



司法法学
Elisor Law Study

刑事审判 前沿问题思考

Research on the Advanced Issues in Criminal Trials

刘树德 于同志 著

公正是和谐社会的基础,也是司法的生命线,刑事审判工作必须始终把司法公正作为首要的价值目标。效率,是司法公正的题中之义。迟来的公正非公正。无论被害人及其亲属,还是一般的社会公众都希望犯罪分子尽快受到国家法律的制裁,即使被告人自身也希望国家能够尽快地对其是否负刑事责任及负何种责任作出裁决。让被告人承受司法效率低下的后果,对其本身就是一种不公平。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

刑事审判 前沿问题思考

Research on the Advanced Issues in Criminal Trials

刘树德 于同志 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判前沿问题思考/刘树德,于同志著. —北京:北京大学出版社, 2008.7

(司法法学)

ISBN 978-7-301-13846-5

I. 刑… II. ①刘…②于… III. 刑事诉讼-审判-研究-中国
IV. D925.218.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第067914号

书 名: 刑事审判前沿问题思考

著作责任者: 刘树德 于同志 著

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978-7-301-13846-5/D·2060

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650mm×980mm 16开本 28.5印张 396千字

2008年7月第1版 2008年7月第1次印刷

定 价: 49.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

总 序

陈兴良

北京大学出版社的蒋浩先生为其组织出版的《司法法学》丛书邀我作序,我欣然命笔。之所以“欣然”,是因为我对“司法法学”这个概念或曰命题感兴趣,并有一种似曾相识的熟悉感,因而有话想说。

去年,强世功教授在三联书店出版了一本书,书名为《立法者的法理学》,其中第一章是“迈向立法者的法理学”。收到强世功的赠书,我很自然地“从立法者的法理学”联想到是否也存在“司法者的法理学”?由此又联想到从“统一的法理学”是否会走向“分化的法理学”。这些问题都关系到法理学,实际上也是法学的发展方向。对于强世功的“立法者的法理学”命题中的“立法者”一词,是不能望文生义的,因为在该书中,强世功明确指出:

“立法者的法理学”绝不是目前流行的“立法学”,这里所说的“立法者”也不是现代法意义上的法律制定者(law-maker),而是古典意义上创造政体的立国者或者立法者(legislator)。^①

在这个意义上的“立法者的法理学”,实际上是一种政治学或者政治哲学。强世功是把“立法者的法理学”与“法律人的法理学”相对应的:“法律人的法理学”是在法律之中研究法律,是对法规范与法技术的研究。而“立法者的法理学”思考的不是仿佛自足的法律秩序,而是法律秩序作为其有效组成部分的政治秩序。它从法律世界出发重返到法律世界,并由此来理解法律。^② 因此,“立法者的法理学”是在法律之前、之上、

① 参见强世功:《立法者的法理学》,三联书店2007年版,第24页。

② 同上注。

之外研究法律。如果有“立法者的法理学”，那么是否也有“司法者的法理学”呢？“立法者的法理学”中的“立法者”不是指法律制定者，那么“司法者的法理学”中的“司法者”是否指法律的适用者呢？这些问题都值得我们思考而不必马上有答案。

从“立法者的法理学”这个命题，促使我对法学自身进行反思。什么是法学？关于这个问题，经典定义是古罗马的查士丁尼给出的：“法学是关于神和人的事物的知识；是关于正义和非正义的科学”。^① 在这一定义中，查士丁尼甚至没有提及法或者法律。我们现在的法理学教科书虽然仍然引用查士丁尼关于法学的定义，但已经不再直接采用为法学的概念。现在的法理学认为，法学是以法律观念为研究对象的各种科学活动及其认识成果的总称。^② 这里的“各种科学活动”，当然是可以把立法活动与司法活动包含进去的。至于这里的“法律观念”及其对“法律观念”的研究如何理解，美国法学家帕特森关于“of law”与“about law”的二元区分的观点是可以参考的。当然，这些观点都是从法理学层面考虑的，它注重的是法的一般原理，是在整体意义上理解法。如果从部门法意义上来说，法学在一定程度上或在主体意义上是法教义学。法教义学，又称为或译为法信条学或者规范法学，这是德国学者采用的概念。例如德国学者拉伦茨将法学定义为：

