于:(1)法规竞合,是一个犯罪行为,由于法规的错杂规定,以致违反数项法律条文,犯罪本身是单纯的犯罪;而想象的数罪,是一个行为外观上触犯数项罪名,犯罪本身是形式上的数罪。(2)法规竞合,一法条的全部内容为他一法条内容的一部分。想象的数罪,所触犯的数法条不存在这种关系,它可能是:①触犯内容完全不同的数法规(或条文);②触犯的数法规,其内容一部分一致,一部分不相同;(3)法规竞合,在竞合的数法规中仅仅一法规可以适用其行为,其法律适用问题,不是依照“从一重处断”的原则来解决。想象的数罪,竞合的数法规均可以适用其行为,其法律适用问题,依照“从一重处断”的原则来解决。

法规竞合时,解决法律适用问题的原则如下:

(1)特别法优于普通法:所谓普通法,指在一般场合普遍适用的法规;所谓特别法,指以普通法的规定为基础,附加特别条件,用以适用特别场合的法规。当普通法与特别法相竞合时,根据特别法优于普通法的原则,适用特别法。普通法与特别法的关系,可分为相异的法律之间与同一法律内部条文之间两种情况:

①相异法律之间的普通法与特别法的关系:这就是普通刑法与特别刑法的关系。如军人犯偷越国(边)境外逃罪,既触犯了《刑法》第176条,又触犯了《惩治军人违反职责罪暂行条例》第7条。前者是普通法,后者是特别法。因而对此应依《惩治军人违反职责罪暂行条例》第7条论处。

②同一法律内部条文之间的普通法与特别法的关系:它既可能发生在普通刑法之内,也可能发生在特别刑法之内。前者例如,《刑法》第118条以走私、投机倒把为常业的……对于第116条走私罪、第117条投机倒把罪,就是特别法。后者例如,《惩治军人违反职责罪暂行条例》第5条第2款战时擅离职守或玩忽职守罪,对于同条第1款擅离职守玩忽职守罪,也是特别法。

刑法中特别法与普通法的关系,其形成可有以下几种情况:

①由于主体不同的特别法与普通法:犯罪主体不同,特别另有专门法规或条文规定从重处刑,因而形成特别法。例如,《刑法》第191条规定的邮电工作人员私拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪,对于《刑法》第149条规定的侵犯公民通信自由罪,就是由于主体不同而形成的特别法与普通法。

②由于犯罪对象不同的特别法与普通法:犯罪对象不同,特别另设条文加以规定,因而形成特别法。如《刑法》第112条规定的盗窃、抢夺枪支、弹药罪,对于《刑法》第151条规定的盗窃、抢夺罪,就是由于犯罪对象不同而形成的特别法与普通法。

③由于时间不同的特别法与普通法:例如《惩治军人违反职责罪暂行条例》第6条第2款战时逃离部队罪,对于第1款逃离部队罪,就是由于时间不同而形成的特别法与普通法。

④由于其他条件形成的特别法与普通法:除了上述几种特别法与普通法的关系之外,还有由于其他条件形成的特别法与普通法。例如,《刑法》第113条交通肇事致人死亡,对于《刑法》第133条过失杀人罪,就是特别法。《刑法》第133条明确指出:“本法另有规定的,依照规定。”就是指的遇有过失致人死亡的另外规定时,适用另外规定的特别法,不适用本条的普通法。

(2)实害法吸收危险法:所谓实害法,指规定发生法定的实际危害结果为某种犯罪构成必要要件的法规(或条文)。所谓危险法,指不要求某种实际危害结果发生,而规定只要有发生某种实际危害结果的危险即构成犯罪的法规(或条文)。如《刑法》第107条规定,破坏火车、汽车、电车、船只、飞机,足以使其发生倾覆、毁坏危险,尚未造成严重后果的,即认为构成犯罪,

是危险法;第110条规定,破坏交通工具……造成严重后果的,始认为构成犯罪,是实害法。实害法吸收危险法。一行为如果同时触犯实害法与危险法时,适用实害法,不适用危险法。

(本文原载于《法学》1982年第1期)

