



Xingfa xue
boshi lunwen jingcui

韩玉胜 主编

中国检察出版社

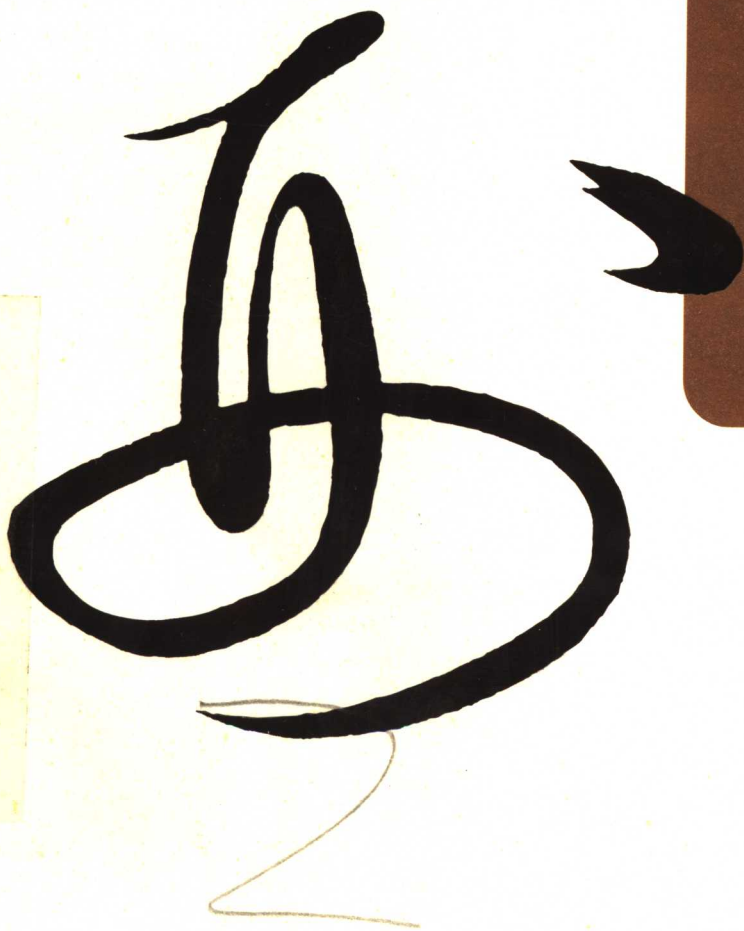
刑法學 博士論文 精萃

精

萃



2006届



刑法學

博士論文



D914.01-53/2
:2006
2007



韩玉胜 主编

刑法學 博士論文

精

萃



2006届

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法学博士论文精萃 (2006 届) / 韩玉胜主编. — 北京: 中国检察出版社, 2007. 4

ISBN 978 - 7 - 80185 - 753 - 8

I. 刑… II. 韩… III. 刑法 - 法的理论 - 文集 IV. D914.01 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 045470 号

刑法学博士论文精萃 (2006 届)

韩玉胜 主编

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm × 960mm 16 开

印 张: 48.5 印张

字 数: 896 千字

版 次: 2007 年 6 月第一版 2007 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 753 - 8/D · 1729

定 价: 85.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

编写说明

中国人民大学的刑法专业博士论文已经有数百篇了，这是一笔宝贵的财富。每篇博士论文都是作者的呕心沥血之作，为了写好自己的博士论文，有多少博士研究生度过了不能胜数的日日夜夜，甚至到了废寝忘食的程度。每篇博士论文都经过了导师的精心指导，也经过了刑法学界专家教授们的悉心指点，得到了专家教授们对进一步完善论文的建议。这些博士论文中的一部分已经在答辩之后经过修改成书问世，但是绝大部分论文都安静地摆放在图书馆的书架上，而查阅这些论文既费力又耽误时间。为了更好地使学界了解这些论文的主要内容，中国人民大学刑事法律科学研究中心决定从2006年开始，把每年的刑法学博士论文以摘编的形式做成“刑法学博士论文精萃”，并且逐步把历年的刑法学博士论文也按照年度摘编出版。

2006级的刑法专业博士研究生张天虹、司绍寒、冉巨火、李文广、吴文志、王琼、刘晓虎、张亚平、常宁、左袖阳、钱叶六、喻海松、蔡新苗、张杰、谭淦等承担了本书的摘编工作，刑法专业的硕士研究生夏心欣、佟瑶、洪灶发和法律硕士研究生申远、陈婧等承担了本书的文字校对工作。

