

CRIMINAL LAW REVIEW

刑事法评论

陈兴良 主编

第3卷(1998年)

中国政法大学出版社

北京大学刑事法理论研究所主办

刑事法评论

CRIMINAL LAW REVIEW

中国政法大学出版社

1998·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑事法评论 第3卷/陈兴良主编.-北京:中国政法大学出版社,1999.1

ISBN 7-5620-1773-5

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-研究-中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 39620 号

责任编辑 丁小宣

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 河北省〇五印刷厂

开本 850×1168 1/32 18.5 印张 482 千字

1999 年 1 月第 1 版 1999 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1773-5/D·1733

印 数:0001-3000 册 定价:30.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 **电话:**62229803 或 62228801

主编絮语

《刑事法评论》第3卷的编辑工作甫告完成。望着堆放在案头的文稿,我不禁心有所感。《刑事法评论》问世虽然刚满周年,但它正吮吸着社会与时代的乳汁,摆脱学术上的稚气,逐渐地走向思想上的成熟。

刑事一体化是我们的学术追求。这不仅体现在本论丛的内容上,更体现在理论研究的风格上。刑事一体化并非意味着研究刑法的学者也去研究刑事诉讼法,或者研究刑事诉讼法的学者也来研究刑法;而是指在从事刑事法研究的时候,应当具有刑事一体化的理念,打通刑事法各学科领域之间的界限,尤其注重刑事法基本理论的研究。我们认为,刑事法虽然存在内部的学科之分,各学科都有自身独特的研究对象,因而形成各自学科体系。但不可否认刑事法具有共同的理论基础,由此需要形成一门我们称之为刑事法理学的基础学科。只有加强对刑事法基本理论的研究,才能提升刑事法的整体理论水平。

在此,我想起一个问题:刑事法的理论如何在人文社会科学中获得某种归属感?直观地看,刑事法是诸法中最具强制性的部门法,往往与专政联系在一起,具有暴力的血腥形貌。其实,刑事法同样具有人文性,是人类精神状态的凝聚。对此,德国著名刑法学家耶赛克指出:“刑法在某种意义上是我们文化状态最忠实的反映并表现着我们国家占主导地位的精神状态。”^{〔1〕}这确是一句至理名言,它深

〔1〕 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第16页。

HAAN 53/08

刻地揭示了刑法与人类精神状态之间的关系。因此,对于刑事法的研究,我们不能局限在成文的法律条文上,满足于对这些法条的内容的疏解。而是应当把刑事法置放在整个社会的广阔背景之中,使对刑事法的研究成为对社会与人性的研究,从而使刑事法对于人文社会科学有一种归属感。随着学术研究的发展,封闭的专业限制在被突破,知识正在从狭窄的专业框架中解放出来,形成一些公共的研究领域,通过知识交流,达到知识共有。^{〔1〕}知识共有使各学科能够共享作为一种文化思想资源的知识,建立各学科的共同话语。在此,存在一个由小及大,由此及彼的共同知识的形成问题。我们首先期望形成刑事法研究中的某种共同知识,扩大刑事法知识在法学研究中的影响力,并通过自身努力,使刑事法的研究提升为一种法理学与法哲学的研究,争取在法学研究中的话语权。我们自豪地看到,在法学史上曾经有过几位刑法学家出身的著名法学家,例如日本的牧野英一。英国的哈特、德国的拉德布鲁赫。牧野英一以法律进化论闻名,通过对刑罚演进史的研究揭示了法律进化的一般规律。哈特以法的概念研究见长,被认为是新分析主义法学的代表人物。拉德布鲁赫以法律价值相对论著称,被认为是战后新自然法学派的代表人物。这些学者始于刑法研究,但最终都突破了刑法的狭窄专业知识境域,上升到法理的研究。与这些学者相映成趣的是康德、黑格尔等哲学家,他们从自身的哲学立场出发,进行哲学体系的演绎,点化刑法,各自成为道义报应主义与法律报应主义的巨擘,极大地丰富了刑法的理论蕴含。确实,法以及刑法只是社会生活的一个点,是人类精神状态的一个侧面,因而对其的研究必然且应当反映出社会与人性的普遍性,从而使其融入整个社会科学的知识体系。社会科学是建立在某种普遍性的信念之上的,普遍性是这样一种观点:它认为存在着在所有时间和空间中都有效的科学真理。社会知识意味

