

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

学术顾问 高铭暄 王作富
编委会主任 戴玉忠



●刘明祥 田宏杰 主编

刑事法探究

Research on Criminal Law

(第一卷)



中国人民公安大学出版社

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

学术顾问 高铭暄 王作富

编委会主任 戴玉忠

刑事法探究

(第一卷)

刘明祥 田宏杰 主编

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法探究. 第一卷/刘明祥, 田宏杰主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007. 5

ISBN 978-7-81109-687-3

I. 刑… II. ①刘…②田… III. 刑法—研究—中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 044267 号

刑事法探究 (第一卷)

Research on Criminal Law (1)

刘明祥 田宏杰 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2007 年 5 月第 1 版

印 次: 2007 年 5 月第 1 次

印 张: 32.75

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 550 千字

印 数: 0001 ~ 2000 册

ISBN 978-7-81109-687-3/D·647

定 价: 72.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

刑 事 法 探 究

编辑委员会

学 术 顾 问：高铭暄 王作富

编委会主任：戴玉忠

成 员 （以姓氏笔画为序）：

冯 军 田宏杰 朱文奇 刘明祥

张小虎 肖中华 何家弘 陈卫东

赵晓耕 黄京平 韩玉胜 谢望原

主编助理：付立庆

主 编 絮 语

当今时代是一个编织强国梦的时代，一个勾画宏伟蓝图的时代。

一直以来，“究天人之际，通古今之变，成一家之言”是中国知识分子秉持的学术理想，而宋儒张载的“为天地立心，为生民立命，为往世继绝学，为万世开太平”则被中国知识分子视为义不容辞的伟大使命。

《中华人民共和国宪法》以国家根本法的形式确认：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。”社会主义法治国家的建设与发展，必然要求和促进法学学术的发展与繁荣，学术的繁荣和发展必然要适应和引导人类文明进步的潮流。服务和服从于社会的发展和需要历来都是社会科学的主要使命。作为社会科学的一个重要分支，包括刑事法律科学在内的法学近年来已成为显学，法学院校数量的急剧增加、在校学生的成倍增长、法学专家参与社会事务的频繁亮相等，同法学学术类出版物的大量问世一道构成了亮丽的风景线。这些法学学术出版物的迅猛出版，以其巨大的推动力，极大地促进和推动了包括刑事法学在内的法学学术的拓展，其功显而易见，其用可圈可点。

正是在这种大背景的影响下，经运筹策划，作为刑事法学学术类出版物的新锐——《刑事法探究》（第一卷）由国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心编辑审定，与广大读者正式见面了。

《刑事法探究》的宗旨是以学术探究为使命，弘扬刑事法律文化，倡导人文关怀，秉持大刑法的理念和视野，致力于推进我国刑事法治

的理论研究和实践探索，为刑事法治现代化的实现尽心尽力。基于此，《刑事法探究》强调刑事法学科之间的融合、追求刑事法理论与实践的融通、期冀刑事法研究方法的变革、渴盼刑事法研究品格的提升。

《刑事法探究》共设置五个栏目，即【前沿聚焦】、【理论探索】、【实务观察】、【域外追踪】和【学子论坛】。其中，【前沿聚焦】通过对刑事法各学科理论研究的前沿问题以及刑事立法发展、刑事司法改革最新动态的研讨，以为刑事法学界把握刑事法学各学科的发展走向提供交流对话的平台；【理论探索】着力探讨刑事法学基础理论研究中的疑难问题，以期能对刑事法学各学科基础理论研究的深化有所助益；【实务观察】致力于我国刑事法律司法适用中的疑难问题、热点和焦点问题的考察和分析，为司法实务提供具体可操作的解决办法；【域外追踪】则通过对境外（包括我国港澳台地区）刑事法学立法、司法、理论研究现状的介述研讨，为我国刑事法治建设提供有益借鉴之参照；【学子论坛】旨在为法学界的新秀提供展示才华的阵地。

