

贾宇/著



ZUI YU XING DE SI BIAN

罪与刑的思辨

法 律 出 版 社

第 4 卷 / 第 1 期



2016 年 10 月 10 日出版 第 4 卷 第 1 期

罪与刑的思辨

第 4 卷 第 1 期

贾宇/著

ZUI YU XING DE SI BIAN

罪与刑的思辨

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

罪与刑的思辨/贾宇著. —北京:法律出版社,
2002.1
ISBN 7-5036-3626-2

I. 罪… II. 贾… III. 刑法-研究-文集
IV. D914-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 089537 号

出版/法律出版社
责任印制/陶松
印刷/中国科学院印刷厂

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/杨昆玲

开本/A5
版本/2002 年 4 月第 1 版

印张/16.75 字数/445 千
2002 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414140(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)
(010)88414933(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)
(021)62071679(上海公司)
商务网址/www.china-law-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。
书号:ISBN 7-5036-3626-2/D·3261
定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

选编出版这本论文集,意在收集、整理本人18年来在罪与刑的领域内零零星星的研究心得,方便以后的进一步探讨。学海无涯,再伟大的个人成就置诸其中,都不过沧海一粟,何况平平如我,卑之无甚高论?但沧海不捐细流,故能成其大,想想也自释然。国家法治建设日更月异,罪刑理论研究推陈出新,学术专著、刊物卷帙浩繁,若听任论文散佚,只恐来日搜集不易,或属一种损失。

作者在罪刑研究的如下方面的想法,在学界属较早提出或有独立见解:对国际犯罪、国际刑法、国际刑法学等基本理论概念提出了自己的观点(1985年);否定“诬告反坐”思想指导下的诬陷罪量刑原则,主张对诬陷罪设置独立的法定刑(1986年);介绍并积极主张从犯罪生物学、犯罪心理学等多种视角研究犯罪原因(1986年);在由大陆往台湾的劫机犯罪频发时期,提出了“加强两岸协作以有效遏制劫机罪行”的可操作方案(1993年);批判我国刑法和刑法学通说中的犯罪故意概念,否定犯罪故意概念中的社会危害性认识,首次提出“希望故意”、“容忍故意”、“放任故意”的分类法,首次提出“行为故意”与“结果故意”的分类法,首创“容忍故意”概念,主张在犯罪故意概念中引入违法性认识、行为故意、容忍故意等要件,进而提出了犯罪故意概念的新架构(1995年);对违法性认识的内涵、价值、认定方法进行了系统研究(1995年);率先肯定犯罪形式定义的价值,主张犯罪的形式定义与实质定义并立(1996年);对死刑问题发表了系统的理论见解和实践主张(1995—1997年)。回顾沙上足迹、雪爪鸿泥,尚能聊以自慰;但仰望学界先进,自己难免汗颜,来日更需勤奋努力。

我的恩师马克昌先生,原已答应给我的文集写一个序,以作勉励。但我思忖再三,还是未敢让先生劳顿。先生以道德文章言传身教,并时时问及学生的学业长进,已是对我铭心刻骨的鞭策。希望我能够以拖延数载的几个半拉子项目的尽早完成出版,作为献给恩师的答卷。

感谢法律出版社杨克女士、张宇东先生的帮助。感谢我的夫人刘雅玲、我的学生和同事杨磊、舒洪水为选编整理文稿付出的辛勤劳动,感谢法学硕士董丽静、裴王建、龚卫、盛茵,硕士研究生丁鹏、徐贤、周光清、徐建峰等帮助校对文稿。

贾宇 谨识

2001年冬于古城西安

目 录

第一编 罪与刑的基本理论研究

贝卡里亚刑法思想述评·····	(3)
边沁刑法思想述评·····	(22)
犯罪概念与特征新论·····	(43)
论犯罪故意的概念·····	(54)
论犯罪故意的地位·····	(98)
论犯罪故意的构造·····	(111)
论犯罪故意的类型·····	(143)
刑法中的违法性认识研究·····	(168)
犯罪过失新探·····	(202)
教唆犯理论的初步比较研究·····	(214)
死刑研究·····	(220)

