

东方法学丛书

情节犯 研究

李翔 著

“情节”是刑法中衡量犯罪成立与否、刑罚加重或减轻的标准之一，在立法上具备特定的研究价值和必要性。

上海交通大学出版社

东方法学丛书

情节犯研究

李 翔 著

上海交通大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

情节犯研究/李翔著. —上海:上海交通大学出版社,
2006

(东方法学丛书)

ISBN 7-313-04492-5

I. 情… II. 李… III. 刑事犯罪-研究 IV. D914.04
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 072360 号

情节犯研究

李翔 著

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 877 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 张天蔚

立信会计出版社常熟市印刷联营厂印刷 全国新华书店经销

开本: 880mm×1230mm 1/32 印张: 7.375 字数: 207 千字

2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月第 1 次印刷

印数: 1~3 050

ISBN 7-313-04492-5/D·133 定价: 12.00 元

版权所有 侵权必究

东方法学丛书编委会

主 编:何勤华

副主编:顾功耘 游 伟 郑少华

编 委:(按姓氏笔画顺序排列)

王立民	王虎华	王嘉禔	叶 青	刘宪权
邱格屏	何勤华	岳川夫	郑少华	杨正鸣
张天蔚(交大)	张明军	张梓太	宣文俊	
徐永康	顾功耘	游 伟	鲍正熙(交大)	
傅鼎生	殷啸虎			

总 序

在世纪转换的历史时刻,中华民族前所未有的地感受到了实行法治对国家发展和强盛的重要意义;在千年更替的重要关头,中国人民也更加坚定地确立了法治的目标。1999年3月,九届全国人大第二次会议通过的《宪法修正案》,把“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略载入了宪法,勾画出了我国法治建设在新世纪发展的宏伟蓝图。

法治目标的实现,需要全体公民的共同努力,更需要法学研究者和法律工作者的不懈追求。法律高等院校一方面承担着培养法律专业工作后备力量的重任,同时也是法学研究的一支重要力量。华东政法学院是司法部属普通高等院校之一,拥有一支法律教学和研究的师资队伍,长期以来,许多教师在从事法律教学工作的同时,辛勤地耕耘在法学研究的园地,并取得了一批成果,不仅为立法和司法实践提供了不少卓有价值的建议,也在法学理论研究方面提出了一些富有创见的观点。这些研究反过来又促进了教学质量的提高,它证明了法学研究和法学教育相互依存、相互促进的关系。

法学理论研究应当为法制建设服务,这是不言自明的道理。我国的法制建设在最近20多年取得了令世人瞩目的巨大进步和飞速发展,丰富多彩的法律实践和法治活动为法学理论工作者提供了一展身手的宽阔舞台和任意驰骋的广袤天地,也向法学研究人员提出了大量亟待解决的课题,这些都是法学研究走向繁荣的不可缺少的原动力和必要条件。

法学理论研究应当为法制建设提供指导,这是法学理论工作者必须承担的职责。我国的法治实践是在独特的历史背景和现实条件下进行的。一方面我们拥有上千年陈陈相因、绵延不绝的中华法系的传统,这一传统在近代以来却遇到了西方法律制度的巨大冲击与严峻挑战而几近中断;另一方面我们在建设社会主义现代化强国和构建社会主义

市场经济体制的过程中,又需要形成有自己特色的法律体系,而这一法律体系又必须能积极应对当今世界的共同法律规则。这些都要求我国的法学研究具有更高的立意、更广阔的视野和更新颖的理念。

正是基于上述认识,华东政法学院和上海交通大学出版社联手推出了这套《东方法学丛书》,以期尽自己绵薄之力,推动我国法学研究的开展。丛书取“东方”之名,是因为中国处于世界之东方,而上海又位居中国之东方,华东政法学院地处上海,原司法部部长、现任最高人民法院院长的肖扬同志曾称誉华东政法学院为“法学教育的东方明珠”,以“东方”二字来命名,固可区别于其他各种法学丛书,更期望能借得风气之先的这块宝地之地利,为我们这套丛书更多地汲取来自于生活这棵常青之树的养分。

收入这套丛书的著作均为华东政法学院教师的学术专著,这些著作中的观点不一定成熟,但却凝聚了作者对有关法律问题的思考。而且我们也想借丛书出版的机会,广泛地征求各方面的意见,使作者们在此基础上,能进一步深入研究,为我们奉献出更多更优秀的学术成果。