〔1〕 参见〔日〕沟口雄三:“‘知识共同’的可能性”,载《读书》1998年第2期,第115页以下。

着社会科学家有可能发现解释人类行为的普遍过程,而且任何他们能够证实的假说过去都被认为是跨时空的,或者说应该以适合一切时空的方式来阐述它们。^{〔1〕} 尽管这种知识普遍性的观念受到质疑,一种以特殊性为基础的地方性知识的理念正在兴起,尤其是文化价值的相对主义正在抗衡着以普遍性为基础的知识体系。但我们仍然坚持一种知识共同性的理念,在此基础上,强调法,包括刑事法的研究应当在人文社会科学的统属之下进行。使法,包括刑事法的研究,真正成为一个人文社会科学的研究,而不是一种纯粹的法的逻辑演绎。

如何处理法学知识与其他人文社会科学知识的关系,是摆在我们面前的一个亟待解决的问题。目前,法学知识似乎处境尴尬。一方面,法学知识以一种前所未有的速度积累与扩张着,法学书籍的出版越来越成为出版的一个热点,每年数以万计的法律类图书面世。另一方面,法学知识在整个人文社会科学知识体系中的地位没有获得相应的承认。且不说前些年“法学幼稚”的外部评价,就是法学界人士也十分不满于法学研究的现状。这里,存在对法知识的属性与功能的认识问题。申言之,法学知识到底是一种思想还是一种技艺?更加深入一步的追问是:现代法治需要什么性质的法学知识?对此,存在认识上的分歧。我国学者苏力根据亚里士多德对人类知识的三分法,即纯粹理性、实践理性和技艺,将法学知识定位于实践理性,认为法更多是或主要是一种实践理性,尽管法家所用的实践理性一词在很大程度上也涵括了亚里士多德的技艺领域。苏力指出:法治作为一种社会的实践,而不仅仅是法学家或法律家的实践,其构成必定也同时需要这三种知识,思辨理性、实践理性和技艺。法学是一门具有高度实践性的学科,它并不只是一些普遍正确的命题所构成,而且需要大量的实践理性,需要许多难以言说难以交流的

〔1〕 参见沃勒斯坦:“进退两难的社会科学”,载《读书》1998年2期,第102—103页。

知识。^{〔1〕}这里的难以言说、难以交流的知识是一种法的个体体验,是法学中的 know-how, 一种个别性知识。对此, 尚需从理论上进一步概括。总之, 我对苏力关于法学知识的定位深表赞同。确实, 法学既不是一种单纯的对法的形而上的思考所得出的普适性命题; 也不是一种单纯的对法条的形而下的解释而构成的规范性知识(例如, 根据个别法建立起来的所谓学科: 商标法学、专利法学、森林法学、教育法学等等)。法学是由思辨理性, 实践理性与技艺构成的多层次的知识结构。对于法治国家的建设来说, 既需要福柯之所谓 discipline (规训, 又译为监禁、惩戒, 指通过一定的强制使整齐划一从而形成某种秩序), 因而需要普适性的共同的法律话语, 需要专门性的、专业性的法律知识, 同时也需要对法的人文关怀、对法的形而上的理性思辨, 从而在法学知识中内涵一种人文精神, 防止法学知识堕落成为纯粹技艺性的、与社会隔绝的仅适用于法律的专业话语。由此, 需要提升法学知识在人社会科学中的地位。法学不仅要分享哲学、经济学、社会学、伦理学等其他人文社会科学的研究成果, 而且也应当让这些人文社会科学分享法学研究成果, 使之从法知识中获得某种思想上的灵感与方法上的启迪。只有这样, 法才能说对人文社会科学作出了某种贡献, 法学知识才能融入人文社会科学的知识体系。

