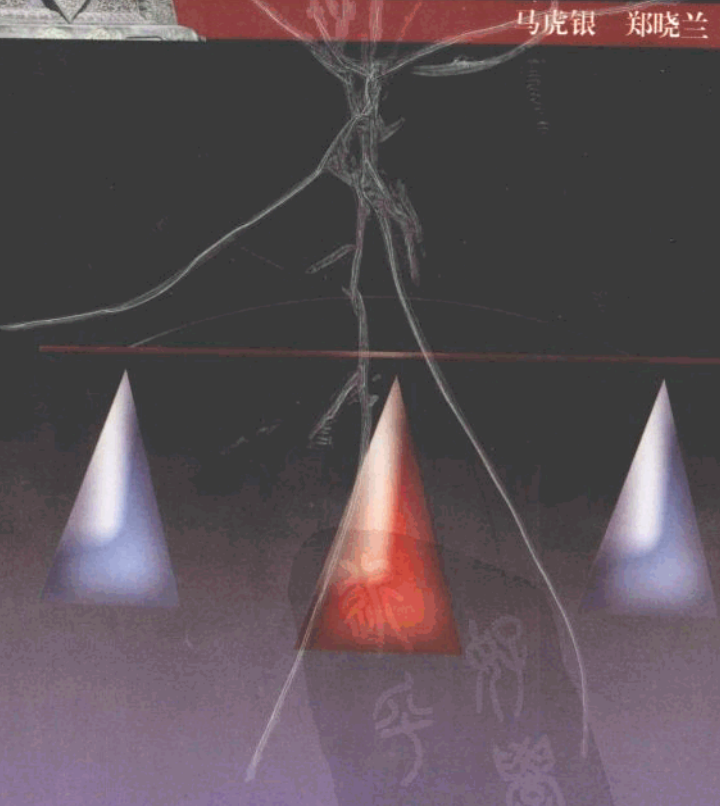




刑事法学疑难问题研究

马虎银 郑晓兰 编著



甘肃教育出版社

序

我以喜悦的心情,比较仔细地阅读了马虎银、郑晓兰两位年轻学者编著的《刑事法学疑难问题研究》一书的手稿,深感功夫不负有心人。他们勤于学问,勤于笔耕,多年来研究成果颇丰,而本书则充分展现了他们的业务能力和写作水平。他们根据多年来在政法院校严谨治学的实践,结合对司法部门刑事犯罪、刑事审判案例的分析与研究,执著追求,不断探索,付出常人难以承受的辛劳,撰写了本书,共12章约26万字。这种精神和毅力,实属难能可贵。

刑事法学是研究犯罪和追究、处理犯罪人的程序、方法的法律规范的科学,包括:规定办理刑事案件程序的刑事诉讼法,规定刑事法院组织方法的法院组织法,规定执行程序和方法的劳动改造法及监狱执行法等。这本书则从刑事法学教学、司法实践中经常遇到的疑难点问题研究角度出发,侧重对刑事犯罪的原因、几种常见的犯罪类型、刑事诉讼、刑事辩护等12个方面进行了研究和探讨,

并对我国现行刑事审判制度、刑事辩护制度提出了富有建设性的探讨意见。

《刑事法学疑难问题研究》一书，内容翔实，语言精练，重点突出，针对性强，时代感强，是一部有价值的法律研究方面的好书，对需要学习和研究刑事法学问题的广大读者和法律工作者来说，很值得一读。我相信，一切有幸读到此书的广大读者将会有所收获。是为序。

李永昌

2001年8月

目 录

第一章 刑事法治的再认识	(1)
第一节 刑事法治与法治国家	(1)
第二节 刑事法治的内涵	(5)
第三节 现代刑事法治的观念基础	(7)
第二章 刑事犯罪概论	(12)
第一节 犯罪的概念	(12)
第二节 犯罪的本质	(16)
第三节 犯罪的基本特征	(20)
第四节 我国犯罪的基本特点与发展趋势	(28)
第三章 犯罪构成理论概述	(32)
第一节 犯罪构成理论的历史发展	(32)
第二节 我国的犯罪构成理论	(47)
第三节 犯罪构成的概念及其特征	(52)
第四节 犯罪构成与犯罪	(55)
第五节 犯罪构成与刑事责任	(61)
第四章 刑事犯罪原因论	(66)
第一节 国外关于犯罪原因的理论观点	(66)
第二节 我国刑事法学家关于犯罪原因的理论观点	(72)
第三节 研究犯罪原因的理论基础	(75)