第二编 罪与刑的具体问题研究

论经济刑事立法的原则和方式·····	(271)
论破产诈欺罪·····	(288)
论保险诈骗罪·····	(299)
论虚假广告罪·····	(307)
绑架罪及相关犯罪的探讨·····	(316)
对诬陷罪量刑原则的异议·····	(325)

第三编 国际刑法与区际刑法研究

论国际刑法与国际刑法学·····	(335)
论国际刑法与国际犯罪·····	(346)
中国与国际刑法·····	(358)
论国际犯罪与国内刑法的立法对策·····	(369)
刑法的修改补充应适应对外开放的基本国策·····	(379)
妨害国交罪立法研究·····	(389)
论刑事司法协助·····	(399)
论转移罪犯和执行外国刑事裁判·····	(424)
论大陆与台、港、澳刑事司法协助的原则、途径与内容·····	(432)
论内地与港、澳、台地区的移交案犯合作·····	(456)
探讨两岸协作途径 有效遏制劫机罪行·····	(468)

第四编 犯罪原因与对策研究

犯罪原因论研究之我见·····	(479)
论平等化进程中的犯罪与安全阀机制·····	(485)
西方犯罪生物学研究现状管窥·····	(498)
我国亟待开展犯罪生物学研究·····	(505)
试论经济犯罪的原因与对策·····	(516)

第一编

罪与刑的基本理论研究

贝卡里亚刑法思想述评

切萨雷·贝卡里亚 (Cesare Beccaria, 1738—1794) 是意大利刑法学家, 古典刑事学派的创始人和最重要代表人物。1738 年 3 月 15 日出生于意大利米兰的一个贵族家庭, 1794 年 11 月 28 日因中风在米兰家中去世。他 8 岁进入帕尔马的一所耶稣会学校读书, 在那里表现出对数理课程的天赋和非凡的想象力, 被同学们称为“小牛顿”。8 年后, 进入帕维亚大学攻读法律专业, 于 1758 年获得法学学士学位。毕业后回到米兰, 与一些激进的自由主义思想家过往密切, 参加了民主主义者、经济学家彼得罗·韦里组织的进步青年小团体“拳头社”。在该团体中, 贝卡里亚和朋友们一起阅读和讨论卢梭、孟德斯鸠、伏尔泰、休谟等启蒙思想家的著作, 并时常进行激烈的争论。拳头社的活动, 对于贝卡里亚思想的启蒙和视野的扩展, 都起了十分重要的作用。

对于当时欧洲刑事法律制度的批判, 是拳头社经常讨论的议题之一。韦里和其他朋友们决定把这个“最适合雄辩和富有想象力的人的题目”交给贝卡

里亚去写一本书。贝卡里亚接受了委托。在艰苦的写作中,他得到了同伴们不断的鼓励、启发和帮助。韦里的弟弟亚历山德罗·韦里,给了他最直接的帮助。因为亚历山德罗曾经担任过当时授予贵族人员的荣誉职务“囚犯保护人”,因而对当时刑事法律制度中黑暗的情况了如指掌。

1764年,贝卡里亚的不朽名著《论犯罪与刑罚》出版了。这是人类历史上第一部专门系统阐述犯罪与刑罚问题的著作。该书一问世,立即给当时年仅26岁的贝卡里亚带来了巨大的声誉。伯尔尼的爱国者协会在尚不知作者是谁的情况下就作出决定,向作者授予金质奖章,赞扬他是一位“敢于为保卫人类,反对最根深蒂固的偏见而呐喊的公民”。著名法国启蒙思想家伏尔泰称赞“这本小书具有宝贵的精神价值,……这样一部著作必定能清除在众多国家的法学理论中依然残存的野蛮内容”。^①法国百科全书派的思想家们盛情邀请贝卡里亚访问巴黎。俄国女皇卡德琳娜二世邀请他去编纂俄国的新刑法典。《论犯罪与刑罚》一版再版,并先后被翻译成20多种文字。据估计,在18世纪末,该书的版本已不下60种。

