

中国民法·刑法案例与学理研究

■总主编 曾宪义


总则篇(下)

刑事法律科学文库(3)

中国刑法案例 与学理研究

主编 赵秉志

CASE
STUDIES
IN
CHINESE
CRIMINAL
LAW



法律出版社

中国民法、刑法案例与学理研究

■总主编 曾宪义

总则篇(下)

刑事法律科学文库(3)

**中国刑法案例
与学理研究**

主编 赵秉志

CASE
STUDIES
IN
CHINESE
CRIMINAL
LAW

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国刑法案例与学理研究·刑法总则篇·(下)/赵秉志
主编. —北京:法律出版社,2000.12
ISBN 7-5036-3316 6

I. 中… II. 赵… III. ①刑法-案例-研究-中国
②刑法-总则-法的理论-研究-中国 IV. D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 82034 号

出版·发行/法律出版社
责任印制/李跃
印刷/北京市宏伟胶印厂
开本/A5

经销/新华书店
责任校对 / 杜进
印张/13 字数/341 千

版本/2001 年 4 月第 1 版

2001 年 4 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/<http://www.lawpresschina.com>

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(市场销售部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7 5036-3316-6/D·3034

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

中国刑法案例与学理研究 编审委员会

主任

高铭喧 中国人民大学法学院教授、博士生导师、国际刑法研究所所长，国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心顾问暨学术委员会主任，中国法学会刑法学研究会会长，国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。

副主任

刘家琛 最高人民法院副院长、国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心顾问，中国人民大学法学院兼职教授。

赵登举 最高人民检察院副检察长，国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心顾问。

赵秉志 中国人民大学法学院副院长、教授、法学博士、博士生导师、国际刑法研究所副所长，国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心主任暨学术委员会秘书长，中国法学会刑法学研究会副会长。

委员

王作富 中国人民大学法学院教授、博士生导师，国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员暨国际刑法研

究所研究员,中国法学会刑法学研究会顾问。

张 军 最高人民法院审判委员会委员、刑事审判第二庭庭长,国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员暨学术委员会委员,中国人民大学法学院兼职教授暨国际刑法研究所研究员,中国法学会刑法学研究会理事暨副秘书长。

姜 伟 最高人民检察院检察委员会委员、公诉厅厅长,国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员暨学术委员会委员,中国人民大学法学院兼职教授暨国际刑法研究所研究员、法学博士、博士生导师。

敬大力 最高人民检察院职务犯罪预防厅厅长,国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员,中国人民大学法学院兼职教授暨国际刑法研究所研究员。

鲍遂献 公安部治安局副局长、法学博士、博士后,国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员暨学术委员会委员,中国人民大学法学院兼职教授暨国际刑法研究所研究员,中国法学会刑法学研究会理事。

黄林异 中国人民解放军军事法院副院长、少将,中国人民大学国际刑法研究所研究员,中国法学会刑法学研究会理事。

黄京平 中国人民大学法学院教授、法学博士、博士生导师,国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心副主任暨国际刑法研究所研究员。

刑事法律科学文库 总 序

现代化的国家是法治国家,现代文明进步的社会是法治社会。中国依法治国、建设社会主义法治国家之基本治国方略的确立及其贯彻,对中国社会的发展进步至关重要。毋庸置疑,现代刑事法治在现代化法治国家中仍扮演着重要的角色,因而刑事法律学科也相应地为国家所重视,成为公认的改革开放以来我国发展繁荣最为显著的主要法学学科领域之一,并被首批纳入建设国家重点研究基地之规划。在新世纪建设社会主义法治国家的进程中,刑事法学需要进一步发展完善,以更为充分地发挥其应有的作用。

中国人民大学刑事法律科学研究中心是以刑事法律学科为研究领域的国家重点学术研究机构,系1999年12月首批建立的15个教育部普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。中国人民大学刑事法律科学研究中心研究人员以中国人民大学法学院刑事法学的部分专家学者为专职研究人员,同时聘请国内外一些知名刑事法专家学者作为兼职研究人员。中心主任为著名中青年刑法学者赵秉志教授,中心执行主任为知名中青年刑法学者卢建平教授,中心副主任为知名中青年刑事法学者何家弘、甄贞、郑定、黄京平教授,中心顾问为著名刑法学家高铭喧教授暨中央政法机关几位专家型领导同志。在学术研究范围和布局上,中心以作为国家重点学科的刑法学科为龙头,涵盖古今中外刑事法学之主要学科和研究领域。中心下设四个研究机构和研究方向:第一研究室以中国刑法为研究方向;第