东方法学丛书编委会

序

黄京平*

刑法中的情节与情节犯历来为理论界和实务界关注。我国刑法分则中广泛地规定情节作为定罪要件与量刑因素,比如将“情节严重”、“情节恶劣”、“情节特别严重”、“情节特别恶劣”等作为基本犯或加重犯的罪状。这反映了我国刑法中犯罪是定性与定量相结合的模式,数额和情节构成衡量犯罪成立与否、刑罚加重减轻的标准。由此,情节犯成为中国刑法学中一个十分重要的概念,长期以来聚讼不休。全面而深入地研究情节犯,对于完善刑法犯罪形态论、促进刑事立法司法、推动正确对待情节的功能与作用具有不可忽视的理论价值和实践意义。

本书深入系统地探讨了情节犯的宏观与微观问题,推动了刑法理论界的情节犯研究。纵览全书,我认为,存在如下特点:

第一,立足并反馈立法司法实践。实践性是学问的第一性,真正的学问应当来源于实践并经得起实践的考验。李翔博士精心梳理了1979年和1997年刑法典中的“情节”条款,根据他的梳理:1979年刑法典中出现的“情节”二字有68处,而1997年刑法典中出现的“情节”则有293处之多,而情节犯有93个罪名。这种立法现实,既是选题之意义所在,也充分体现著者的规范刑法学功底,更能通过这种梳理反馈到立法实践中以供参考。而且,立法中广泛规定的情节和情节犯会因解释的差异形成迥然不同的结果。情节犯是基于对现实的关注而诞生的一种犯罪类型,著者在比较、分析中外刑事立法和刑法理论的基础上,紧密联系刑事司法实践,从实体与程序、定罪与量刑、意义与价值、功能

* 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心执行主任,中国人民大学法学院教授、法学博士、博士生导师,兼任北京市海淀区人民检察院副检察长。

与构成、形态与关系等不同的角度对情节犯问题进行了全面、系统而深入的研究,融入对实践的思考。

第二,体系严谨,论证充分深入。情节犯研究,一直为理论界与实务界关注,是一块看似容易实际难啃的骨头。著者知难而进,选择情节犯进行研究,并以情节和情节犯为逻辑起点和理论前提,逐步提出和分析解决情节犯及其相关问题的对策与意见。如果说情节犯本体论是一个逻辑的起点,是说“什么是什么”;那么情节犯的法治论、价值论则是说“什么背后是什么”、“为什么”。情节犯构成论解剖结构;情节犯形态论、关系论解释与周边相邻概念的交叉界分;情节犯完善论则从发展的角度对我国刑法中的情节犯立法与司法完善提出建议。层层递进,“小题大作”——围绕一个小问题从多角度运用不同方法深入研究。“解剖麻雀”,方能有所收获。著者沿着从宏观到微观的逻辑顺序,基本立场是肯定情节犯存在的独立意义和价值,从本体契入,到完善提升,一气呵成。

第三,视角独特,观点颇具创新。在李翔博士的新著中,情节犯法治论、情节犯价值论以及针对情节犯的立法司法完善等问题的研究,都颇有创新之处。著者认为,情节犯的犯罪本质应该从实质意义和法律形式意义两个方面加以把握,一方面,它是以行为的客观社会危害性和行为人的身危险性作为其“质”的规定性,另一方面,它又以刑法分则明文规定的“情节严重(情节恶劣)”作为其“量”的限定性。难能可贵的是,李翔博士从刑事法治、刑事政策和刑法基本原则的高度来审视我国刑法中情节犯制度的设置。著者提出,从刑事政策的精神和内容上看,情节犯与我国基本刑事政策一脉相承,是我国刑事政策法治化的集中体现和重要途径,而且符合罪刑法定主义精神,满足刑法谦抑性的要求。情节犯尤其是情节加重犯、情节减轻犯和情节特别加重犯的存在,使罪刑均衡的价值理念得以在立法上体现并在司法中正确贯彻执行。著者在情节犯价值论中分析指出,情节犯的大量存在在立法上具备特定的价值基础和必要性,在司法上事实上控制犯罪圈有利于实现保障人权和保护社会的刑法二重价值。基于对我国刑法中情节和情节犯的梳理,著者提出了若干具有可操作性的完善建议,对理论研究的深入和