本书的出版得到了中国检察出版社的大力支持，在此表示由衷的感谢！

中国人民大学刑事法律科学研究中心

2007年2月

目 录

● 犯罪总论问题研究

中国罪刑法定原则的百年变迁研究	彭凤莲 (导师高铭暄教授) 1
【论文概览】	1
【主要论点】	2
一、罪刑法定原则概览	2
二、罪刑法定原则登陆中国	4
三、民国时期的罪刑法定原则	10
四、新中国初期的罪刑法定原则问题	12
五、1979 年刑法时期的罪刑法定原则问题	14
六、1997 年修订刑法中罪刑法定原则的确立	16
七、罪刑法定原则百年变迁的省思	18
八、罪刑法定原则在当下的实施	20
刑法人权保障功能研究	彭辅顺 (导师黄京平教授) 24
【内容概览】	24
一、刑法人权保障功能概说	24
二、刑法人权保障功能的人性基础	24
三、刑法人权保障功能的定位选择	24
四、刑法人权保障功能的立法体现	25
五、罪刑裁量与刑法人权保障功能	25
【主要论点】	26
一、刑法人权保障功能概说	26
二、刑法人权保障功能的人性基础	31
三、刑法人权保障功能的定位选择	34
四、刑法人权保障功能的立法体现	39
五、罪刑裁量与刑法人权保障功能	46
引渡司法审查研究	薛淑兰 (导师王作富教授) 54
【论文概览】	54
【主要论点】	55

一、引渡导论	55
二、引渡司法审查概述	57
三、准予引渡条件的实体审查	61
四、应当拒绝引渡情形的实体审查	69
五、可以拒绝引渡条件的实体审查	70
六、外国向我国提出引渡请求的司法审查程序	71
七、我国向外国提出引渡的审查程序	71
八、完善我国引渡法与引渡条约的建议	76
事实错误论	陈 琴(导师谢望原教授) 79
【论文概览】	79
【主要论点】	81
一、事实错误之范畴	81
二、具体的事实错误	87
三、抽象的事实错误	91
四、共犯的事实错误	96
非犯罪化研究	贾学胜(导师韩玉胜教授) 101
【论文概览】	101
【主要论点】	101
一、刑事政策与非犯罪化	101
二、非犯罪化的概念界定	103
三、非犯罪化的理论根据	106
四、非犯罪化的基本理论	110
五、刑事实体法上的非犯罪化	115
六、刑事程序法上的非犯罪化	122
结语:非犯罪化研究的建言和结论	126
实行犯研究	叶良芳(导师卢建平教授) 128
【论文概览】	128
【主要论点】	129
一、实行犯概述	129
二、实行犯的构成要件	131
三、实行犯的存在范围	135
四、实行犯的未完成形态	136
五、实行犯的过限形态	140
六、实行犯的刑事责任	146
吸收犯研究	陈鹏展(导师黄京平教授) 148
【论文概览】	148
【主要论点】	148

一、导论	148
二、关于吸收犯的理论比较	149
三、关于吸收犯的吸收形式	152
四、关于吸收犯的存废	158
五、关于吸收犯的罪数本质	160
六、结论	164
亲告罪研究	罗 欣 (导师王作富教授) 168
【论文概览】	168
【主要论点】	169
一、亲告罪原论	169
二、亲告罪的犯罪论问题	172
三、亲告罪与非刑罚化处理	179
四、亲告罪的价值探寻	183
五、亲告罪制度论	186
诱惑侦查中的刑法问题研究	翟金鹏 (导师黄京平教授) 193
【论文概览】	193
【主要论点】	193
一、诱惑侦查概说	193
二、诱惑侦查行为的非犯罪化与犯罪化问题研究	199
三、被诱惑行为的非犯罪化与犯罪化问题研究	201
四、诱惑侦查主体的刑事责任问题研究	204
五、被诱惑者的刑事责任问题研究	207
六、诱惑侦查所致犯罪的定罪量刑问题	211

● 刑罚总论问题研究

死刑司法控制论	马松健 (导师赵秉志教授) 214
【论文概览】	214
【主要论点】	214
一、死刑裁量的积极标准	215
二、死刑裁量的消极标准	223
三、死缓裁量的标准	226
暴力犯罪死刑问题研究	黄晓亮 (导师赵秉志教授) 237
【论文概览】	237
【主要论点】	237
一、暴力犯罪死刑问题概述	237
二、暴力犯罪死刑的司法适用	241