在本期，【前沿聚焦】栏目中我们共选编了四篇文章，内容主要涉及刑法和刑事诉讼法两个学科。

犯罪构成理论向来被认为是刑法理论王冠上的宝石，是刑法理论水平的重要标志。吉林大学法学院的王志远博士对犯罪成立理论“情有独钟”，之前曾先后在陈兴良教授主编的《刑事法评论》2005年第17卷、《中国刑事法杂志》2006年第1期发表两篇关于犯罪构成体系的论文，现又以“犯罪成立理论研究范式的批判性思考”为题，提出自己的见解。在其“犯罪成立理论研究范式的批判性思考”一文中，王志远博士通过对目前我国犯罪成立理论研究中主要范式（包括中外对应的视角、相对主义的假设、逻辑上的优劣观、多元共存的视角）的批判思考，提出了功能性视角，即应当从是否能够完成合理认定犯罪任务这一标准来评判一个犯罪成立理论模式是否妥当、优劣。进而提出，以我国平面化犯罪成立理论体系所存在的功能性缺陷（形式化

缺陷修正机制不合理)为切入口提出重构方案,并最终认为,应借鉴欧美犯罪成立理论先形式后实质、实质修正形式的体系性思路。本文观点新颖,分析独到、深刻,论证严密,语言流畅,值得一读。美中不足的是,其最后提出关于借鉴欧美犯罪成立理论体系的结论因论证较为单薄而略显突兀。

从刑事诉讼的角度研究犯罪构成并非我国学者的独创。早在20世纪,国外刑法学者就已经开始从该角度研究犯罪构成,如特拉伊宁在其代表作《犯罪构成的一般学说》一书中就曾专章研究犯罪构成与刑事诉讼的关系,小野清一郎在其《犯罪构成要件理论》一书中有较多内容研究犯罪构成与刑事诉讼的关系。受其影响,近年来,我国刑法学者也开始从刑事诉讼的角度来探讨这一问题,但对犯罪构成体系结构的研究却不多见。田宏杰和关振海的论文“犯罪构成体系与刑事诉讼——兼论刑事诉讼对犯罪构成体系的结构要求”,以“鉴于三大法系犯罪构成体系的区分主要是犯罪构成体系结构的差异以及犯罪构成体系功能的发挥主要依赖于其结构”为出发点,通过对犯罪构成体系与刑事诉讼若干范畴关系的分析,揭示出“刑事诉讼对犯罪构成体系的结构要求:一是积极构成要件与消极构成要件的齐备;二是积极构成要件与消极构成要件地位的平等。”虽然论文对于某些问题的思考还有待于深入,但却为我们对犯罪构成和刑事司法体制改革研究提供了一个新的视角。故特此编选该文,供读者评析。

在人权保障成为时代主题的历史条件下,刑法的谦抑思想成为抑制国家权力滥用、保障人权的坚强卫士。王充博士以“刑法的谦抑与谦抑的刑法”为题,分别从何谓刑法的谦抑、刑法的谦抑为何以及刑法如何谦抑三个方面对有关刑法的谦抑问题的论述进行了细致的梳理,这对于深化我们关于刑法的谦抑思想的认识不无裨益。

刑事诉讼法的再修改无疑是2006年刑事诉讼法学界讨论最热烈的话题。李奋飞博士的论文“超期羁押的制度性治理——以刑事诉讼法的再修改为中心”,以现行诉讼实践中存在的超期羁押这一严重违反

人权的现象为话题，通过揭示其程序法诱因，进而以刑事诉讼法的再修改为契机，提出了若干完善意见，具有一定的价值。

在【理论探索】这一栏目中，我们共选编了十篇文章，涉及刑事法研究的多个领域，都是很有创见的力作。

在人道主义思想的影响下，近年来，刑罚的轻缓化、非监禁化已成为刑罚改革的重点与发展趋向。作为非监禁化的一种行刑方式或者刑事处遇措施，社区矫正正是在这样的时代背景下发展起来的。陈兴良教授以“社区矫正的法理分析”为题，通过对社区矫正的性质、范围、机构及其人员、措施的阐述，提出了包括社区矫正的执行主体、服刑人员的法定义务、考评体系、保障机制、《社区矫正法》与其他法律的协调在内的立法完善建议以及机构健全、人员配备的改善措施，必将对完善我国社区矫正的立法和实践工作起到积极的推进作用。