第四节	犯罪原因系统结构	(77)
第五节	我国社会主义初级阶段存在的客观犯罪原因	(81)
第五章	几种常见的犯罪类型	(87)
第一节	犯罪类型的概念及其划分	(87)
第二节	关于重大环境污染犯罪若干问题的探讨	(90)
第三节	关于商业贿赂犯罪若干问题的探讨	(102)
第四节	关于计算机犯罪问题的探讨	(109)
第五节	关于有组织犯罪问题的探讨	(119)
第六节	关于青少年犯罪问题的探讨	(131)
第七节	我国刑法规定的单位犯罪问题探讨	(139)
第六章	行为犯罪化与刑事诉讼	(152)
第一节	我国刑法上的行为概念	(152)
第二节	犯罪行为的特征及犯罪行为方式	(155)
第三节	对行为犯罪化的认识及应注意的问题	(156)
第四节	刑事诉讼及其法律完善	(161)
第五节	行为犯罪化的确定性与刑事诉讼效率	(166)
第七章	司法公正与司法体制改革	(168)
第一节	司法独立与法院机构设置	(168)
第二节	刑事司法视野中的检察监督	(173)
第三节	侦检模式与侦查权能	(179)
第八章	刑事被害人	(185)
第一节	被害人的概念和分类	(185)
第二节	被害人与加害人的关系	(187)
第三节	刑事被害人的诉讼地位	(189)

第四节	公诉案件中被害人的诉讼代理	(193)
第九章	刑事沉默权问题探讨	(200)
第一节	刑事沉默权的历史演变	(200)
第二节	刑事沉默权的概念	(202)
第三节	沉默权确立的基础及沉默权原则的价值	(205)
第四节	我国确立沉默权原则的可行性	(211)
第十章	刑事辩护制度	(214)
第一节	犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利	(214)
第二节	辩护的概念及辩护制度的历史发展	(219)
第三节	辩护权的运行机制	(225)
第四节	我国辩护制度的基本内容	(229)
第五节	律师的刑事辩护拒证权	(240)
第六节	律师进行刑事辩护的谋略运筹	(242)
第十一章	起诉程序	(248)
第一节	起诉概述	(248)
第二节	提起公诉的程序	(256)
第三节	不起诉	(271)
第四节	提起自诉的程序	(278)
第十二章	审判程序	(283)
第一节	审判概述	(283)
第二节	刑事审判原则	(287)
第三节	审判组织	(293)
第四节	庭前审查活动	(300)
第五节	审判方式	(308)
后 记		(327)
主要参考文献		(328)

第一章 刑事法治的再认识

随着人类文明的发展,当今世界,人权已成为各国以及国际社会处理政治、经济、法律等事务时予以考虑的问题。现阶段,我国人权状况的发展需要多方面的保障,法治无疑是人权保障的一个重要领域。在人权的法律保障中,刑事法律由于其所保护利益的广泛性、重要性及其违法制裁的特殊性,而使刑事法治不仅是依法治国的核心,并且在人权的法律保障体系中具有特别重要的意义,法治国家有赖于刑事法治的实现。

第一节 刑事法治与法治国家

对法治国家的历史考察表明,刑事法治的孕育、产生和发展,与现代资本主义法治国家的发展紧密联系在一起,同生共长,相辅相成。在资本主义发展初期,孟德斯鸠最早提出了“法治国家”的思想,强调应以法律来治理国家,国家非依行为时已有的明确的法律规定,并通过合法的程序,不得对公民进行处罚或制裁。显而易见,孟德斯鸠倡导的“法治国家”里,一切法律均以保障公民权利为中心。近现代资本主义法治国家形成和发展的过程中,英美法系国家首先从程序法律规范方面确立了刑事法治的原则。英国1215年的《大宪章》第39条规定:“……不经由合法的审判,以及