1768年11月,贝卡里亚被奥地利政府授予米兰宫廷学校经济贸易学教授的职位。1771年4月被任命为米兰公共经济最高委员会委员。1791年,根据奥地利皇帝利奥波德的指示,贝卡里亚被任命为伦巴第刑事立法改革委员会的成员。在此职位上,贝卡里亚撰写了关于刑事立法的一些书面咨询意见,包括《论警察》(1790)、《对政治犯罪的简略思考》(1791)、《论无期徒刑计划》(1791)、《改善被判刑人的命运》(1789—1791)、《论管教所》(1791)和《对死刑的表态》(1792)等。

贝卡里亚的刑法思想是丰富的。我们这里仅对其主要方面进行概括的介绍。

① 转引自黄风著:《贝卡里亚传略》,载贝卡里亚著、黄风译《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,封底。以下注脚均简称“贝卡里亚著《论犯罪与刑罚》”。

一、罪刑法定主义思想

毫无疑问,18世纪法国启蒙思想家的社会契约理论,是贝卡里亚建构其犯罪与刑罚理论的基石。“离群索居的人们被连续的战争状态弄得筋疲力尽,也无力享受那种由于朝不保夕而变得空有其名的自由,法律就是把这些入联合成社会的条件。人们牺牲一部分自由是为了平安无扰地享受剩下的那份自由。为了切身利益而牺牲的这一份份自由总合起来,就形成了一个国家的君权。君主就是这一份份自由的合法保存者和管理者。”^① 贝卡里亚在卢梭和孟德斯鸠所主张的社会契约论的观点上揭示了刑罚与惩罚权的来源。既然人们出让一部分自由是迫于无奈,那么每个人都自然希望牺牲尽可能少的自由,只要足以让社会保护自己就够了。这些尽可能少的自由的集合就形成了社会的惩罚权。而为了防止有些个人试图夺回自己的那份自由,甚至霸占别人的自由,“需要有些易感触的力量来阻止个人专横的心灵把社会的法律重新沦入古时的混乱之中。这种易感触的力量就是对触犯法律者所规定的刑罚。”^②

既然刑罚是社会契约的产物,是社会成员自愿出让的权利,那么,关于什么是犯罪,什么样的犯罪应处以什么样的刑罚,这些问题的解决都必须符合全体社会成员的利益,必须以“不可磨灭的人类感情为基础”。^③ 鉴于上述原则,贝卡里亚推出了罪刑法定主义的基本思想:

第一,只有法律才能规定犯罪及其刑罚。因为,只有代表根据社会契约而联合起来的整个社会的立法者才拥有这样的权威。而其他人,包括司法官员,无论自命公正也好,以热忱或公共福利的借口也好,都无权超越法律的限度来对社会成员科处刑罚。

① 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第8页。

② 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第9页。

③ 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第8页。

第二,必须有独立的司法官员来判定犯罪事实、适用刑罚。代表社会的君主只能制定约束一切社会成员的普遍性法律,但不能判定某个人是否触犯了社会契约。由于国家可能分成为两方:君主所代表的一方断定出现了对契约的侵犯,而被告一方则予以否认。所以,“需要一个判定事实真相的第三者。”^①立法者不能同时又是司法者。

第三,严酷的刑罚违背了公正和社会契约的本质,因而不应当出现在立法中。刑罚是每个社会成员事先作出的许诺:如果自己违背了公共利益,则情愿丧失这种自由和权利。而严酷的刑罚是不符合人的本性的,没有人在理性中情愿丧失如此重大的自由。