本卷作为《刑事法评论》第3卷, 在“修订后的刑法: 理论评判·分则”栏目中, 我们发表了一组长篇论文。其中, 宗建文的论文从犯罪构成结构的视角对刑法分则的修订进行了理论的考察。我们通常所说的犯罪构成, 都是指刑法总则规定的一般犯罪构成, 这对于犯罪认定无疑是十分重要的。但正如前苏联著名刑法学家 A·H·特拉伊宁指出: 刑法分则条文是犯罪构成的“住所”。^{〔2〕} 这里的犯罪构成是指罪状所描述的具体犯罪构成, “住所”一词确实十分生

〔1〕 参见苏力: “知识的分类”, 载《读书》1998年第3期, 第97—98页。

〔2〕 参见〔前苏〕A·H·特拉伊宁: 《犯罪构成的一般学说》, 中国人民大学出版社1958年版。

动形象地反映了具体犯罪构成在刑法分则条文中的生存状况。如果我们确认这一事实的话,那么,刑法分则条文中罪状的规定实际上是对犯罪构成住所的一种“设计”与“构筑”。在此,正好可以对应上意大利著名刑法学家贝卡利亚对立法者的一个形象比喻:建筑师。贝卡利亚指出:“立法者像一位灵巧的建筑师,他的责任就在于纠正有害的偏重方向,使形成建筑物强度的那些方向完全协调一致”。^{〔1〕}如果说,贝卡利亚是从刑法价值与功能的实现上将立法者喻为建筑师,表明立法者具有使社会基础稳固的神圣使命。那么,从立法技术上来说,立法者更是一个建筑师,它不仅要使刑法典这个法的建筑物牢固,而且更要使其美观。在这个意义上,刑法分则条文的构成要件是否设计得科学合理,是对刑法分则理论评判的一个重点。宗建文在论文中基于对犯罪构成理论的娴熟掌握,对于犯罪构成的本体要件的设计以及我国刑法中犯罪构成的结构模式的完善问题,都从刑法理论上进行了建设性的审视。其余三篇论文,分别对金融管理犯罪、证券犯罪、计算机犯罪等新型犯罪的立法进行了评判。这种评判的特点在于,对这三种新型犯罪首先从犯罪学角度对其性质与特征予以深刻的把握,从而为立法评判奠定了坚实的理论基础;同时,还引入比较研究方法,广泛地引用相关国家的立法资料,从而开阔了理论视野。在此基础上,对这三种新型犯罪的立法评价,即使不能说十分精当,也可以说是言之有理、持之有据,因而是恰如其分的。对刑法修订的理论评判,至此告一段落。但这只是这种理论探讨的开始,而远非其终止。今后,我们将继续致力于对刑事立法理论的研究,这是刑事法学者的神圣使命。

在本卷内容中,值得重点推荐的是“判例研究”这个栏目。在我国,还没有名符其实的“判例”,因而更为通用的术语是“案例”。但案例与案例又有所不同,尤其是选编机关、公布方式的不同,使

〔1〕 参见〔意〕贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第66

得案例的权威性大不相同。《最高人民法院公报》刊登的案例，经过最高人民法院审判委员会讨论通过，对于司法机关处理同类型案件无疑具有指导作用，视之为“判例”并无不可，尽管它不具有形式上的法律效力，但其实际上的影响力不可低估。本期我们评析的“宋福祥间接故意不作为杀人案”，选自最高人民法院高级法官培训中心与中国人民大学法学院合作编辑的《中国审判案例要览（1996年·刑事审判卷）》（中国人民大学出版社1997年版）。《中国审判案例要览》刊登的案例虽然不如《最高人民法院公报》刊登的案例那么权威，但它是各级法院经过严格筛选，并经有关专家加工而成的，因而是一些典型或者疑难的案例，具有“准判例”的性质。周光权提议《刑事法评论》对“宋福祥间接故意不作为杀人案”进行学理探究，我深以为然。此议得到张明楷、曲新久等诸位同仁的积极响应，分头写出了研究论文，呈现在读者面前。