不依据国家的法律,不受处罚。”随后 1628 年英国的《权利请愿书》,1689 年的《权利典章》,美国 1774 年的《费城权利宣言》,均确认了这一原则。1791 年美国宪法修正案规定:“任何人,不依据法律规定的程序,不得被剥夺生命、自由或财产。”刑事法治原则成为美国的宪法原则之一。大陆法系国家不同于英美法系国家的是从实体法律规定上确认了刑事法治原则。如 1789 年法国《人权宣言》规定:“法律必须严格而明确地规定必要的刑罚,任何人不得依据犯罪前公布的法律不受处罚。”此后,刑事法治原则为大多数国家的法律所确认、吸收,成为人权保障的主要的法律原则之一。1948 年的《世界人权宣言》第 11 条规定:“任何人在实施犯罪行为时,其作为和不作为在国内法和国际法上不构成犯罪时,不能被认为有罪。对于犯罪行为,不能科处比实施行为当时应适用的刑罚更重的刑法。”刑事法治原则与现代法治国家形成和发展的历史表明,法治国家有赖于刑事法治的实现,法治国家的核心就是要对侵犯公民自由、生命、财产等基本权利的违法、犯罪行为实行违法制裁或刑事处罚。对违法犯罪行为实行违法制裁或刑事处罚,则主要涉及制裁或处罚的来源、性质,制裁与处罚权的归属与运用以及制裁与处罚的对象,制裁与处罚的具体法律程序、手段等问题,也即没有刑事法治,法治国家就是一句空话,人权的法律保障更无从说起。

在我国法制历史的长河中,统治阶级历来所追求的统治的和谐性和整体性需求,使礼义教化与“刑事法治”相结合,法律文化的基本特征是“重刑轻民”、“民刑不分”,因而刑事法律规范的产生有较充分的历史条件,“刑事法治”有坚实的社会基础,“法治”一词并不为人们所陌生。《左传·昭公六年》记载曰:“夏有乱政,而作禹刑”;“商有乱政,而作汤刑”;“周有乱政,而作九刑”。可见,夏商周 3 代虽然注重“礼治”,但又“不能废法而不用”。西周时期统治者总结历史经验,把商纣王暴政亡国作为借鉴,主张“礼乐刑

政”，提出“以德配天”、“敬天保民”的思想，以期礼、刑结合，进而达到长治久安的目的，以后各封建王朝均受西周治国思想的影响，并且这种思想影响中国2 000多年，成为中国法律文化的鲜明特色。战国秦汉时期，自商鞅提出“贫者不能事其业”，必然会产生犯罪的见解，至韩非的“权欲”必然导致“犯法为逆”思想的形成，封建法学理论研究与法律实践活动极大地发展，形成这一时期以“法”为核心，法、术、势综合为治的治国策略。汉统治者则总结和吸取秦朝灭亡的历史教训，加强封建君主专政，确立了以“德主刑辅”为标志的以儒学为核心、儒法综合为治的统治思想，实行“率之以礼”，“富之、教之、绳之以法”的治国方针，不仅有效地遏制了社会犯罪，也促进了法律儒家化的发展，即伴随两汉法学大师不断地“引经说律”和“引经注律”，促进了汉朝法律儒家化。这一时期法学家们的这种诠释法律之学，与先秦“百家争鸣”时期自由研究法学有所不同，它受制于封建纲常礼教。唐朝是以往各代法律文化的集大成者，它承袭魏国《法经》、汉朝《九章律》和南北朝《北齐律》、隋朝《开元律》等各朝立法的成果，制定了富有封建法典典型特征的《唐律疏议》。《唐律疏议》以“德本刑用”为指导思想，最终实现了封建礼学与法学在法典编撰上的和谐统一。唐朝统治者还本着“省刑慎罚”的法制精神，在实施“轻徭薄赋”的同时，对残酷的刑制进行改革，以适应高度发达的政治、经济、文化、法律的发展需要。据《旧唐律·刑法志》所载，当时删除死刑92条，同以往相比，死刑减少了近一半；其他由流刑改为徒刑，由徒刑改为笞杖刑者，不可胜数。至于宋朝实施的录囚平反冤狱制度；明清时期圆审、秋审、朝审等严格的死刑复核制度等均深受儒家“省刑慎罚”理念的广泛影响。

19世纪中后期，西方资本主义经济的入侵，改变了我国单一的封建经济基础，形成近代中国半封建经济与半殖民地经济并存的局面。在此过程中，西方法学理念和法学内容的引进，动摇了我