二研究室以刑事诉讼法暨刑事侦查、刑事物证技术为研究方向;第三研究室以中外刑事法律史为研究方向;国际刑法研究所以外国刑法与国际刑法为主要研究方向。刑事法学相关学科的有机结合和研究队伍的合理组合,乃是中心鲜明的优势互补之特色。按照教育部的要求,中心应当是具有明显科研优势和特色的国家级刑事法律科学重点研究基地,并经过努力使整体科研水平和参与重大决策的能力居于国内领先地位,在国际刑事法学术圈亦享有较高声誉。为达此目标和地位,中心要以学术研究为核心,深化科研体制改革,实行全面开放,注重高层次人才培养,加强学术交流,引导和促进刑事法律学科的发展与完善,努力建成全国一流的、名副其实的刑事法律科学领域的重点研究基地。

“刑事法律科学文库”是中国人民大学刑事法律科学研究中心的主要系列著作项目,计划出版国内外刑事法律与刑事法学方面(包括刑法、犯罪学、刑事执行法学、刑事诉讼法、刑事侦查、刑事物证技术、刑事法律史等领域)的有新意、有深度、有分量的著作与译作,著译者以本中心专职、兼职研究人员为主,并向国内外专家学者开放。旨在繁荣、深化和开拓刑事法学领域的学术研究,积累刑事法学方面的学术成果,为提高我国刑事法学的研究水平作出积极的贡献。

中国人民大学刑事法律科学研究中心

2000年1月

前 言

从世界范围来看,根据各国的法律文化传统和现实法制状况,法律学界较为一致地将各国法律基本上划分为两大法律体系:大陆法系(以成文法为标志)和英美法系(以判例法为标志)。通常认为,中国属于成文法系国家。

众所周知,在刑法领域,成文法系的特点在于:以体现为法律文本的制定法典作为法官定罪量刑的惟一依据,推崇罪刑法定原则,严格限制法官的自由裁量权,禁止类推,禁止法官解释法律,甚至认为法官仅仅为“法律之口”;而判例法系的特点则与之完全相反,极为推崇法官基于正义、良知进行自由裁量,从而达到个案的公平、公正。正如立法论者波尔塔利斯在立法机关的报告中所指出:“裁判官面对很多法律没有规定的事项是必然的。在这种场合,应该允许裁判官有根据正义、良知的睿智光辉补充法律的权能。……法律没有规定的场合,根据自然理性依然可以说明,立法者的预见有限,而自然是无限的。自然理性体现于人间的一切,适用于人间的一切,为什么放弃自然理性提供我们的解决问题的手段而不用呢?”换言之,判例法系认为,立法者的预见是有限的并且是滞后的,总是难免有不足和缺陷之处,难以适应和跟上千变万化的司法现实,因而只有通过法官基于自然理性来加以补充。结合两大法系的司法现状及其历史轨迹,可以发现两者虽然各有优点,但是其各自的不尽如人意之处也是显而易见并且是众所周知的。从当代世界司法现状来看,成文法系与判例法系存在相互融合的发展趋势,多数国家均在采两家之长而避其所短,力图合二为一,但在立法选择与司法现实中所表现的形式不同。有些国家基本上以成文法为主,但是经常性地颁布具有示范意义的典型判例,例如墨西

哥、巴西、德国、意大利等国。^①可以说,“判决不产生法律”这一传统的大陆法系原则在实践中已经被突破;有些国家以判例为主,但是通过总结司法经验正在形成越来越多的固定法律文本,这一点甚至在以判例法著称的英国也表现得极为明显。当然,在立法上将二者揉在一起的国家也已出现,例如新加坡等国家的刑法典即是如此:在刑法典文本的每一个条文之后,均配以指导性判例说明。