第四,刑事法官没有解释刑事法律的权利。否则司法者就变成了立法者。贝卡里亚严厉批判了所谓“法律的精神需要探询”的主张,认为“再没有比这更危险的公理了。采纳这一公理,等于放弃了堤坝,让位给汹涌的歧见。”^②因为,每个人都有自己的观点,同一个人看待同一事物,也会由于时间和条件的变化而得出不同的结论。“因而,法律的精神可能会取决于一个法官的逻辑推理是否良好,对法律的领会如何;取决于他感情的冲动;取决于被告人的软弱程度;取决于法官与被侵害者间的关系;取决于一切足以使事物的面目在人们波动的心中改变的、细微的因素。”^③允许法官解释法律,就会使被告人的命运完全处于飘忽不定的无保障的状态,不幸者的生活和自由就会成为某种荒谬推理的牺牲品,或者成为某个法官情绪冲动的牺牲品。贝卡里亚认为,“严格遵守刑法文字所遇到的麻烦,不能与解释法律所造成的混乱相提并论。这种暂时的麻烦促使立法者对引起疑惑的词句作必要的修改,力求准确,并且阻止人们进行致命的自由解释,而这正是擅断和徇私的源泉。当一部法典业已厘定,就

① 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第11页。

② 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第12页。

③ 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第13页。

应逐字遵守,法官惟一的使命就是判定公民的行为是否符合成文法律。”^①“法官对任何案件都应进行三段论式的逻辑推理。大前提是法律,小前提是行为是否符合法律,结论是自由或者刑罚。”^②

第五,法律条文应当明确和公开。“了解和掌握神圣法典的人越多,犯罪就越少。因为,对刑罚的无知和刑罚的捉摸不定,无疑会帮助欲望强词夺理。”对法律的解释是一种弊端,而条文不明确的含混的法律是另一个弊端。如果“法律是用一种人民所不了解的语言写成的,这就使人民处于对少数法律解释者的依赖地位,而无从掌握自己的自由,或处置自己的命运。”^③

第六,凡法律上规定的对犯罪的刑罚,对任何犯罪的人,都必须平等地不可避免地适用。刑罚不能因身份不同而异,也不得用司法权以外的权力来妨碍司法权的正确行使。贝卡里亚认为,对于贵族和平民所犯的相同罪行,适用的刑罚应该是一致的。“伟人和富翁都不应有权用金钱赎买对弱者和穷人的侵犯。否则,受法律保护的、作为劳作报酬的财富就变成了暴政的滋补品。”^④有人认为,由于贵族和平民所受的教育有差别,对于刑罚的感受不同,而且刑罚加之于富贵家庭,会使其蒙受比贫穷家庭更大的耻辱,因此对于贵族和平民适用相同的刑罚,实际上是不平等的。贝卡里亚对这种观点给予了批判。他说:“量刑的标尺并不是罪犯的感觉,而是他对社会的危害,一个人受到的优待越多,他的犯罪行为造成的公共危害也就越大。刑罚的平等只能是表面上的,实际上则是因人而异的。”^⑤

尽管贝卡里亚还没有明确提出“罪刑法定主义”的概念,但他的上述思想已经为罪刑法定主义确定了基本的框架。后来的费尔巴哈正是在上述思想的基础上,使“罪刑法定主义”公式化。