以处理规范性角度下的法规范为主要任务的法学，质言之，其主要想探讨规范的“意义”。它关切的是实证法的规范效力、规范的意义内容；以及法院判决中包含的裁判准则。^③

这种以法规范为中心的法学，就是规范法学。尽管拉伦茨是从法学方法论角度论及法学的定义，但它对于我们理解法学还是具有启迪的。法教义学是法学知识中十分重要的一种形态，它采取的是“信条论”的思维方法。对此，德国学者考夫曼曾经做过深刻的阐述：

依据 Kant 的说法，法律信条论是“纯粹理性在现有理论框架上

① 参见〔罗马〕查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆 1989 年版，第 1 页。

② 参见张文显：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社 1999 年版，第 1 页。

③ 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 77 页。

运作,而未先行批判它自身的能力”。信条论者以未经检验即视为真实的条件为前提,他“在现有的情况下”来思考。信条论者不问法律“究竟”是什么,也不问是否、在何种情况下、在什么范围内、以何种方式会有法律的认识。这并不必然意味着,法律信条论毫不批判地运作,但即使在它批判地思辨时,例如批判地检验一条法律规范,法律信条论者是在体系范围内论证,也就是说,先行有效的体系并未被碰撞。^①

显然,法教义学是一种“of law”的理论而并非“about law”的理论。法学具有多个向度,可以采用多种方法进行研究,这是我们重新审视法学这个概念的时候得出的结论。但现在的问题是:如何把各个向度的法学知识及其方法论加以适当地区隔,使各种理论都能够保持逻辑上的自治自足,这正是我们所关注的。在部门法中,这一点尤其值得重视。以刑法学为例,我国目前还没有形成各自独立的刑法知识形态,没有区分立法者的刑法学与司法者的刑法学,而是将上述各种刑法知识混为一谈,发生语境上的混乱。在一般的刑法学论文中,总是按照这样的线索展开:历史沿革、概念特征、具体内容(因题而异)、司法适用、立法完善,这可以说成为一种标准的刑法论文格式,尤其在硕士论文中通行。对于这样的论文,我们无法对它进行归类:是规范刑法学的论文还是其他。在这样的论文中,从叙述口吻中反映出来的作者身份也是变换不定的:忽而是法学者,忽而是司法者,忽而又立法者。在这种情况下,难以保持理论观点的内在统一性和逻辑推理的前后一贯性。法学以及刑法学的发展,应当从其自身知识形态的反思开始,这是我的切身感受。

法学研究具有多种向度。我认为,应当从以立法为中心的法学向以司法为中心的法学转变,这也是我赞同“司法法学”这一概念的原因。我国法治的发展,经历了从无法可依到有法可依的转变。在解决了有法可依以后又将依法必依提到议事的日程上来,因而进入一个更高的法治发展阶段。有法可依的关键是立法,而有法必依的关键则是司法。法学界的有识之士在10年前就开始关注司法问题,例如以贺卫方、张志铭、朱苏力为主持人,北京大学法学院司法研究中心于1998年9月在中国政法大

^① 参见〔德〕考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第15页。

学出版社出版了《司法文丛》。其宗旨是：

中心倡导对司法制度进行跨学科、多角度的综合研究。在运作以及成果上强调学术研究与司法实践之间的沟通、对话以及互动,强调成果的多层次和多侧面,强调项目参与者的广泛性和多样性,力求通过中心的研究成果以及学术活动本身既推进司法研究领域的学术进度,又对于中国司法制度的改进有所贡献。^①

《司法文丛》的出版,对于法学的学术注意力从立法向司法的转移是具有标志性意义的。当然,《司法文丛》出版的背景是对司法改革的研究,为当前开始起步的司法改革提供学术资源,并且注重的是对司法制度的研究。而现在北京大学出版社的《司法法学》文丛,是在法学框架内,对司法实践问题的全方位、多学科的研究。例如对判例的研究,就是司法法学的题中之义。判例是司法活动的结果,裁判理由是法条之一般适用于案件之个别的逻辑推理的陈述,因此应当成为法学研究对象。以规范为中心的法学当然是重要的,但以裁判规则为中心的法学也是应当提倡的。可以说,随着判例制度在我国的逐渐形成,判例研究必将成为我国法学知识的增长点。《司法法学》文丛以司法为号召、以法律适用中的疑难问题为内容、以实证分析与规范分析为方法,采取开放性的态度,面向各个法学学科,形成我国法学研究的有生力量,以此推动法学向前发展。这是《司法法学》文丛所期望的,也是我所期待的。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年5月30日