案例分析，首先涉及的是案例中的法律问题，尤其是法律适用问题。本案涉及到不作为犯罪的作为义务、不作为犯罪的因果关系、不作为犯罪的罪过形式这些专门的刑法理论问题。本人关于作为义务的探讨、肖中华关于不作为犯罪因果关系的界定、曲新久关于不作为犯罪的罪过形式的考察、张明楷关于不作为的杀人罪的法理与判例的分析，尽管彼此之间在某些观点上存在分歧意见，但已经使本案的法理分析达到相当水平的理论深度，大大超出了本案研究的范围。如果对本案的分析就此罢休，那么本栏目也仅仅具有刑法专业的意蕴。但我们的栏目没有满足于对本案的法理分析，而是对本案进一步从社会学角度进行了探究，这就是谢鸿飞和周光权的两篇论文，使我们带着“山穷水尽疑无路”的心情进入到“柳暗花明又一村”的境界，从而使本案的探讨突破了刑法专业的轸域，具有了更为广泛的哲理意蕴。谢鸿飞以本案为例，对疑难案件判决的合法性的饶有兴趣的论述，使我们把注意力从本案的法律适用问题引向判决形成的逻辑演绎过程，以及在该过程中凸显出来的与社会、人生、政治有关的丰富信息。尤其难能可贵的是，周光权的长篇论文

使我们进入到了一个福柯的权力场域，我们面对的是一个完全陌生的知识领域。在此，刑法的专业性被消解了，权力场域中的个人命运凸现在我们面前。从一个刑法案例中做出一篇如此别具一格的文章，难怪作者本人也对其研究方法（实际上更是一种叙述方法）的“合法性”心怀忐忑。“标新”之作必将遭致“立异”之议。其实，没有大胆的立异，何来科学的创新。我们发表这些论文，也正表现了编辑者的学术追求。

周光权的论文，把我们引入福柯的知识世界。福柯这个名字，当今中国人文知识界耳熟能详。福柯虽然不是刑法学家，但在他的著作中，最优秀的恰恰是一部与刑事法相关的著作，这就是1975年出版的《规训与惩罚——监狱的诞生》。^{〔1〕}该书虽然是以监狱这一刑事制度为研究对象，但它采取了福柯所特有的权力分析理论，使得本书的蕴意已经逸出了刑事法学的范围，而成为一本研究训练、惩戒和渗透性的权力等技巧是如何在社会整合中发挥作用的作品，其内容给作为一个刑法学者的我留下深刻的印象。十分巧合的是，福柯也作过一个案例分析，他在查找资料时，发现久被遗忘的二篇题为《19世纪的弑父者》的优诱论文。后来福柯将此文发表，并后附评论，这便是广为人知的《我，皮埃尔·里维尔，杀害了我的母亲、姐姐和弟弟吗？》。^{〔2〕}在这个案例分析中，福柯不仅挖掘了犯罪人的心理，揭示了犯罪人个人的命运；更是关注权力在社会中的运作。由此可见，案例分析虽然是一种常见的法学分析方法，但它可以承载更为厚实的学术思想内容。在我国法学界，虽然案例分析或者判例研究之类的作品俯手可拾。但恕我孤陋寡闻，像本栏目这样以12万言的篇幅探讨这么一个案例，似乎可以说是“空前”。但愿这种研究不会