判例的功能与作用是显而易见的,在习惯法向成文法的发展过程中,判例起到了经验总结的作用;在成文法的发展与完善过程中,现实判例的出现往往是法律改革的动因和前奏。从世界范围来考察,判例法系能够作为一个具有代表性的法系存在并实际影响到数十个国家,其固有的和内在的优越性是毋庸置疑的。基于判例制度所具有的合理内核,即使在中国这样具有悠久成文法传统的国家,判例制度在历史上也曾经十分引人注目。可以说,援引成案作为判处新案的根据,从而赋予成案的判决及其原则的法律效力,这在中国历史上即已有着悠久的传统:早在殷商时期,就有“有咎比于罚”的原则;西周、春秋时期,则有:“议事以制,不为刑辟”;秦代存留的《睡虎地秦墓竹简》记载了广泛实行援用判案成例作为司法依据的制度;汉代的“春秋决事比”,即是由“春秋决狱”活动积累起来的判例;宋代出现的“断例”及其编纂,则是中国古代判例发展的新形式;元代的判例亦称断例,但在编例上有别于宋代,即采用诏制、条格、断例混合编制的形式;明代判例的形式更为多样化,并且真正具有了“判例”的意义;^②清代则除律例之外,在司法实践中还有更多的“成案”用以援引比附;到了中华民国,在审判实践中仍然大量适用司法部和最高法院的判例、解释例,甚至援引北洋政府大理院的判例,同时还编纂了大量的判例汇编;中华人

^① 参见[美]B·B·施莱辛格:《大陆法系的司法判例》,载《法学译丛》1991年第7期。

^② 参见[美]D·布迪、C·莫里斯:《中华帝国的法律》,江苏人民出版社1993年版,第60页。

民共和国建立之后,根据毛泽东主席“不仅要制定法律,而且要编选案例”^①的指示精神,最高人民法院曾作出规定,运用案例的形式指导工作,由最高人民法院和高级人民法院选定案例,经中央政法小组批准,发给地方各级人民法院比照援引。1979年刑法典颁行之后,编选案例的工作曾经暂停了一个阶段。但是从1983年起,最高人民法院又开始以各种形式发布案例,虽然这些案例与判例存在较大的区别,也显得过于求稳和过于重视案例本身的法治宣传教育作用,但是毕竟有胜于无,对司法实践具有一定的借鉴和示范意义,尤其就某些类推案例而言,可以说在某种意义上就是一种刑事判例。

中国1979年刑法典颁行之前曾实际上借助判例指导司法实践达数十年之久,但是在拥有了成文刑法典之后是否就不需要案例指导了呢?答案恐怕应当是否定的。客观地讲,经过大规模修订后的现行刑法典相对于1979年刑法典而言,无论在立法质量还是在立法容量上均有长足的进步,这是法治现代化的表现,也是刑法理论与刑事立法技术日益成熟的表现。但是不可否认的是,现行刑法典的不尽如人意之处也是显而易见并且为人所共知的:从立法上看,立法粗糙的遗迹尤在,立法散乱的迹象再次出现;从司法上看,司法解释的散乱性与应急性愈加明显,直接造成司法解释的不稳定性、不协调性和理解难度的增加。由此引发的直接后果是,立法的粗糙与散乱导致对立法理解的混乱与不一致,导致更多散乱型立法的补足;而司法理解的混乱与司法解释的混乱则引发地区性定罪量刑的不均衡、不统一,并严重冲击法治的统一有序。中国司法实务部门尤其是基层司法机关所面临的重大难题,在于具体司法人员的法律理解能力不足及其地区性差异:将简单扼要的法典条文适用于千变万化、形态各异的具体案件时,存在具有相当普遍性的定性偏差与量刑偏差。这一现象长期存在并呈日益严重的现实态势,成为建设法治国进程中的一个严重障碍。上述问题的解决,最终应当依靠立法细化与司法

^① 转引自《人民日报》1978年10月29日。

解释的系统化。尽管国家立法机关与最高司法机关已经为此尽了较大努力,但是“冰冻三尺,非一日之寒”,想在较短时间内完成高质量的立法完善与司法解释编纂,从而为基层司法机关提供系统化、条理化的司法操作依据并适用于变化万千的具体案情,可能性微乎其微。而采用典型案例研究的形式示范和指导司法实践,提供具有相当可信性与可参考性的刑事案例,不失为一条较为易行和简捷的方式。对此应当指出的是,司法机关尤其是最高司法机关目前已经逐渐认识到了疑难案例编纂的现实意义,因而正在有计划有针对性地定期编选一些具有参考性、借鉴性、示范性的案例,例如最高人民法院刑一庭、刑二庭定期编辑的《刑事审判参考》、最高人民检察院公诉厅定期编辑的《刑事司法指南》、最高人民检察院研究室定期编辑的《典型疑难案例评析》等。