① 参见:《司法文丛·编纂说明与志谢》,中国政法大学出版社1999年版。

前 言

近年来,随着我国政治、经济、社会形势的发展变化,特别是依法治国方略的逐步推进和人权事业的稳步发展,党和国家审时度势地调整刑事政策,即从仅强调严打政策调整为同时强调宽严相济和严打两种政策。与之相适应,无论是我国刑事立法还是刑事司法均作出了新的调整或者展现出新的理念。刑事法治、刑法修正案、恢复性司法、刑事和解等诸多新词语出现在众多媒体、政法机关领导人系列讲话之中,同时也成为刑事法学界和刑事司法者关注的热点前沿问题。这些话题成为本书中稍显理论性强的特色。

本书另两部分主要涉及刑事审判中最新遇到的系列有关刑法总则和分则的问题。这些问题均来自下级法院的请示,或者办理案件中遇到的若干争论的问题。本书围绕这些热点、疑点,以相关案例为背景,从理论上展开分析和思考。其中,总论问题包括死刑的司法控制与裁量、立功、自首、罪数形态、结果加重犯、减刑、共同犯罪中止等方面的若干适用问题;分则问题主要包括盗窃罪,保险诈骗罪,非法经营罪,侵占罪,故意伤害罪,转化型抢劫罪,侵犯著作权罪,帮助、伪造证据罪,编造、故意传播虚假恐怖信息罪等个罪适用中的系列问题。此部分以案例引发问题,围绕问题展开分析,提出可供审判实践参考的观点。

我国现行宪法规定,最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作,上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。尽管我国的法官遴选制度并未仿效西方法治国家那种逐级晋升的制度,进而不能保证上一级法院的法官在司法水平、法律素养、伦理操守等方面一定比下级法院的法官要优秀,但至少可以确认的一点是,身处上一级法院的法官有更多的条件接触更多的司法实践问题,这样只要多一份研究的热情,自然就有更多的言说机会。我们相信,多发现些问题,多总结些经验,多做些思考,总会对促进社会主义法治事业的发展有些裨益。

刘树德

2008年3月

目 录

绪 论 篇

一、关于刑事法治建设的若干思考	3
(一) 法治需要激活宪法	3
(二) 法治需要善待刑法	8
(三) 法治需要刑法及时跟进宪法	14
二、刑法修正案立法方式的评析	18
(一) 刑法修正案的必要性与局限性	18
(二) 刑法修正案引发的若干解释学问题	21
(三) 《刑法修正案(六)》法治视角的评析	24
三、刑事政策视野中的恢复性司法	39
(一) 恢复性司法的刑事政策学考察	40
(二) 恢复性司法的刑事政策价值	46
(三) 恢复性司法对中国刑事政策的启示意义	53
(四) 中国引入恢复性司法的初步构想	60
四、和谐社会视野中的刑事调解	70
(一) 刑事调解概述	70
(二) 刑事调解的价值	72
(三) 推行刑事调解的初步设想	74
(四) 刑事调解与法院审判	76
五、和谐社会中的刑事审判	78
(一) 依法惩治各类犯罪,全力维护社会稳定	78
(二) 坚守民主法治原则,确保刑事审判公正	79

（三）正确处理政策与法律的关系,努力实现法律效果和社会效果 的统一	82
（四）更新刑事司法理念,努力实现法律价值的平衡	83
（五）深化刑事审判方式改革,推动刑事审判机制和制度的创新	85
（六）提高刑事审判人员素质,为构建和谐社会提供长效 有力的组织保障	86
六、刑事审判中立的制度保障	88
（一）中立的基本理念	88
（二）刑事审判中立的保障机制	89
（三）刑事审判中立与我国刑事诉讼制度改革	92