〔1〕 参见〔法〕福柯：《规训与惩罚——监狱的诞生》，刘北成、杨远婴译，台北桂冠图书股份有限公司1992年版。

〔2〕 参见〔法〕迪迪埃·埃里蓬：《权力与反抗——米歇尔·福柯传》，北京大学出版社1997年版，第9页。

“绝后”，我们还将组织更大规模的此类研究。

在专题研究栏目中，我们仍然提倡并坚持纯正的学术的与专业的理论风格。蔡道通的《刑法谦抑论》一文，对刑法谦抑的价值目标进行了有深度的法哲学探讨；陈正云的《刑事法律关系论》一文，对刑事法律关系这一具有理论意义的论题进行了系统研究，对于刑法逻辑结构和刑法理论体系的合理建构具有一定意义。张绍谦的《法律因果关系论》是上卷发表的《事实因果关系论》的姐妹篇，相信有助于深化对刑法因果关系的认识。黄丁全《事实认识错误与法律认识错误——以日本实例见解为中心》一文，根据日本实例，展开了刑法认识错误理论，从而拓展了我们的学术视域。王新环《刑事简易程序研究》一文对当前我国刑事简易程序的运作进行了理论评述。张绍彦《刑罚实现论纲》一文，从刑事一体化的理念出发，对监狱法理问题进行了颇有力度的分析。刑事执行法学，是刑事法学中一个薄弱研究领域。但没有对刑事执行法学的深入研究，就不可能建构“全体刑法学”的理论大厦。张绍彦先生一直致力于刑事执行法学的研究，这次加盟《刑事法评论》，向读者呈交了一篇提升刑事执行法学的理论品格的论文，不亦可嘉乎？以《刑事法评论》为号召，聚集一批有志于刑事法理论研究的学术同仁，这也正是我们创办本论丛的初衷。

值此《刑事法评论》第3卷付梓之际，草草写下对法学知识的杂感和初读书稿的观感，作为主编絮语，也可以视为是本卷的导读。

陈兴良

谨识于北京塔院迎春园寓所

1998年5月27日

目 录

主编絮语 / 陈兴良	(1)
------------------	-----

〔修订后的刑法：理论评判·分则〕

刑法分则的修改：以犯罪构成结构论

为视角的分析/宗建文	(1)
------------------	-----

- 一、引论 (1)
- 二、严密设计犯罪构成的本体要件 (9)
- 三、犯罪构成的结构调整 (23)
- 四、我国刑法中犯罪构成的结构模式及其改革 (34)
- 五、结语 (43)

危害金融犯罪的刑事立法及其评析/王 新..... (44)

- 一、危害金融犯罪概述 (44)
- 二、危害金融犯罪的刑罚设置 (48)
- 三、危害货币管理罪的立法评析 (55)
- 四、危害银行管理罪的立法评析 (61)
- 五、危害证券管理罪的立法评析 (69)
- 六、金融诈骗罪的立法评析 (74)
- 七、危害金融犯罪的立法特点及其完善 (82)

证券犯罪及其立法评述/刑怀柱..... (93)

- 一、证券犯罪的概念 (94)

- 二、证券犯罪的危害及特征 (98)
- 三、擅自发行股票、公司、企业债券罪 (109)
- 四、内幕交易罪 (115)
- 五、编造并传播证券交易虚假信息罪 (124)
- 六、诱骗投资者买卖证券罪 (130)
- 七、操纵证券交易价格罪 (137)
- 八、证券犯罪的立法评价 (144)
- 计算机犯罪及其立法评价/刘广三 (156)
 - 一、计算机犯罪概述 (156)
 - 二、世界各国关于计算机犯罪的立法概况 (164)
 - 三、我国刑法关于计算机犯罪的立法及其评价 (171)
 - 四、关于计算机犯罪的立法完善 (191)

〔判例研究〕

- 案例：宋福祥间接故意不作为杀人案 (195)

- 论不作为犯罪之作为义务/陈兴良 (201)

- 一、不作为犯罪之作为义务的地位 (201)
- 二、不作为犯罪之作为义务的性质 (207)
- 三、不作为犯罪之作为义务的来源 (211)
- 四、宋福祥案件之作为义务的评析 (216)

- 论不作为犯罪因果关系/肖中华 (221)

- 一、不作为犯罪因果关系之有无 (221)
- 二、不作为犯罪因果关系之特性 (225)
- 三、不作为犯罪因果关系之判断 (232)

- 论间接故意之不纯正不作为犯/曲新久 (238)

- 一、不纯正不作为犯概述 (238)
- 二、不纯正不作为犯的作为义务 (244)
- 三、不纯正不作为犯的主观罪过 (251)

论不作为杀人罪——兼论遗弃罪的本质/张明楷 (256)