中国刑法理论界近年来开始逐渐重新认识到判例的现实意义,有关于此的教材及解析性论著已达数十种之多,诸多法律院校的刑事案例教学课程正如火如荼;相关的硕士学位论文已有数篇,而以此为选题的博士论文也已开始问世。中国人民大学法学院刑法专业在长期的刑法研究与教学工作中一向关注典型案例的收集与评析工作,并一直认为运用刑事判例协调司法实务是解决刑事司法质量地区性差异、促进刑事司法公平、公正的有效手段之一,也是诠释立法和补充司法解释失之过粗的又一可行方式。在我们参与的中国人民大学法学院与国家法官学院合作编辑的面向海内外公开发行、反映中国司法现状与司法质量的《中国审判案例要览》系列丛书的过程中,我对此有了更为深刻的认识,并决心以刑事司法成案为基础,以研析疑难案例和阐述刑法学理为要旨,编写面向司法实务人员的兼顾司法示范性和学理研究性的案例著作,希望以此促进和提高中国的刑事司法质量,并对现实存在的诸多疑难刑事案例进行具有相当可信性的学理探索。

在经过艰苦的案例收集与筛选过程之后,《中国刑法案例与学理研究》这一项目于1994年底启动。原本就工程浩大的工作,在1997

年刑法典修订通过之后,一方面不得不伴随着刑法典的变革而再易其稿,另一方面伴随着刑法典容量的扩充和司法现实的变化而规模变得更为庞大,经年耗时。在历经近6年的不懈努力之后,作者们终于完成了9卷本《中国刑法案例与学理研究》。作为中国刑法理论界当前颇具规模与容量的案例研究性论著,本书的撰写、创作难度和作者们所付出的辛勤劳动,当然可想而知,作为主编对此体会尤深。在全书统改定稿、封笔掩卷之后,首先要对全体作者长达数年的辛苦工作致以敬意,并深为中国刑法理论界拥有这样一批志同道合的、兼具深厚理论功底和社会历史责任感的中青年学者而欣慰。

本书是国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心“刑事法律科学文库”推出的第三种书籍,由本人任主编,刑事法律科学研究中心的部分研究人员为主要作者,并建立了由著名刑法学家高铭喧教授为主任、国家政法领导机关和本中心的知名中青年刑法专家学者为委员的编审委员会。本书的研究写作得到了编审委员会的指导,也得到了中国高级法官培训教材(此教材共有两套;教材之一为王利明教授主编的4卷本的《中国民法案例与学理研究》,已由法律出版社出版;本书为教材之二)总主编、中国人民大学法学院院长曾宪义教授的关注,尤其是还得到了美国福特基金会的经费支持及前任项目官员张乐伦女士、现任项目官员刘晓堤女士的关心,在此一并深表谢意。

最后,应当特别感谢法律出版社总编辑贾京平先生和策划部蒋浩先生,感谢他们对于本项目的长期支持和在全书编辑过程中所付出的辛勤劳动。

愿本书的出版能为中国刑事司法质量的提高、刑事法治的进步与完善起到些许作用,也愿中国刑法理论界更多学者继续担负应有的社会责任,更加关注现实的司法公平与公正。

赵秉志谨识

2001年3月于中国人民大学刑事法律科学研究中心

■ 撰稿人 赵秉志 于志刚
刘志远 许发民
周洪波 左坚卫
周加海 翟中东
陈志军 郭理蓉
任 博

目 录

前 言	1
第七章 故意犯罪的停止形态	1
51. 如何区分犯意表示与犯罪预备	1
52. 如何认定犯罪的预备形态	6
53. 司法实践中如何认定犯罪着手	11
54. 司法实践中如何认定犯罪未得逞	18
55. 司法实践中如何具体把握犯罪未完成	25
56. “犯罪分子意志以外的原因”在司法实践中应当如何 理解	33
57. 如何确定发生认识错误情况下的犯罪形态	40
58. 不能犯未遂的认定与处理	46
59. 犯罪中止的认定	51
60. 如何区分犯罪中止与犯罪既遂	58
61. 如何确定放弃重复侵害行为的性质	65
第八章 共同犯罪	73
62. 共同实行犯的构成和认定	73
63. 过失共同犯罪的定性	79
64. 共同犯罪与连累犯	85
65. 犯罪集团的特征与认定	91
66. 主犯与从犯的区分与认定	98