三、暴力犯罪死刑存废观念的评析	248
四、废止暴力犯罪死刑的基本立论	252
五、废止暴力犯罪死刑的路径与策略	260
中国非暴力犯罪死刑限制与废止研究	张远煌(导师赵秉志教授) 268
【论文概览】	268
【主要论点】	269
导论	269
一、死刑的功能与命运	270
二、非暴力犯罪死刑废除根据的犯罪学考察	275
三、中国非暴力犯罪死刑立法的演变	280
四、非暴力犯罪死刑的司法控制	284
结束语:非暴力犯罪死刑替代措施之建言	289
缓刑制度研究	吴 声(导师高铭喧教授) 292
【论文概览】	292
【主要论点】	292
一、缓刑制度概论	292
二、中国缓刑制度之现实考察	301
三、中国缓刑制度之实体法完善	304
四、中国缓刑制度之程序法完善	310
五、中国缓刑考察制度的完善	316
缓刑研究	王炳宽(导师黄京平教授) 320
【论文概览】	320
【主要论点】	321
一、缓刑的概念、起源和演变	321
二、缓刑的基本理论	323
三、缓刑的类型	326
四、缓刑与社区矫正	330
五、缓刑与刑事政策	332
六、缓刑的适用条件	335
七、缓刑的考验期	339
八、缓刑的考察	344
九、缓刑的命运及我国缓刑制度的完善	348

● 刑法各论问题研究

中国国有资产刑法保护研究	杨子良(导师卢建平教授) 352
【论文概览】	352

【主要论点】	352
一、国有资产概说	352
二、国有资产状况调查	353
三、国有资产刑法保护的必要性及相关理论问题分析	360
四、国有资产刑法保护的基本理念探讨	362
五、国有资产刑法保护的立法状况、问题及对策	370
六、国有资产刑法保护的司法疑难问题与对策	375
我国金融诈骗罪疑难问题研究	王 萍 (导师高铭喧教授) 382
【论文概览】	382
【主要论点】	382
一、金融诈骗罪概述	382
二、金融诈骗罪犯罪构成特征	383
三、金融诈骗罪的司法认定	385
四、审判实务中金融诈骗具体犯罪疑难问题研究	392
五、审判实务中金融诈骗具体犯罪疑难问题研究	403
中国知识产权刑法立法国际化研究	刘 科 (导师胡云腾教授) 412
【论文概览】	412
【主要论点】	413
一、知识产权刑法立法国际化的原因	413
二、西方主要发达国家及国际公约有关知识产权刑法立法之考察	416
三、中国知识产权刑法立法国际化的原则及其贯彻	423
四、中国知识产权刑法立法模式的转变	427
五、中国知识产权刑法立法的罪种与罪状改革	429
六、中国知识产权刑法立法的刑罚改革	435
诈骗罪研究	张志勇 (导师姜 伟教授) 438
【论文概览】	438
【主要论点】	438
一、诈骗罪概述	438
二、诈骗罪的犯罪客体	439
三、诈骗罪的对象	442
四、诈骗罪的犯罪客观方面	444
五、诉讼诈骗	459
六、诈骗罪与合同诈骗罪的具体认定	460
司法工作人员渎职犯罪基本问题研究	刘志高 (导师顾肖荣教授) 463
【论文概览】	463
【主要论点】	464
一、司法工作人员渎职犯罪的立法	464

二、司法工作人员渎职犯罪概论	469
三、司法工作人员渎职犯罪的构成特征	473
四、司法工作人员渎职犯罪的共犯形态	478
五、司法工作人员渎职犯罪的罪数形态	484
六、司法工作人员渎职犯罪的刑罚处罚	489
七、司法人员渎职犯罪若干疑难问题研讨	491
八、司法工作人员渎职犯罪的立法完善	492