总 则 篇

一、《刑法》第13条“但书”保留的具体论证	105
（一）“但书”规定兼容刑事违法标准	105
（二）“但书”规定适应罪状定量模式	108
（三）“但书”规定契合现行犯罪构成理论	112
（四）“但书”规定符合刑法谦抑精神	115
二、正当防卫适用问题研究	119
（一）问题的提出	119
（二）正当防卫的构成要件	123
（三）为预防不法侵害发生而携带防范性工具的定性	125
（四）互殴与正当防卫的界限	128
（五）防卫过当的具体认定	130
（六）余论	134
三、共同犯罪中止形态研究	136
（一）问题的提出	136
（二）共同犯罪中止的概念	139
（三）共同犯罪部分中止理论的评说	140
（四）共同犯罪中止形态的再思考	144
（五）余论	151

四、关于“赔偿经济损失”、“赔偿损失”及“责令退赔”的思考	153
(一) “赔偿经济损失”的含义、范围及定位	153
(二) 责令赔偿损失的含义、属性及程序完善	158
(三) 责令退赔的对象及程序完善	161
五、死刑控制的司法方法	165
(一) 死刑研究现状总体缺失方法论研究	165
(二) 死刑控制的司法方法之一:采取严格解释方法适用 死刑条款	167
(三) 死刑控制的司法方法之二:建立健全保障死刑条款适用相对 统一的机制	173
六、死刑裁量标准的司法运用	178
(一) 问题的提出	178
(二) “罪行极其严重”的把握	180
(三) “应当判处死刑”的裁量	183
(四) “不是必须立即执行”的掌握	186
(五) 余论	190
七、自首适用问题研究	192
(一) 一般自首适用中的若干问题	192
(二) 特殊自首适用中的若干问题	204
(三) 单位犯罪情形中自首适用的若干问题	208
八、立功适用问题研究	211
(一) 司法中应否认定立功的若干特殊情形	212
(二) “犯罪后自首又有重大立功表现”的司法适用	221
九、比较法视野中的数罪并罚	223
(一) 数罪并罚的刑法地位	223
(二) 数罪并罚的概念与要件的比较	225
(三) 数罪并罚具体原则的比较	237
十、结果加重犯的结构分析	252
(一) 问题的提出	252
(二) 结果加重犯的概念之争	258

(三) 结果加重犯的客观构成	263
(四) 结果加重犯的主观构成	269
(五) 结果加重犯的刑罚构成	271
(六) 基于本案的分析	272
(七) 余论	273

各 论 篇

一、刑法分则若干条款的罪数形态分析	279
(一) 《刑法》第 120 条第 2 款的罪数形态	279
(二) 《刑法》第 157 条的罪数形态	279
(三) 《刑法》第 171 条第 3 款的罪数形态	280
(四) 《刑法》第 196 条第 3 款的罪数形态	280
(五) 《刑法》第 198 条第 2 款的罪数形态	282
(六) 《刑法》第 208 条第 2 款的罪数形态	284
(七) 《刑法》第 229 条第 2 款的罪数形态	285
(八) 《刑法》第 241 条第 5 款的罪数形态	285
(九) 《刑法》第 253 条第 2 款的罪数形态	286
(十) 《刑法》第 263 条第 5 项的罪数形态	287
(十一) 《刑法》第 318 条第 2 款的罪数形态	289
(十二) 《刑法》第 321 条第 2 款的罪数形态	289
(十三) 《刑法》第 321 条第 3 款的罪数形态	289
(十四) 《刑法》第 329 条第 2 款的罪数形态	290
(十五) 《刑法》第 399 条第 4 款的罪数形态	290
二、减刑的程序正当化研究	293
(一) 程序正当化的一般考察	293
(二) 现行减刑程序的非正当化症状	294
(三) 减刑权性质及归宿之研讨	298
(四) 减刑程序正当化之路	301
三、刑法“其他方法”术语的适用解释	306
(一) “其他方法”术语的立法概览	306