立法司法实践都具有一定的参考价值。

当然,该书存在若干有待进一步深入研究之处,提出来既与著者探讨,也与读者相商。比如,本体论中将情节犯界定为包括基本情节犯、情节加重犯、情节减轻犯、情节特别加重犯等四种不同类型,无论在犯罪构成还是犯罪停止形态的认定上,各种情节犯存在较大差异,但著作无论是在形态论中对情节犯犯罪形态的研究,还是在关系论中对情节犯与数额犯等相近概念的界分,均主要围绕基本情节犯展开,针对另外三种情节犯的研究,基本未加涉及。又如,“法治论”中以刑法基本原则为视野观察情节犯,只引入罪刑法定和罪刑均衡原则,是否可以尝试从罪刑平等来观察情节犯问题?再如,价值论中围绕情节犯与我国犯罪构成要件之间的关系的论证,可以加以充实和深化。

著者毕竟年轻。数年前,杨兴培教授向我隆重推荐李翔同学攻读我的博士,我欣然同意。今天,李翔博士邀我为他的新著《情节犯研究》作序,我更是欣然应允。作为一名法学教师,最为欣喜的莫过于见到自己的学生能在法学理论界有所建树,在法律实务界有所作为。我真诚地希望李翔博士在今后的学术道路上更加踏实稳健地走下去,不断攀登,不断取得新的成果。

是为序。

黄京平

于中国人民大学法学院

2006年2月13日

前言

“江山代有才人出，各领风骚数百年”。无数刑法哲人在历史的长河中宛如一道划过夜空闪亮却短暂的流星，而纷繁迭起的各种刑法理论却给后人留下无尽的遐思。当我们拂去历史的尘埃，翻开那一部部经典传世之作，当我们以崇拜者的心态跨越历史时空向刑法先哲们求教刑法学真谛时，常常被我们忽略了却是我们本土资源所诞生的刑法学说中的理论制度。新中国刑法学从它诞生的那一天起，就是以“他山之石”作为自己构建的基础的^①，而在其发展过程中，又出现了大陆法系刑法理论泛化的趋势。尤其是在以西方的某些理论命题作为“××学现代化”的学术标准的今天，我们自己的理论和制度常常因不符合国外的某些观点和思想而在被批判甚至在摒弃的漩涡中挣扎。情节犯作为我国刑法理论中具有本土意义的一项刑法制度，正在遭受着这样的命运！

“反思——批判——超越”以及“不破不立”的学术范式似乎成为当今学术研究的当然思维模式和学术发展的路径。当然,我们从来不主张“批判就是背叛,传承就是光大”的思维模式,也从来没有否定批判的意义,但是,我们知道,刑法学理论的发展涉及哲学、社会学、伦理学、逻

① 新中国建立伊始,在一切向“老大哥”——(前)苏联——看齐的岁月里,我国的刑事立法和刑法理论的构建亦不能例外,可以毫不夸张地认为,我们的刑法理论(刑法总论部分)几乎就是以(前)苏联的刑法理论为摹本发展而来的,虽然由于众所周知的原因,我国刑事立法及刑法理论的发展曾一度停滞下来,但是新中国第一部刑法的诞生仍然烙有“移植”的痕迹。近年来,在新中国老一辈刑法学家建立的刑法理论的基础上,大批的刑法学人共同对我国刑法理论的深入发展做出了积极的贡献,其中一批有影响力的中青年刑法学家(者)在借鉴以德日刑法理论为代表的大陆法系刑法理论的基础上,对我国刑事立法和刑法理论进行阐释,由此,形成了我国刑法理论倾向于向大陆法系刑法理论发展的趋势。

辑学、政治学、历史学、法学等多科性纷繁交错的知识,对它的研究需要有长久的文化沉淀、深厚的文化底蕴和广博的基础知识结构、专业的系统思维作为依托。每一个制度的存在都有其特定的历史渊源和运行背景,对其一味批判甚至完全否定,并不是解决问题的良方。如何将现行的法律解释得更加合理、更加符合现实的需要是重要的。“不要随意批判法律,不要随意主张修改法律,而应对法律进行合理的解释,将‘不理想’的法律解释为理想的法律规定。”^①所以,一位伟大的刑法学家,首先应该是一位伟大的注释刑法学家。