● 比较刑法问题研究

中美定罪量刑机制比较研究	孙春雨(导师韩玉胜教授) 499
【论文概览】	499
【主要论点】	500
一、美国定罪量刑机制在犯罪嫌疑人、被告人人权保障方面的启示	500
二、美国定罪量刑机制在刑事司法权力分权制衡制约方面的启示	503
三、关于完善我国定罪量刑机制的思考和建议	504
中俄罪数形态理论比较研究	张春喜(导师黄京平教授) 520
【论文概览】	520
【主要论点】	520
一、中俄罪数形态理论概述	520
二、关于中俄刑法一罪理论的比较	523
三、中俄刑法数罪理论	531
身份犯比较研究	徐留成(导师谢望原教授) 538
【论文概览】	538
【主要论点】	538
一、我国刑法中的身份犯	538
二、境外及我国港、澳、台地区刑法以及国际刑法中身份犯之比较研究	548
三、身份犯疑难问题比较研究	560
四、完善我国刑法中身份犯立法构想	567
刑事没收研究——国际法与比较法的视角	何 帆(导师邵沙平教授) 572
【论文概览】	572
【主要论点】	572
一、没收法的发展概况	572
二、刑事没收的法律性质	574
三、刑事没收的对象	578
四、刑事没收司法程序	587
五、刑事没收的国际合作	600

结论	604
德国刑法中的客观归责研究	吴玉梅 (导师高铭喧教授) 606
【论文概览】	606
【主要论点】	607
一、客观归责的理论基础	607
二、客观归责的第一支柱: 意志归责	608
三、客观归责的第二支柱: 规范归责	610
四、客观归责的体系	618
五、客观归责的研究结论	626

● 刑事政策问题研究

犯罪分层的刑事政策与刑事立法意义研究	叶希善 (导师卢建平教授) 628
【论文概览】	628
【主要论点】	629
一、基础概念辨析	629
二、犯罪分层概述	632
三、犯罪分层与刑事决策——以严打为标本	635
四、犯罪分层与统一刑法体系	636
五、犯罪分层与狭义刑法体系	639
六、犯罪分层的经验考察	643
七、犯罪分层的根据与规则	648
无被害人犯罪的刑事政策与刑事立法研究	肖 怡 (导师卢建平教授) 654
【论文概览】	654
【主要论点】	655
一、“无被害人犯罪”的概念	655
二、无被害人犯罪的主要类型	660
三、国内外关于无被害人犯罪立法的比较研究	664
四、无被害人犯罪刑事立法政策的理性选择	665
五、我国无被害人犯罪刑事立法政策的应然选择	669
刑事政策体系中的民间社会	黄晓宇 (导师卢建平教授) 672
【论文概览】	672
【主要论点】	673
一、治理理论: 民间社会与官方 (国家) 的相互关系和治理分工的分析 框架与理论背景	673
二、民间社会在刑事政策体系中的角色转型: 由参与配合型到协同支持型	678
三、刑事政策体系中民间社会与官方 (国家) 的治理分工: 专治与共治 领域的形成	682

●国际刑法问题研究

战争罪刑事责任研究	卢有学 (导师朱文奇教授) 693
【论文概览】	693
【主要论点】	696
一、关于战争罪的概念	696
二、关于战争罪在我国的国内立法	698
三、关于战争罪的管辖	701
四、关于指挥官刑事责任原则	702
五、关于战争罪的刑事豁免权	704
六、关于执行命令不免责原则	707
七、关于赦免	709
法人犯罪的国际法律控制	范红旗 (导师邵沙平教授) 712
【论文概览】	712
【主要论点】	713
一、法人犯罪国际法律制度的理论归结	713
二、作为国际犯罪主体的法人	716
三、我国单位犯罪的立法完善	724

●中国刑法史问题研究

唐代死刑研究	王平原 (导师赵晓耕教授) 733
【论文概览】	733
【主要论点】	734
一、唐代死刑立法	734
二、唐律中的死罪	738
三、唐代死刑刑罚	747
四、唐代死刑程序	753
五、唐代死刑思想	758

● 犯罪总论问题研究

中国罪刑法定原则的百年变迁研究

作者：彭凤莲 导师：高铭暄教授

【论文概览】

一、罪刑法定原则概览。本章的主要内容有：罪刑法定原则的思想渊源、罪刑法定原则的基本类型、罪刑法定原则的价值、罪刑法定原则的衍生原则、罪刑法定原则的宪政基础。

二、罪刑法定原则登陆中国。本章的主要内容有：罪刑法定原则与中国法律传统、明末清初启蒙思想家的法观念、清末立宪、罪刑法定原则的引入。

三、民国时期的罪刑法定原则。本章的主要内容有：民初的罪刑法定原则、南京国民政府时期的罪刑法定原则、对民国时期罪刑法定原则的评价、中国台湾地区罪刑法定原则的变迁。

四、新中国初期的罪刑法定原则问题。本章的主要内容有：新中国初期的宪政建设、新中国初期刑事法制建设与罪刑法定原则、对“文革”期间典型政治法律事件的分析、对新中国初期罪刑法定原则的评价。