67. 胁从犯的构成和认定	104
68. 教唆犯的构成和认定	109
69. 共同犯罪中的实行过限	116
70. 共同犯罪中的身份问题	123
71. 共同犯罪中的共谋行为	130
72. 共同犯罪中的犯罪既遂与犯罪未遂	136
73. 共同犯罪中的犯罪中止	142
第九章 一罪与数罪	150
74. 罪数如何判定	150
75. 继续犯的构成与认定	156
76. 想象竞合犯的认定与处断	165
77. 结合犯的构成、性质与设置规律	174
78. 惯犯的构成与认定	179
79. 连续犯的构成与认定	185
80. 牵连犯的认定	193
81. 牵连犯处断原则探析与牵连犯存废之争	200
82. 吸收犯的形式与罪数本质、处断原则	208
第十章 正当行为	214
83. 正当防卫的限度与防卫过当的认定问题	214
84. 具有连续打击特征的正当防卫行为与事后防卫 的区别以及公务行为的认定与处理	223
85. 假想防卫的认定和处理	233
86. 正当防卫中侵害行为的范围	241
87. 紧急避险的构成要件	253
88. 紧急避险的法益衡量问题	259
89. 被害人承诺的构成要件与法律效力	264
第十一章 刑种的适用	272
90. 如何正确适用死刑立即执行和死刑缓期执行	272
91. 如何正确适用剥夺政治权利	281

92. 如何正确适用罚金刑	287
第十二章 累犯与再犯制度	295
93. 累犯的构成条件	295
94. 特别累犯的认定	301
95. 累犯从重处罚的司法适用	304
第十三章 自首与立功制度	309
96. 自首的司法认定	309
97. 坦白和自首的界限	314
98. 立功与坦白的界限	323
第十四章 数罪并罚制度	331
99. 判决宣告的数个主刑中有数个无期徒刑或最重刑 为无期徒刑, 如何进行并罚	331
100. 判决宣告的数个主刑中有数个不同种有期自由 刑的, 如何进行并罚	337
101. 判决宣告中有数个附加刑, 如何进行并罚	344
102. 数个有期自由刑部分附加剥夺政治权利的, 如何 进行并罚	351
103. 刑罚执行期间再犯数个新罪且发现漏罪, 怎样 进行并罚	358
第十五章 缓刑、减刑、假释、时效制度	366
104. 如何正确把握缓刑的适用条件	366
105. 如何正确把握减刑的适用条件	375
106. 如何正确把握假释的适用条件	382
107. 追诉时效的起算标准	391

第七章

故意犯罪的停止形态

51. 如何区分犯意表示与犯罪预备

一、案情

案例1:

被告人蔡某,男,55岁,干部。

被告人蔡某对某地区地委副书记邱某久有成见。1998年5月20日下午,被告人蔡某因轻信刚离婚的前妻殷某的胡言乱语而对邱某极为恼怒,下午上班时,即将家中的一把菜刀携到办公室,向政协工委主任李某表示了对邱的不满情绪,激动地说要杀死邱某。李某再三劝阻蔡某无效,蔡某即持菜刀站在邱某的宿舍楼附近,将刀接连数次砍在树上发泄。下午下班时,李某发现邱某朝宿舍走去,而蔡某此时仍在那里,便将邱某拦阻至地委老办公楼内。蔡某见后,亦携菜刀走过来。当行至办公楼中间门厅时,恰遇杨某等人途经此地,即劝走了蔡某。5月21日上午,蔡某又携装有旧劈柴刀和铁锤的皮包坐在地委操场边,适逢邱某乘汽车外出,途经蔡某身边,蔡某即挟包站起,但没有什么举动,邱某坐车亦安然离去。当天中午,蔡某又坐在地委大院内大喊大叫,被李某等人劝回家。5月24日下午,蔡某主动将旧劈柴刀和铁锤交给地委保卫科的保卫人员。

检察机关以故意杀人罪(预备)对被告人蔡某提起公诉。被告人蔡某对起诉书指控其行为事实没有异议,但否认其犯故意杀人(预