缺乏对现实关注的任何学术理论,都是海市蜃楼式的理想建构——尽管梦想和希望是我们的精神支柱。对现实,需要符合现实的解说,而不是背离现实的嘲弄。情节犯正是基于对现实的关注而诞生的一种犯罪类型,其最大的特点就在于该制度是对现实的关注——社会生活的复杂性和多变性与法律局限性和稳定性之间存在某种不可调和的矛盾。个人需要自由,国家需要秩序,和谐社会的建立则需要游离于自由与秩序边缘间的法律制度的创设。刑法作为一种秩序规则,它与社会现实相互依存,它的每一个制度的设置都是以特定的社会物质生活条件为基础,同时把社会现实作为其内容。刑法学以犯罪行为作为研究对象之一,而犯罪的本质特征就是应该受到刑罚处罚程度的社会危害性,但行为的社会危害性在法律上由犯罪构成要件综合反映出来,我国刑法的规定总是在犯罪构成诸要件的总体上使行为的社会危害性达到应受惩罚的程度。如果在一般情况下还没有达到这种程度,刑法分则条文就强调某种或某些要素,或者增加某种或者某些要素。对于这种情况,我们在刑法理论上把它归纳为单独的一种犯罪类型,而情节犯就是这样犯罪类型中的一种。情节犯是我国刑法中特有的一种犯罪类型,它与行为犯、危险犯、结果犯等犯罪类型相并列,是指某种危害社会的行为以“情节严重”或者“情节恶劣”等为犯罪成立或者认定为犯罪既遂形态的犯罪类型。据笔者统计,目前我国刑法中规定的情节

① 张明楷. 刑法格言的展开[M]. 北京:法律出版社,2003:3.

犯有 93 个罪名^①,这还不包括情节犯加重犯、情节犯减轻犯和情节犯特别加重犯,以及立法解释或者司法解释中所涉及到的,更没有包含附属刑法的内容。面对这样一个现实,我们认为,对于情节犯全面系统深入的研究,不仅在于其重大的理论意义和重要的司法实践价值,甚至更在于我们真正面对的两个现实——情节犯的设置是立法者对现实的关注和我们对情节犯大量存在现实的关注。

关于情节犯的研究,与其他相关犯罪类型(例如行为犯、危险犯等等)相比较,我国刑法学界对于情节犯的研究比较薄弱,研究者甚少。究其原因,一方面,因为它与国外刑法理论关联性较少,因而缺乏横向比较和借鉴的可能性;另一方面,由于情节犯自身的特点决定了它不像其他犯罪类型一样存在相互对应的概念,以及情节犯本身确实存在伴生性缺陷——任何制度的设置都不会尽善尽美——因而导致了情节犯研究相对匮乏的格局。目前虽然也有些相关的研究,但是当把目前已有的一些文章或散见于各论著中的相关论述——零敲碎打的研究——进行整合的时候,我们发现它们之间却出现了“排异反应”。其中最大的原因就在于这些研究大多从某个侧面入手,缺乏系统研究。从另外一个角度来说,对于一个理论性和实践性都很强的命题,即使存在相关论述,这也不妨碍我们运用科学方法——包括前辈学者为我们已经能够提供的视角、理论、模式——来对这一学术问题作进一步的探讨以推动其更深入地发展。“惟有如此,学术才能发展与进步。”^②

《情节犯研究》共分七章,全书以马克思辩证唯物主义和历史唯物主义为指导思想,采用定性分析和定量分析相结合、逻辑分析和比较研

① 有人提出:你文章中总结并统计认为我国现行刑法中有 93 个情节犯的罪名,这是指只是包括定罪的罪名还是也包括其他定量的罪名?

笔者在本文中认为,情节犯作为我国刑法理论中特有的一种犯罪类型,它是指我国刑法分则中明确规定以“情节严重(情节恶劣)”作为犯罪成立的情节要求或者以此作为认定该罪既遂形态的犯罪类型,它的成立和既遂形态的标准都与犯罪情节有关。所以,这 93 个罪名就是依据上述对情节犯的概念所做的统计,不包括其他例如以“造成严重后果”、“数额较大”等概括性表述的定量性罪名。

② 左卫民,周长军.变迁与改革[M].北京:法律出版社,2000:12.