五、1979年刑法时期的罪刑法定原则问题。本章的主要内容有：法律理性与人权保障、1979年刑法典与罪刑法定原则、对1979年刑法时期罪刑法定原则的评价。

六、1997年修订刑法中罪刑法定原则的确立。本章的主要内容有：类推制度的废除、罪刑法定原则的确立、对1997年修订刑法中罪刑法定原则的评价。

七、罪刑法定原则百年变迁的省思。本章的主要内容有：罪刑法定原则在中国变迁的主要原因、中国罪刑法定原则百年变迁的重要启迪。

八、罪刑法定原则在当下的实施。本章的主要内容有：人权意识的增强、

中国罪刑法定原则的立法完善、中国罪刑法定原则的司法贯彻。

【主要论点】

一、罪刑法定原则概览

(一) 罪刑法定原则的思想渊源

1. 自然法思想

自然法对人类政治生活的影响之一是, 提倡人类平等主义与鼓吹天赋人权。它在历史上影响最大的是 17、18 世纪。然 17、18 世纪的自然法实为中世纪的遗传物, 而中世纪的政治哲学又多得之于希腊、罗马。导源于希腊哲学家的自然法, 经历代学者的发挥传播, 势力渐增, 威严渐高。迨至格劳秀斯、洛克, 则俨然成一系统学说, 以理性为本, 以扶持人类自由平等为用。按照自然法, 人人皆平等、自由与独立。自然法不但在自然状态 (state of Nature) 中有其效力, 在政治社会中效力更为显著。政治社会的最大功用即在司理自然法。大多数学者在论及罪刑法定原则的渊源时都没有提及自然法理论, 但笔者认为, 保障人权是罪刑法定原则的核心思想, 而对人权的重视与保障正是自然法思想的核心内容, 所以自然法思想为罪刑法定原则提供了最初的根本的思想理论基础。

2. 心理强制说

该学说为近代刑法学之父费尔巴哈所提出。他指出, 使违法行为中蕴涵着某种痛苦, 已具有违法精神动向的人就不得不在违法行为可能带来的乐与苦之间进行细致的权衡, 当违法行为所蕴涵的苦大于其中的乐时, 主体便会基于舍小求大的本能, 自我抑制违法的精神动向, 使之不发展成为犯罪行为。据此, 费尔巴哈认为, 刑罚的威吓能够起到心理强制作用, 实现一般预防的目的。心里强制说对罪刑法定原则产生的意义, 是将罪与刑建立在合理性的预示和强制意义中, 即以预告刑罚的方式抑制人们的犯罪意念和犯罪行为。在费尔巴哈看来, 心理强制是通过法律威吓来实现的, 因此, 刑法应当具有确定性与必然性, 树立刑法的权威性。

3. 三权分立学说

该学说由洛克率先提出, 孟德斯鸠最终完成。洛克主张权力分立, 孟德斯鸠进一步提出立法权、行政权与司法权三种权力的分立制衡, 以保障公民的政治自由。根据三权分立学说, 立法机关依照正当的立法程序制定法律, 这种法律具有最大的权威性和最普遍的约束力; 司法机关必须正确适用法律, 作出合法的判决; 行政机关必须认真执行司法机关作出的最后判决, 不得非法变更。

所以,对于什么行为是犯罪,犯罪应当处以何种刑罚,必须由立法机关事先作出规定,然后由司法机关根据事前的规定作出判决。因此,可以说三权分立理论是罪刑法定原则在政治法律方面的直接思想基础。

(二) 罪刑法定原则的基本类型

1. 英美法系之罪刑法定原则

英国1215年的《大宪章》第39条规定:“凡自由民除经其贵族依法判决或遵照内国法律之规定外,不得加以扣留、监禁、没收其财产、褫夺其法律保护权或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”^①这一条款内容,是后世罪刑法定原则的最初法源。1689年《权利法案》重申英国大宪章时代以来的“国王应在上帝和法律之下”的法律理念。它正式确立了国会主权和法支配原则,对近代罪刑法定原则的传播具有重大影响。这些国会的重要法案,使罪刑法定成为刑法上具体而确定的基本原则。1776年6月12日,在美国,《弗吉尼亚权利典章》率先出炉,其第8条规定,除了国家法律或同等的公民的裁判外,任何人的自由不应受到剥夺。这是最初以美国法律(自英国独立后)宣告罪刑法定原则的宣言。此后,1787年《美利坚合众国宪法》第1条、1791年美国宪法修正案第4条、第5条都规定有罪刑法定原则的内容。美国的《模范刑法典》也贯彻了罪刑法定原则。