建立刑事一体化思想

储槐植

《中华人民共和国刑法》在 1980 年元旦开始生效时就面对人民共和国成立以来出现的较高犯罪率,1981 年至 1983 年全国人大常委会接连通过三个严惩犯罪分子的“决定”,刑事司法采取了从重政策。九年来,犯罪率呈“V”形轨迹。刑事案件立案数 1984 年下降为 514,369 起,明显低于前三年,但 1985 年又开始反弹,出现上升趋势:1985 年为 542,005 起,1986 年为 547,115 起,^[1]1987 年比 1986 年增长 4% 以上,达 57 万多起,1988 年上半年重大刑事案件比 1987 年同期上升 34.8%,“治安形势仍然相当严峻”。^[2]如何解释犯罪数与刑罚量同步增长这种现象?有无可能以及怎样走出这种怪圈?要实事求是地回答这些问题,必须建立刑事一体化思想。刑事一体化的基本点是,刑法和刑法运行处于内外协调状态才能实现最佳社会效益。实现刑法最佳效益是刑事一体化的目的,刑事一体化的内涵是刑法和刑法运行内外协调,即刑法内部结构合理(横向协调)与刑法运行前后制约(纵向协调)。刑事一体化构想,大体上包含下列三方面内容。

一、更新观念

“阶级斗争是犯罪根源”这种犯罪原因简单化观点现在虽然已经失去市场,但它赖以确立的思维模式基本没有触动:原始社会不存在犯罪,犯罪是社会发展到出现私有制和阶级这一历史阶段的产物,它与国家和法律共生

[1] 1984 年至 1986 年刑事案件立案数均见《中国法律年鉴(1987)》。

[2] 统计数及引文见 1988 年 9 月 1 日《法制日报》,国务委员兼公安部部长“王芳向全国人大常委会汇报公安工作和当前社会治安情况”。

同灭,社会主义制度是遏止犯罪的最可靠保证。现在刑法界尤其刑事决策过程相信“刑罚量同犯罪数成反比”的罪刑关系简单化看法同这种思维模式仍有血缘联系。

1979年颁布的刑法,除少数犯罪(如故意伤害、投机倒把、偷税抗税以及累犯等)刑罚偏轻外,并非属于轻刑主义刑法,当时面对的也不是理想的社会治安形势,然而为什么刚刚诞生的刑法不久便在从重政策思想指导下运行呢?犯罪数量增长是客观因素,但主要在于决策者的主观认识,相信刑罚加重犯罪就减少。实际上起到了何种作用?存在两种对立观点:肯定说用“如果不是从重打击,犯罪会更严重”这种既无法证明也很难反驳的假设进行论证。否定说则推出统计数字为论据。两种看法表面迥异,但基本出发点雷同,都以犯罪率作为评估刑法价值的唯一尺度:从主观愿望看是把刑罚理想化(期望值过高心理),从认识根源看是对犯罪原因理解的简单化。当前存在的犯罪原因简单化观点已不是20世纪70年代盛行的阶级斗争是产生犯罪的唯一(后来退一步为“基本”)原因那种一目了然的单一化,承认犯罪是多种因素综合作用的结果,比以往的认识大大前进了一步,但是尚未全面地深入到社会基本结构即生产力因素本身以及经济基础与上层建筑的矛盾关系过程中去探索犯罪原因,因而未能把刑罚思想建立在犯罪规律的基础上。更新观念的核心问题在于科学地认识犯罪规律。拙文《认识犯罪规律,促进刑法思想现实化》提出了“犯罪源于社会矛盾是基本犯罪规律”的看法。^{〔3〕}根据这一观点,至少可以引申出如下结论:犯罪与社会同在(从而树立同犯罪作斗争的长期性和艰巨性的思想);社会矛盾的深度与广度同犯罪数量成正比(从而把刑事政策纳入社会发展战略);犯罪率变动不是刑罚效用的唯一标志,刑法在控制犯罪中只能起能够起的一定作用(国家的刑罚目的和刑罚权以此为限)。

依据这种认识来讨论上面提出的问题,就既不能简单地说不从重政策对控制犯罪未起作用,也不能抽象地说很起作用(例如认为,亡命徒总是少数,

〔3〕 储槐植:《认识犯罪规律,促进刑法思想现实化》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)1988年第3期。