① 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第13页。

② 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第12页。

③ 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第15页。

④ 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第72页。

⑤ 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第73—74页。

二、双重预防的刑罚目的观

首先,贝卡里亚对报应刑论持彻底的否定态度。他明确指出:“刑罚的目的既不是要摧残折磨一个感知者,也不是要消除业已犯下的罪行。”^①

在贝卡里亚之前,报应刑论在西方刑法史上长期处于统治的地位。古希腊哲学家亚里士多德和近代自然法理论的奠基者格老秀斯都是报应刑论的积极倡导者。报应刑论又有报复论与赎罪论之分。报复论主张恶有恶报是社会正义的体现,刑罚惩之于犯罪是以恶对恶的报偿。这种恶的报偿便是使犯罪人承受一定的折磨与痛苦。贝卡里亚提出刑罚的目的不是要摧残折磨一个感知者,很明显是针对报复论的主张而言的。赎罪论主张,犯罪人实施犯罪行为是违背上帝旨意的,社会让犯罪人承受刑罚的痛苦,可以让其在上帝面前赎清罪过、求得上帝的宽恕,从而得以在来世进入天堂。贝卡里亚这里所谓的刑罚不是要消除业已犯下的罪行,实际上是对赎罪论的否定。

其次,贝卡里亚主张刑罚的目的仅在于预防犯罪,并表明了双重预防的思想。他说:“刑罚的目的仅仅在于:阻止罪犯再重新侵害公民,并规诫其他人不要重蹈覆辙。”^②

尽管“特别预防”和“一般预防”的概念是由贝卡里亚之后的边沁所提出的,但贝卡里亚已经清楚地表达了这两个层次的思想。“阻止罪犯再重新侵害公民”,指的便是特殊预防。贝卡里亚这里所表达的特殊预防,尚未重视通过刑罚的教育功能使犯罪人不再危害社会的价值,而主要是从“隔离”的立场出发,强调剥夺犯罪人危害社会的客观条件,使其无法再危害社会。“规诫其他人不要重蹈覆辙”,则指的是一般预防。有学者认为,贝卡里亚这里主要是指通过国家的刑罚,来阻止受害人对犯罪人实施同样的报复。我们不能说这样的理解没

① 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 42 页。

② 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 42 页。

有道理,但从总的方面讲,理解为通过实施刑罚规诫其他公民不再犯相同的罪,应当说更合理一些。

在刑罚的双重预防目的中,贝卡里亚更强调一般预防的价值。他说:“什么是刑罚的政治目的呢?是对其他人的威慑。……重要的是不要让任何暴露的罪犯逍遥法外,而没必要去揭露谁犯有湮没无闻的罪行。当恶果已成为无可挽回的事实之后,只是为了不使他人产生犯罪不受惩罚的幻想,才能由政府社会对之科处刑罚。”^① 另一方面,他的上述论点也进一步阐明了他反对报应刑的思想。一种犯罪发生后,如果它并未被公众所发觉,因而犯罪人的不受惩罚不至于成为其他人实施同样犯罪的动机,那么这种“湮没无闻的罪行”就没有必要去揭露它。

值得特别注意的是,贝卡里亚不仅指出刑罚目的在于预防犯罪,而且进一步认识到,预防犯罪的目的并不能仅靠适用刑罚来达到。他不是一个刑罚至上论者。他认为,要预防犯罪,第一,必须树立法律的权威。要预防犯罪,“就应该把法律制定得明确和通俗;就应该让国家集中全力去保卫这些法律,而不能用丝毫的力量去破坏这些法律;就应该使法律少为人的某些阶层服务,而让它为人服务;就应该让人畏惧这些法律,而且是让他们仅仅畏惧法律。对法律的畏惧是健康的,然而人对人的畏惧则是有害的,是滋生犯罪的。受奴役的人比自由人更加纵欲、放荡和残忍。”^② 第二,应当极力传播知识,发展科学,让光明伴随着自由。因为“知识传播得越广泛,它就越少滋生弊端,就越加创造福利。一个胆大妄为的骗子往往是非凡的人,愚昧的人民对他顶礼膜拜,明达的智者则对他嗤之以鼻。知识有助于鉴别事物,并促进各抒己见,使很多情感相互对照。……当光明普照国家的时候,愚昧无知的诽谤将停息,丧失理性的权威将发抖,法律

① 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第31页。

② 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第104—105页。