国传统法学一统天下的地位,传统的法学体系以及文化已无法适应变化了的社会政治、经济发展的需要,这样,改造和重塑中国法律体系成为历史的必然。晚清法学家沈家本等作为修律大臣,继林则徐、魏源及资产阶级改良派康有为、梁启超、严复等人之后,大力宣传和引进西方资产阶级的“天赋人权”观念以及“自由”、“平等”、“博爱”等法学理念,肯定资产阶级法治原则在维护人权上的重要性,相继主持编撰的《大清新刑律》、《大清刑事诉讼律草案》、《法院编制法》等重要基本法律,使原有的封建法学体系解体,部门法学取代了“诸法合一”的传统法学体系。尽管这些法律草案由于清朝的灭亡大部分未及实施,但它对后来近代法律文化的传播产生了重要的影响,标志着中国法学体系和法律文化开始走向近代化。中华民国南京临时政府时期,以孙中山为首的资产阶级革命家相继制定有《中华民国临时政府组织大纲》、《中华民国临时约法》等宪法性文件,从而促进了我国资产阶级法学的发展,解放了人们的思想,使人们逐步摆脱了2000多年来的封建专制思想的束缚。中华民国北京政府和南京政府时期,是中国近代法学的发展变化时期。北京政府在法制建设上基本援用清末的律例,1912年将《大清新刑律》条款修改后,更名为《暂行新刑律》颁布实施;1923年颁布了体系完整的宪法《中华民国宪法》。与此同时,北京政府根据统治的需要,相继制定了一些特别法规:如《陆军惩罚条例》、《惩治盗匪法》、《缉私条例》等,以树立“法治大国”的形象。南京政府在1928年训政后,为巩固国民党的统治,在1928~1948年的20年里,本着“从速”、“从严”建立体系完备,规范周详的法律体系的目的,由一些留学欧美与日本的法学专家、学者,制定体系完整的成文法典,并广泛选用判例法。这一时期的法学研究也很活跃,法学代表作品均有深远影响,如胡长清的《中国民法总论》、徐朝阳的《刑事诉讼法通义》、王世杰、钱瑞开的《比较宪法》等。综观我国法律文化发展的历史,虽然近代中国法律文化

有一定的发展,但因为中国长期处于封建专制统治之下,缺乏资本主义法治国家赖以生存的民主基础,因而在新中国成立之前,中国没有实行过真正的法治,也从来没有成为一个真正的法治国家。新中国成立后,法制建设在总结了经验和吸取了教训的同时,在系统的法治思想理论的基础上,江泽民在党的十五大报告中明确提出“依法治国,建设社会主义法治国家”的政治纲领,标志着我国社会主义法治国家逐步形成,并开始其新纪元。而1996年《刑事诉讼法》的修改及颁布实施,1997年《刑法》的修改和颁布实施表明,现代法治国家的实现,关键在于“依法治国”,即必须创造高度的民主政治,必须制定科学完备的法律体系,并要使法律得到切实有效的贯彻实施。法治国家里,刑事法治依然是核心。

第二节 刑事法治的内涵

法治国家所倡导的“法治”,在政府与公民的关系上表现为:“凡法律明文授权的政府始得为之;凡法律未明令禁止的,公民皆可为之。”在国家惩治孤立的个人反抗现行统治的犯罪行为上,则表现为:“法无明文规定者不为罪,法无明文规定者不处罚,非依法定程序不得定罪与处罚^①。”据此,刑事法治的内涵,可以由以下几个方面组成:

一、罪刑法定

我国《刑法》第3条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚。”《刑法》的这一规定,摒弃了封建专制下罪行擅断等“人治”的弱点,使得刑罚权的行使于法有据,即“罪由法定”、“刑由法定”。

^① 卢建平,论法治国家与刑事法治,《刑事法学》1988年第12期,第8页。

二、依法行使刑事司法权(刑事司法权需依法行使)

刑事司法权的依法行使是指非依法律规定的程序,不得对任何人定罪、处刑。现代英美法系国家非常重视“法律的正当程序”,强调程序的法定性,并将其作为推行法治的首要条件。大陆法系国家虽然重视实体法的运用,但对程序的合法性也相当重视。我国传统上一直强调法律的实质作用,重视实体法,轻视程序法,因而对行为人的评价往往注重其行为的结果是否与法律规范相容,而忽视对该行为如何评判,即由谁、按何标准、依何种程序来处理等问题。刑事司法权行使中的这种状况,与刑事法治原则的要求,法治国家的建设极不协调。因此,刑事司法改革中,只有形成一套与崭新的刑事法律制度相协调的刑事司法理念及活动机制,才能使刑事立法真正发挥其实际的调控作用,推进法治国家的建设。