- 一、问题的提出 (256)
- 二、理论的概况 (257)
- 三、义务的来源 (260)
- 四、义务的程度 (265)
- 五、问题的展开 (270)
- 六、简短的结论 (276)

疑难案件的判决如何获得合法性

- 以宋福祥案的判决为例/谢鸿飞 (278)
- 一、问题及其意义 (278)
- 二、疑难案件判决获得合法性的
策略之一：法律推理和法律解释 (281)
- 三、疑难案件判决获得合法性的
策略之二：判决修辞技巧的运用 (287)
- 四、疑难案件判决获得合法性的
策略之三：法庭仪式和法律知识的运用 (289)
- 五、结论 (293)

权力场域中的个人命运

- 宋福祥如何成为犯罪者？/周光权 (295)
- 一、传统权力观的表述危机 (296)
- 二、权力的福柯立场：一种复杂的社会策略形式 (299)
- 三、权力场域：布迪厄的分析 (305)
- 四、本案中的权力构造 (309)

五、本案中的权力运作 (318)

六、宋福祥的个人命运 (327)

〔专题研究〕

刑法谦抑论/蔡道通 (333)

一、刑法谦抑的蕴含及其意义 (333)

二、刑法谦抑的题中之义 (336)

三、刑法谦抑的现实启示 (349)

刑事法律关系论/陈正云 (356)

一、刑事法律关系概述 (356)

二、刑事法律关系的概念及特征 (357)

三、刑事法律关系的法律事实 (367)

四、刑事法律关系的构成要素 (380)

五、刑事法律关系的刑法构造 (393)

法律因果关系研究/张绍谦 (405)

一、法律因果关系的内容 (405)

二、法律因果关系的一般判断 (420)

三、法律因果关系的特殊判断 (443)

事实认识错误与法律认识错误

——以日本实例见解为中心/黄丁全 (459)

一、概述 (459)

二、法律认识错误的基本见解及其分析 (462)

三、是事实认识上的错误还是法律认识上的错误：
对判例的分析 (473)

四、学界对于“鼯鼠一大飞鼠案件”和“狸一獾
案件”的看法 (476)

五、事实认识错误和法律认识错误的区别 (480)

刑事简易审判程序研究/王新环 (490)

- 一、刑事简易程序概述 (490)
- 二、刑事简易程序的比较研究 (501)
- 三、中国刑事简易程序评述 (508)

刑罚实现论纲/张绍彦 (534)

- 一、刑罚实现的基本目标 (534)
- 二、刑罚实现的权力机制 (544)
- 三、行刑法治 (551)
- 四、行刑权的实践困难 (559)
- 五、监狱法律的实施 (564)
- 六、行刑法制的未来发展 (568)
- 七、未尽的交待 (572)

刑法分则的修改： 以犯罪构成结构论为视角的分析

宗建文

(国家保密局干部 法学博士)

一、引 论

刑法修改涉及一个两难选择，一方面是要考虑打击犯罪的需要，尽最大可能打击犯罪；另一方面是要保障犯罪嫌疑人的合法权利即保障人权；通俗点讲，前者可以称作“不纵”，后者为“不枉”；二者匹配得当，则刑法功能发挥正常。如有一方偏废，则不是刑法功能的最佳搭配。这是刑法的任务“惩罚犯罪”和“保护人民”这两个方面所决定的。刑法修改已经完成，从理论和实践两个方面如何评价刑法修改的得与失，是摆在我们面前的问题。本文旨在从理论上分析刑法分则修改后所面临的问题，刑法分则的修改是否达到了预期的目标？如果没有，问题将如何解决？如何建立建设性的、稳定的实现刑法功能的机制？

刑法分则的主要内容是通过具体条文来确立各种犯罪行为。条文的内容包括罪状和法定刑。通过罪状设计来描述犯罪行为，确定打击犯罪的范围，是各国刑法的通行作法。罪状的内容主要是对社会现实中具备一定的社会危害性需要由刑罚方法来处置的事实加以记述，这是罪刑法定在认识论上是定性认识。法定的罪刑设计要落