张绍谦教授与王冠合写的论文“论我国刑法中的罪度问题”，围绕罪度这一我国刑法所有犯罪成立的必备要素展开论述。在揭示我国刑法所存在的罪度规定之后，分别从立法技术、民族法律文化和国家的体制架构与权力分配三个层面对我国刑法规定罪度的正当根据进行了充分的论证，进而提出“罪度判断应是犯罪成立思路中的一个独立阶段”的观点。由于我国刑法规定犯罪的罪度问题具有合理性，并不违反罪刑法定原则，不会妨碍实现刑法保障功能。因而，提出了完善我国刑法有关罪度的规定：一是应在刑法总则中增设对罪度内容的统一规定；二是以有权解释的形式规定个罪的危害程度问题。全文论证严密、旁征博引，值得推荐。

黎宏教授的论文“行为共同说之提倡”是关于共同犯罪本质之“共同”属于“犯罪共同”还是“行为共同”这一传统争议的力作。通过批判“部分犯罪共同说”存在的缺陷，认为共同犯罪本质应是“行为共同说”。值得注意的是，虽然作者在共同犯罪的本质上提倡行为共同说，但对过失共同正犯和片面共同正犯持否定态度。

黄明儒教授和付立庆博士分别围绕犯罪构成理论中影响刑事责任

判定之刑事责任年龄和违法性之主观违法要素作了十分精彩的论述。“论刑事责任年龄的若干问题”一文主要探讨刑事责任年龄在实践中的适用。而“论主观违法要素的诞生与发展——以德国刑法理论为线索的展开”则主要分析主观违法要素理论在其发源地——德国的诞生和发展历程。另外，黄旭巍博士的论文“原因自由行为序说”也是关于犯罪构成理论之责任能力方面的力作。

梁莉博士在其论文“德国刑法作为义务实质根据的考察——兼论中国刑法作为义务实质根据的理论”中对德国刑法作为义务实质根据的各种理论进行了细致的梳理，这对于更加全面和系统认识并进一步借鉴这一理论无疑具有启发意义。

李荣博士的论文“解释中的法官解释——从刑法适用的角度”和杨彩霞博士的论文“论我国刑法空间效力区际冲突的协调”都是关于刑法适用的精彩之作，所不同的只是前者是从法官解释法律的角度来谈刑法适用，而后者是从协调刑法空间效力区际冲突的角度来探讨刑法的适用。尤其值得一提的是，杨彩霞博士关于国内犯、国外犯与区内犯、区外犯的区分，对作为国内犯的区外犯适当放宽双重犯罪原则的限制，以及否定刑事诉讼法成为内地管辖的法律依据，主要遵循属地原则优先、同为犯罪地时先理一方优先等具体规则通过协议分别情况确立管辖归属的见解让人耳目一新。

孙春雨博士的论文“我国剥夺政治权利刑存在的问题及其完善”，利用其丰富的司法实务工作经验，对我国剥夺政治权利刑在立法上和司法上存在的主要问题和不足进行了认真梳理，对如何完善我国剥夺政治权利刑提出了一系列中肯而富有见地的建议。

在【实务观察】栏目中，我们共编选了三篇文章。

侯国云教授在“数罪并罚具体方法的错误与矫正”一文中，针对刑法理论界和实务部门对我国现行刑法第69条规定的数罪并罚方法的错误理解，提出了自己的独到见解：其一，现行刑法第99条的规定属于解释性条文，现行刑法第69条的规定属于实体性条文，如将前一规

定适用于后者，就会出现严重的矛盾和问题，因此认为现行刑法第69条规定的“总和刑期以下、最高刑期以上”不能包括最高刑期和总和刑期，但特殊情况除外。其二，针对多年来人民法院在数罪并罚的实践中对现行刑法第69条规定的“酌情”之随意做法，总结一种基本的并罚方法——“取中间数法”。其三，针对实践中将现行刑法第69条规定“决定执行的刑期”不能超过20年错误地理解为“总和刑期”不能超过20年，提出这一错误的原因在于将数罪并罚错误地理解为“既可执行总和刑期，也可执行数刑中的最高刑期”。