三、重视和保障公民在刑事司法领域的基本权利

公民权利即人权,公民的每一项具体权利,都是国家宪法和法律赋予的,宪法和法律规定的公民权利,是每一位公民依法享有的最重要、最基本的权利。公民的这些法定权利的实现,首先须有赖于有效的司法保障,这也是公民权利得以实现的最重要、最基本和最有效的手段和途径。在这里,“刑事司法权专属于国家”的观念,在强调刑事司法权的合法性时,只重视了国家司法机关在刑事法治中的主导地位,忽视公民个人在刑事法治中的基本权利。事实上,公民个人在特定情况下,依照法律规定所实施的为使国家、集体、他人或自身利益免受损害的行为如正当防卫、紧急避险,其目的是为了排除犯罪的不法侵害;公民在诉讼中依程序法律规定行使诉讼权的行为等,也是刑事法治的重要内容。所以,在强调刑事司法权为国家所专有的同时,应重视和保护公民在刑事法治中的基本权利(包括实体权利、诉讼权利)。总之,公民权利的法律保障体系中,实体法律保障和程序法律保障互为依从、互为作用,共同构成一个有机的整体,形成一种有效的人权保障机制。

四、国家机关及其司法人员不能以刑事不法来对付犯罪

封建专制时期,由于行政、司法合一,刑事诉讼往往呈现单向的“官告民”色彩,控诉、审判均由国家机关进行,国家享有绝对的追诉权、刑罚权,因而法外定罪、法外用刑是常见的现象。对于公民而言一旦处于被刑事追究的境地,就成为违背“上天意志”的叛逆,其行为是对君主的“大逆不道”,“是人人得而诛之”的反贼,司法机关必须对其重判、严惩。在法治国家中,法律面前人人平等是重要的法治原则,国家司法机关在对犯罪行为行使追诉权、刑罚权时,只能秉承法律的规定,依照法定的职权和程序进行,亦即从负有刑讯职责的司法人员的活动到对被告人的定罪、量刑、惩罚活动,均应坚持刑事法治的原则,不能以刑事不法来对付犯罪。

第三节 现代刑事法治的观念基础

刑事法治的观念基础,对一个国家刑事司法体系的建构具有举足轻重的作用,关系到一个国家刑事司法模式的选择。现代刑事法治以人民主权、权利制约等为观念基础。我国虽然与其他一些国家的基础理论不一定相同,但在刑事法学领域探究这一问题,将为司法公正保障机制的构建奠定基础,对于推进司法改革而言,显然是必要的。

一、人民主权观念

黑格尔曾经说过:“由于国家是客观精神,所以个人本身只有成为国家成员才具有客观性、真实性和伦理性”。这里黑格尔从权利本位的立场出发,认为个人之所以寻找社会契约这样的结合形式,是希望自己与各成员之间建立关系,成为公民,并能依靠集体的力量来维护集体成员的生命,财产和安全。这种以黑格尔为代表的社会契约理论,在18世纪对英、法、德、意等国的政治思想和

制度产生了很大的影响,并且这种影响深入到了近现代国家体制的建构。在刑事法学领域内依据这一理论基础而确立的刑事法治理念有:

(一)刑事司法权来源于人民。按社会契约理论,国家的最高权力属于人民,全体社会成员共同缔结的协议(即社会契约),是一切合法权威的基础。刑事司法权同国家的所有其他权力一样来源于人民,司法机关和司法人员根据人民的委托来行使司法权。近现代一些国家的宪法明确确认这一理念,如《西班牙宪法》第117条第1款规定“司法权来自人民”、《意大利宪法》第10条第1款规定“司法权以人民的名义行使”等。刑事司法权是对社会讼争加以解决的手段,它承担的是惩罚犯罪、保护人权的重要功能,因此行使司法权必须对人民负责。

(二)刑事司法权的有限性。国家及其权力具有二重性。它能满足人们对集体力量的需求,同时也会给个人自由带来巨大的威胁。刑事司法权既有惩罚犯罪,维护社会公共秩序的功能,同时又具有遏制其他国家权力对人权施以侵害的作用。但是因为刑事司法权的行使往往涉及对个人生命、健康、自由及财产权利的剥夺,因此,要保障个人的合法权利,必须将刑事司法权限制在必要的限度内,刑事司法体制必须建立防止自身腐败和专横的机制,这也是人民主权和国家权力有限原则在刑事司法领域的体现。

二、权力制衡观念

分权制衡原理是国家权力配置和司法权独立的基本理论依据,在关于建立权力制约机制必要性的论述中,孟德斯鸠的三权分立学说有着深远的影响。他认为国家权力分3种:立法权、行政权和司法权。为了保障自由,必须防止产生不受制约的专断的权力,而要做到这一点,最不可少的是三权必须分立,互相制衡。卢梭则进一步认为“主权是不可分割的”,无论是就君主主权还是就