(二) “其他方法”术语的适用解释	307
四、盗窃窨井盖行为之定性研究	311
(一) 案例的立场	311
(二) “以其他危险方法危害公共安全”外延的确定	312
(三) 盗窃井盖行为的定性	315
五、保险诈骗罪适用问题研究	317
(一) 保险诈骗罪的刑事立法及评价	317
(二) 保险诈骗罪行为要件的具体认定	321
(三) 保险诈骗罪主体要件的认定	332
(四) 保险诈骗罪罪数形态的认定	334
六、侵犯著作权罪适用问题研究	337
(一) 侵犯著作权罪定罪数量标准的把握	337
(二) 违法所得数额的认定和计算	339
(三) “复制发行”的认定	340
(四) 侵犯著作权罪“营利目的”的认定	342
(五) “未经著作权人许可”的理解	344
(六) 侵犯著作权犯罪罪名的适用	346
(七) 单位与自然人犯侵犯著作权罪的标准掌握	347
(八) 侵犯著作权罪的缓刑适用	350
(九) 侵犯著作权罪的罚金适用	351
(十) 侵犯著作权罪的诉讼形式	353
七、非法经营罪适用中的罪数形态及处理	356
(一) 非法经营罪适用中的法条竞合及处理	356
(二) 非法经营罪适用中的想象竞合及处理	363
(三) 非法经营罪适用中的其他罪数形态	365
八、非直接致伤之故意伤害定性研究	367
(一) 问题的提出	367
(二) 非直接致伤情形的具体处理	368
九、抢劫杀人的定性研究	374
(一) 为劫取财物而预谋故意杀人的定性	374

(二) 抢劫过程中致人死亡的定性	378
(三) 抢劫后又为灭口而杀害被害人的定性	382
十、转化型抢劫罪适用问题研究	385
(一) 问题的提出	385
(二) 转化型抢劫的主观意图认定	388
(三) 实施轻微盗窃后为抗拒抓捕而当场使用暴力致他人 轻伤是否转化	389
(四) 转化型抢劫罪既遂与未遂的区分标准	391
十一、抢夺、抢劫、盗窃行为界限的划分	394
(一) 抢夺行为是独立设罪还是归属他罪	394
(二) 盗窃行为是限定在和平手段还是秘密方式	396
(三) 抢夺、抢劫及盗窃行为界限的认定	396
十二、侵占罪适用问题研究	403
(一) 问题的提出	403
(二) “拒不交还”行为方式的理解	404
(三) “拒不交还”时间限定的把握	407
(四) 余论	408
十三、编造、故意传播虚假恐怖信息罪适用问题研究	410
(一) 问题的提出	410
(二) “编造”与“传播”的内涵及其关系的界定	412
(三) 编造、故意传播虚假恐怖信息罪的量刑	413
十四、帮助毁灭、伪造证据罪适用问题研究	416
(一) 问题的提出	416
(二) 帮助毁灭、伪造证据罪的具体认定	419
(三) 帮助毁灭、伪造证据罪与包庇罪的界限	433
(四) 帮助毁灭、伪造证据罪与伪证罪的界限	436
(五) 帮助毁灭、伪造证据罪与窝藏罪的界限	438
(六) 帮助毁灭、伪造证据罪与帮助犯罪分子逃避处罚罪的界限	439
后记	441



绪论篇

一、关于刑事法治建设的若干思考^①

法治与和谐社会的关联性思考,时下无疑成为法律人关注的又一个热点问题。胡锦涛同志在省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班上强调指出:“我们所要建设的社会主义和谐社会,应该是民主法治、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”。既然“民主法治”乃社会主义和谐社会的重要特征之一,我们就有必要深入研究“民主法治”是什么、“民主”和“法治”是什么、“民主”和“法治”又是什么关系等一系列问题,同时也有必要探讨“民主法治”与其余几个特征之间是什么关系。基于不同的学科、不同的视角、不同的方法,法律人自然会对这些问题作出不同的回答。在此,拟仅就如何激活宪法与善待刑法来彰显法治和促进社会主义和谐社会的构建,谈些不成熟的见解。

(一) 法治需要激活宪法

法治是什么,法治具备哪些特征,直至目前仍然没有完全统一的答案。按照亚里士多德的理解,法治具有两层含义,已成立的法律得到普遍的服从,而大家服从的法律又应该本身是制定得良好的法律,即普遍守法与制定良法。宪法,作为一国法律体系的核心法律,制定得是否良好,是否得到普遍遵守,无疑是法治存否的根本。在此种意义上可以说,法治就是宪法之治。

宪法之治,首先要制定一部良好的宪法、正义的宪法。这一方面要求宪法必须保障自由、平等、基本人权,体现人民主权原则,反映人民根本利益和共同意志,维护和促进全体人民的综合利益。另一方面要求宪法既

^① 此文系在“首届中国法治论坛暨钱端升法学研究成果奖颁奖大会”上的发言稿修改而成。