可能犯罪者的多数都惧怕重刑)。应当从总体社会效益上来观察刑事政策的利弊得失。观察的立足点应当是现实的而不是想象的。现实情况是,其一,促成犯罪发生的社会原因力强大。在社会主义初级阶段,随着当前我国商品经济迅速发展(这是历史前进的主流),金钱的魔力笼罩全社会,利己主义膨胀;过去赖以调整社会关系、稳定社会秩序的价值观念和伦理道德遭到了猛烈撞击,加上经济政治体制处于新旧交替冲突过程中,社会生活经济活动许多领域呈现无序状态;物价上涨过快;社会流动性大大增长;对违法犯罪的社会控制机制明显削弱,等等。在这样的现实条件下,如果对刑罚控制犯罪的作用寄予过高的不切实际的期望,必将导致或者是丧失信心、无所作为,或者是操之过急、继续加码。两种结果都有害。其二,犯罪率上升时,轻宽刑事政策当然不可行,然而现行刑法规定的刑罚总体上并不宽容。上述情况说明,当前我国刑法处于两难困境中。这正是刑法功能发挥不如人愿的直接原因。走出困境应是刑事政策的目标,也是评价刑事政策的标准。承认这种现实,是观念更新的结果。承认现实,才可能改变现实。更新观念是改变现实的先导。刑法走出困境,还需要调整刑法结构和完善刑法机制。

二、调整结构

系统结构是实现系统功能的组织基础,合理的刑法结构是发挥最优刑法功能的前提。刑法结构的调整有三项任务:

(一)重筑刑法堤坝

迄今为止,我国刑法是建立在以“道德·行政”为堤坝的基础上的。在历史上,这是中国文化重礼治轻法治的思想反映;人民共和国成立后,道德观念加进了新内容即社会主义思想。刑法“道德·行政”基础表现在:较轻的社会危害行为主要由社会舆论和思想教育来解决,必要时采用行政处罚,但不属刑法调整范围,刑法管辖的只是较重的那一部分社会危害行为。我国刑法中犯罪概念含定量因素,^[4]正是这一堤坝在刑法结构上的反映。在礼义谦让、不偷不抢、和善睦邻、助人为乐等道德观念成为大多数社会成员

[4] 参见储槐植:《我国刑法中犯罪概念的定量因素》,载《法学研究》1988年第2期。

的行为规范的条件下,道德规范为基础的刑法才能真正发挥应有的作用:社会保持稳定的低犯罪率(道德对犯罪起釜底抽薪作用),国家刑事司法不被小事纠缠,得以有足够的力量主动对付犯罪。一旦社会公德衰落,道德堤坝决口,则刑法发生“基础危机”(决堤现象):原不进入刑法圈的危害行为随着数量增长必定提高“质量”而成为刑法上的犯罪(传统道德衰败将对犯罪起釜底添薪作用),面对日趋增长(数与质)的犯罪,刑法效能相对下降。任何制度下刑法正常发挥作用均以犯罪不超过一定量为前提。

刑法的基础危机在西方世界早已发生,只是形式不同。19世纪初开始建立起来的西方刑法是以法治主义为基础的,这是资产阶级反封建革命过程中提倡三权分立、罪刑法定主义的产物,表现为:凡有害社会秩序的行为(定性)都由刑法(法院)管辖;犯罪概念没有定量因素,重罪、轻罪和违警罪均为犯罪,它们的区别主要体现在量刑方面,定量因素仅反映在刑罚上。当犯罪数量相对不大时,法治主义为基础的刑法对稳定社会治安是有效的。进入20世纪,随着犯罪率急剧上升,有限的刑事司法力量疲于应付,终于招架不住。在这种背景下,西方刑法界提出了把危害不大的行为排除出犯罪范畴的“非犯罪化”刑事政策思想,目的是企图解决刑法基础危机。

商品经济迅速发展极大地冲击着传统道德观念,动摇了我国刑法赖以有效发挥作用的道德基础。刑法面临的一项重要任务是重筑刑法堤坝,强化刑法基础。我们不能走西方的老路,把基础转轨到西方式法治主义。出路何在?本文认为,振兴道德,提高公德水准,需有一个漫长的历程;面对现实,只能是严格行政管理,对一般危害社会秩序行为(违法行为)加强行政制裁,同时辅以思想教育,借以减少由小害变大害的数量,从而控制刑法圈。把我国刑法建立在“行政·道德”基础上,以行政制裁为首要刑法堤坝。例如,“目前绝对数增加最多、占比重最大的仍是盗窃财产的案件。在一般刑事案件中,盗窃案占百分之七八十;在重大刑事案件中占百分之五十以上”。^[5] 盗窃案的两个新特点是,单位内部盗窃公共财物犯罪多,流窜犯罪

[5] 统计数及引文见1988年9月1日《法制日报》,国务委员兼公安部部长“王芳向全国人大常委会汇报公安工作和当前社会治安情况”。