人民主权而言,主权都是完整的、不可分割的,除非拥有主权者自愿或者被迫将主权割让给他方(另一权威),如割让司法权而形成的“领事裁判权”。司法权属于主权的重要组成部分,并且属于委托给司法机关行使的权力。马克思对于三权分立在权力制约方面所具有的积极的理论和实践意义曾予以赞扬,他指出:“在那些确实实现了各种权力分立的国家中,司法权与行政权彼此是完全独立的,在法国、英国和德国就是这样的。这两种权力的混合势必导致无法解决的混乱,这种混乱的必然结果就是让人一身兼任警察局长、侦查员和审判官”^①。按照分权制衡原理,不仅国家各项权力要分别交给不同的组织或者个人行使,而且每一权力的行使也需要由有一定的分工、负责、制约、监督的制度加以保障。在现代民主国家,司法独立在分权制衡机制中起举足轻重的作用,人民可以借助它与政府专制相抗衡从而保障宪法允诺的个人自由与权利。刑事司法体制的建构,首先应考虑对人民利益的维护,应当从人民主权的观念出发,建立最有利于人民的刑事司法制度,防止由于司法专横、腐败而造成的灾难性后果。这就要求:

(一)司法权在国家权力体系中保持独立性。我国实行“议行合一”的政体结构,人民代表大会是国家最高权力机关,司法机关要向产生它们的人民代表大会负责,接受后者的监督。仅就立法权至上这一点而言,我国与英国的议会制比较相近,英国也不是典型的“三权分立”制国家。在我国则存在职责的分工,但不是分权,也即不实行“三权分立”,也不必然否定司法独立。我国最高权力机关对司法机关实行监督是必要的,但应尊重司法权力运行的特殊规律,以不损害司法权独立为原则。

(二)司法体制的分权结构应合理化。我国宪法对国家审判机

① 《马克思恩格斯全集》第41卷,第32页,人民出版社,1995年6月,第2版。

关和审判权作出明确规定,审判机关是司法机关的重要组成部分,审判权是司法权的重要组成部分。宪法关于检察机关的性质和地位也有规定,即我国的检察机关要担负司法监督特别是审判监督的职责,是一个专司司法监督权的司法机关。《刑事诉讼法》对公检法三机关在刑事诉讼中的关系也有明确规定,即“分工负责、互相配合、互相制约”。上述规定明确了公检法等司法机关相互关系的基本格局,司法体制的分权结构较为合理。目前我国司法改革的重点应放在健全、完善内部相关制度上,以利于维护现阶段宪政体制的稳定。首先要防止司法官僚化。司法体制的官僚化必然恶化司法活动。我国司法机关内部至今实行的是集权结构,司法活动在行政运作模式中进行,要克服司法机关官僚化,必须避免司法机关的行政化趋势,并完善法官管理制度、建立科学的司法官责任制,为司法人员公正行使职权提供一系列保障。其次要更新刑事司法观念。包括:更新单一的惩罚犯罪观念,树立惩罚犯罪与保障人权并重的诉讼观念;克服特权思想,排除以权压法、以言代法的干扰,树立司法机关独立行使国家审判权、检察权、侦查权的观念;消除被告有罪论的观念;树立未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪的无罪推定、疑罪从无理念;更新制约不足,监督不力,侦控审责权不明,不讲配合的办案观念;树立分工负责、互相配合、互相制约、强化监督制约的新观念;克服律师参与诉讼,替被告人辩护是“有利被告论”的错误观念;确立庭审过程中控、辩、审三方的制衡机制,树立“兼听则明,偏听则暗”和“公开、公平、公正”执法的新观念;革除“审者不判、判者不审、先判后审、上判下审”等庭审走过场的弊端,树立职能定位,职责对等的审级监督新观念;转变重司法权力、轻诉讼权利的执法观念,树立司法权力必须在有效的监督制约机制中才能正确行使的新观念等。总之,我国长期以来刑事法律实施过程中形成的执法定势和司法观念,必然要经历一段艰苦、复杂的转变、更新过

程,它涉及对原有理论模式的认识,对固有运作定势的改变,还涉及对司法机关乃至整个社会执法观念、诉讼观念的冲击与震荡,刑事法治面临的困难和挑战很多,既包括认识上的提高和观念上的转变,也包括行动上的落实和执法环境上的改善等问题。