高维俭副教授和其两位硕士研究生查国防、范永玲的论文“胎儿性别鉴定犯罪化问题实证研究”，从实证的角度对现实生活中普遍存在的胎儿性别鉴定行为进行了分门别类、深入细致的实证考察，这不仅对于实证研究极为匮乏的我国法学研究具有重要意义，而且势必使读者对于胎儿性别鉴定犯罪化的不合法理，尤其是其与法不责众和现代刑法谦抑理念之间的紧张与冲突，将会有着深刻的感悟。

张波在“论帮助毁灭、伪造证据罪——以共犯从属性为中心”一文中，以共犯从属性为理论基础，认为帮助毁灭、伪造证据罪只能发生在刑事诉讼中；当事人的范围没有必要包括被害人；帮助行为不能解释为包括教唆。并针对该罪无法处罚单独实行毁灭、伪造他人刑事证据的行为的立法缺陷，提出如果将刑法第305条规定中“隐匿罪证”和“作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人”并列，就会得出一个新的罪名，即隐匿罪证罪，将其主体“证人”作广义的解释，即包括被告人在内，便可通过处罚共犯的形式弥补上述缺陷。这一主张不仅新颖，而且具有较强的说服力。

在【域外追踪】栏目中，我们共编选了四篇文章，既有国外司法实务前沿的详细介绍，又有国外理论的精彩阐述。

张杰的论文“论美国死刑适用程序”分别从管辖和审前程序、审判程序、救济程序、执行程序几个方面为我们展示了美国死刑适用程序的全貌。“他山之石，可以攻玉”，正如作者自己在“结语”中所

言，这对于我们这样一个保留并适用死刑非常频繁的国度，在通过程序限制死刑适用呼声愈来愈高的今天，借鉴美国死刑适用程序中的合理因素，摒弃其不合理因素，并引以为鉴，最终为完善我国死刑适用程序提供参照，应当说是大有必要、大有裨益的。

腐败问题是一个全球性问题，腐败犯罪在全球发展形势的日益严峻和危害的日益严重促成了《联合国反腐败公约》的出台。苏彩霞副教授在“《联合国反腐败公约》述评”一文中，通过对《联合国反腐败公约》制定的现实基础、历史进程、主要内容及立法特点的阐述，高度评价了《联合国反腐败公约》的国际刑法意义，即通过国际刑事合作领域的扩大、刑事司法协助新思路的开展、新颖的履约监督机制的实行等制度创新和实务变革，促进了国际刑法的新发展。

罗翔博士在“美国强奸法改革运动述评”一文中，通过对20世纪后期美国开展的强奸法改革运动的背景、具体措施进行了详尽的介绍分析，这将为我国保护被强奸妇女的合法权益提供一个有益的借鉴参照。

张曙光在“大陆法系违法性认识研究”一文中对这一最初出现于19世纪初期的大陆法系刑法理论分别从起源、理论形成、体系地位、内涵等基本因素进行了详细的阐述，进而指出：违法性认识，本质上是责任的问题；只有从责任的角度，才能真正把握违法性认识的精髓。

在【学子论坛】一栏中，我们共择选了两篇文章，其内容之精彩让我们深感后生可畏。

钱叶六、邓文莉合写的“前科消灭制度及其在中国刑事法律中的建构”一文，通过反思我国前科制度“一日行窃，终身是贼”的刑罚标签观及其后遗影响，阐释其他国家关于前科消灭制度立法现状，探索其价值意蕴，并对于前科消灭制度在我国刑事法律中的建构进行了有益的探索。

李运平的“侵犯个人信息行为犯罪化分析”一文，鉴于侵犯与公民的人身安全、财产利益、生活安宁、人格利益等联系越来越紧密的

个人信息行为的危害越来越大，提出通过刑法对其予以规制的观点，体现了作者敏锐的观察力。

编辑完本期论文，望着打印出来的厚厚稿件，不由得想起了英国哲学家培根有句名言：“对于一切事物，尤其是最艰难的事物，人们不应期望播种与收获同时进行，为了使它们逐渐成熟，必须有一个培育的过程。”