英美式的罪刑法定完全是权力之间对抗与制衡的产物。其主要限制行政权(王权),同时立法权也受到限制。它在起源时即与作为自由之技术的权力制衡相联系,旨在保障个体的自由。英美式的罪刑法定是司法的结果,体现的是实践理性,主要通过程序保障来实现。

2. 大陆法系之罪刑法定原则

罪刑法定原则在欧陆首次亮相于1789年的《人权宣言》,其刑事立法化则首推1810年的《法国刑法典》。《人权宣言》第8条规定:“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚,而且除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施行的法律以外,不得处罚任何人。”此原则后经法国1791年9月3日的宪法而重申。法国1791年的刑法典虽没有明文提示罪刑法定原则,却完全遵守了该原则。1810年刑法典第4条明文规定了罪刑法定原则:“任何违警罪、任何轻罪、任何重罪均不得处以其实行之前法律并未宣告之刑罚。”自此,世界各国纷纷仿效,罪刑法定原则,或载于宪法,或揭诸刑法,成为各国刑法重要原则。

^① 参见“中国人民大学国家法教研室”点校编辑的《宪法选编》(1979年9月编,校内用书)所收录的文本,以下所引《大宪章》条文均源自此文本。

大陆法系中的罪刑法定主要是立法权的宣告,是主权在刑事领域中的体现,意为国家刑罚权的行使提供正当性根据。大陆法系罪刑法定的限权是形式性的,使国家生活受制于具有普遍性的法律,它防止的是法外的恣意。它所限制的主要是司法权,意在法官的自由裁量权进行严格约束,而并不限制体现人民主权的立法权。与英美模式相比,它更多地带有一种倚重学理的书斋气,在抽象的概念化的理论基础上进行构建,其精致性往往只是人为刻意雕琢的结果。

(三) 罪刑法定原则的价值

罪刑法定原则的价值,在不同时期人们对它的认识是不同的。前刑事古典学派认为,罪刑法定原则的价值是保障自由与限制权力。刑事近代学派强调刑法的社会保护功能,罪刑法定原则之保障人权的价值遭受失落。20 世纪之后,尤其是“二战”后,保障人权被重新强调,罪刑法定原则复归其经典价值。罪刑法定原则自其产生至今,经历了由形式合理性至兼采形式合理性和实质合理性的历史嬗变,但蕴涵其中的始终是一种强烈的人权保障观念。

(四) 罪刑法定原则的衍生原则

就罪刑法定原则自身演变来说,大致是先有司法上的派生原则,后有立法上的派生原则。司法适用上的衍生原则主要有法律主义、禁止事后法、禁止类推、允许自由裁量、严格解释刑法。立法上的派生原则主要有刑法规范的明确性、刑法规范内容的适正性。衍生原则使罪刑法定从绝对走向了相对,由呆板走向了灵活,实现了罪刑法定原则的自我完善与更新,保持了其鲜活的生命力。

(五) 罪刑法定原则的宪政基础

宪政是罪刑法定原则的基础。只有法律才能为犯罪规定刑罚,而法官只能根据法律规定认定犯罪且处罚犯罪。这是罪刑法定原则的宪政诉求。宪政催生了罪刑法定原则。从英美法系之罪刑法定原则的产生看,罪刑法定的相关内容最初都是规定在宪法中的,如英国的大宪章、权利法案,美国的 1787 年宪法;从大陆法系之罪刑法定原则的产生看,同样最初也是在宪法中予以规定的,如法国的人权宣言、法国 1791 年的宪法率先在大陆法系国家确立罪刑法定原则。17、18 世纪的宪政思潮无疑推动了罪刑法定原则的诞生。

二、罪刑法定原则登陆中国

(一) 罪刑法定原则与中国法律传统

1. 百年聚讼:中国古代是否存在罪刑法定原则

关于中国古代是否存在罪刑法定原则问题,在学界可谓是百年聚讼,迄难