中国刑事法治的实现首先是一个学术积累的过程。《刑事法探究》为每一个有志于刑事法治建设的同仁提供了一个贡献自己才华的平台，它是我们共同播撒希望种子的乐土，是我们共同守望的精神家园。在这里，没有急功近利，没有浮躁，只有理性的沉思和思想火花的闪耀。怀着一颗赤诚心，我们期待您的关注和热情参与，期待它因为我们的共同努力而枝繁叶茂，声名久远。

主编 刘明祥 田宏杰

二〇〇七年一月

目 录

◇ 前沿聚焦 ◇

犯罪构成体系与刑事诉讼关系解读

——兼论刑事诉讼对犯罪构成体系的结构要求 田宏杰 关振海 (3)

犯罪成立理论研究范式的批判性思考 王志远 (16)

刑法的谦抑与谦抑的刑法 王 充 (29)

超期羁押的“制度性”治理

——以刑事诉讼法的再修改为中心 李奋飞 (48)

◇ 理论探索 ◇

社区矫正的法理分析 陈兴良 (67)

行为共同说之提倡 黎 宏 (80)

论我国刑法中的罪度问题 张绍谦 王 冠 (113)

论刑事责任年龄的若干问题 黄明儒 (133)

论主观违法要素理论的诞生与发展

——以德国刑法理论为线索的展开 付立庆 (165)

德国刑法作为义务实质根据的考察

——兼论中国刑法作为义务实质根据的理论 栾 莉 (205)

解释中的法官解释

——从刑法适用的角度 李 荣 (231)

目 录

论我国刑法空间效力区际冲突的协调	杨彩霞 (243)
原因自由行为序说	黄旭巍 (274)
我国剥夺政治权利刑存在的问题及其完善	孙春雨 (299)

◇ 实务观察 ◇

数罪并罚具体方法的错误与矫正	侯国云 (337)
论帮助毁灭、伪造证据罪 ——以共犯从属性为中心	张 波 (345)
胎儿性别鉴定犯罪化问题实证研究	高维俭 查国防 范永玲 (357)

◇ 域外追踪 ◇

论美国死刑适用程序	张 杰 (381)
《联合国反腐败公约》述评	苏彩霞 (414)
美国强奸法改革运动述评	罗 翔 (440)
大陆法系违法性认识研究	张曙光 (452)

◇ 学子论坛 ◇

前科消灭制度及其在中国刑事法律中的建构	钱叶六 邓文莉 (471)
侵犯个人信息行为犯罪化分析	李运平 (490)
征稿启示	(505)

前沿聚焦

2014.7.10.13.

犯罪构成体系与刑事诉讼关系解读

——兼论刑事诉讼对犯罪构成体系的结构要求

田宏杰 关振海*

内容摘要：从刑事诉讼的角度探讨犯罪构成体系的结构，既是法学实践品格的内在要求，也是刑事一体化的重要组成部分。犯罪构成体系功能的发挥最终要通过刑事诉讼程序来实现，因此，契合刑事诉讼程序的犯罪构成体系更有利于刑事正义的实现。刑事诉讼对犯罪构成体系的结构要求有两点：一是积极构成要件与消极构成要件的齐备；二是积极构成要件与消极构成要件地位的平等。

关键词：犯罪构成体系 刑事诉讼 积极构成要件 消极构成要件

目 次

引 言

- 一、犯罪构成体系与刑事诉讼目的
- 二、犯罪构成体系与无罪推定原则
- 三、犯罪构成体系与刑事诉讼职能
- 四、犯罪构成体系与刑事诉讼构造
- 五、犯罪构成体系与刑事诉讼阶段
- 六、犯罪构成体系与刑事诉讼证据
- 七、结 语

引 言

近年来，学界对改革我国传统犯罪构成理论的呼声日益高涨，且已有不少成

* 田宏杰，中国人民大学法学院刑法学教授、博士生导师，法学博士。关振海，中国政法大学2004级刑法学硕士研究生。