究相结合、实证分析和经验分析相结合以及注释研究和思辨研究相结合的研究方法。通篇文章的结构安排遵循从宏观到微观的逻辑顺序,站在肯定情节犯存在的独立意义和价值的基本立场上,逐步提出和分析解决情节犯及其相关问题。全书以情节和情节犯的概念作为逻辑起点和理论前提,分析我国刑法中的情节和情节犯的相关问题。把情节犯放在刑事法治的框架以及我国法律运行特定背景下进行分析研究,论证情节犯的立法价值和司法价值,进而分析情节犯与我国犯罪构成理论的冲突与协调问题;然后对情节犯的各种犯罪形态进行研究,并且把情节犯与相关犯罪类型相比较,指出它们之间的关系。最后部分的内容则指出应对我国刑法中情节犯进行改造,提出情节犯的立法和司法建议,以期对情节犯的理论研究和司法实践都有所裨益。

目 录

第1章 情节犯本体论	1
1.1 我国刑法中的情节概述	1
1.1.1 我国刑法中情节的概念	1
1.1.2 我国刑法中情节的特征	9
1.1.3 我国刑法中情节的分类	13
1.2 情节犯的概念、本质及其特征	18
1.2.1 情节犯的概念	18
1.2.2 情节犯的本质	21
1.2.3 情节犯的特征	24
1.3 情节犯的分类	26
1.3.1 基本情节犯	29
1.3.2 情节加重犯	30
1.3.3 情节减轻犯	32
1.3.4 情节特别加重犯	33
1.4 本章小结	36
第2章 情节犯法治论	37
2.1 法治与刑事法治的分野	37
2.1.1 法治的内涵	37
2.1.2 刑事法治的简单界定	43
2.2 刑事政策视野中的情节犯	45
2.2.1 刑事政策之要义	45
2.2.2 刑事政策对情节犯指导性意义	49
2.3 罪刑法定视野中的情节犯	52

2.3.1 罪刑法定的当代诠释	52
2.3.2 情节犯与刑法明确性要求	54
2.4 罪刑均衡视野中的情节犯	62
2.4.1 罪刑均衡的基本价值蕴含	62
2.4.2 罪刑均衡价值在情节犯中的体现	65
2.4.3 情节犯与刑法谦抑性要求	67
2.5 本章小结	69
第3章 情节犯价值论	70
3.1 情节犯的立法价值	70
3.1.1 情节犯存在的必要性	70
3.1.2 情节犯的立法模式	79
3.2 情节犯的司法价值	87
3.2.1 情节犯的除罪化价值——保障人权	87
3.2.2 情节犯的犯罪化价值——保护社会	90
3.2.3 情节犯与犯罪概念的定量分析	95
3.3 本章小结	102
第4章 情节犯构成论	104
4.1 情节犯与犯罪构成理论概说	104
4.1.1 犯罪构成理论概览	104
4.1.2 情节犯与犯罪构成理论的关系	108
4.2 定罪情节与犯罪构成要件	109
4.2.1 定罪情节与犯罪构成要件的关系	110
4.2.2 情节犯与可罚的违法性问题	115
4.2.3 情节犯与客观的处罚条件	122
4.3 情节犯在外国刑事理论中的命运	126
4.3.1 情节犯的刑事实体意义	127
4.3.2 情节犯的刑事程序意义	129
4.4 本章小结	133



第 5 章 情节犯形态论	135
5.1 情节犯的既遂形态	135
5.1.1 既遂形态标准的采用	135
5.1.2 情节犯既遂形态的认定	136
5.2 情节犯的未完成形态	139
5.2.1 情节犯的预备形态	139
5.2.2 情节犯的未遂形态	144
5.2.3 情节犯的中止形态	151
5.3 情节犯的罪数形态	154
5.3.1 情节加重犯的罪数表现	154
5.3.2 情节加重犯的罪数认定	156
5.4 本章小结	159
第 6 章 情节犯关系论	160
6.1 情节犯与数额犯	161
6.1.1 数额犯之诠释	161
6.1.2 数额犯与情节犯之比较	163
6.2 情节犯与结果犯	171
6.2.1 结果犯概念之争议	171
6.2.2 结果犯与情节犯之比较	172
6.3 情节犯与行为犯	175
6.3.1 行为犯的简单界定	175
6.3.2 行为犯与情节犯之比较	177
6.4 情节犯与其他犯罪类型之比较	179
6.4.1 危险犯与情节犯之比较	179
6.4.2 目的犯与情节犯之比较	181
6.5 本章小结	183

第7章 情节犯完善论	185
7.1 情节犯的立法完善	186
7.1.1 情节犯的立法模式缺陷	187
7.1.2 情节犯的立法构置原则	192
7.1.3 情节犯的立法重构模式	195
7.2 情节犯的司法完善	199
7.2.1 情节犯的司法适用缺陷	199
7.2.2 情节犯的司法适用原则	200
7.2.3 情节犯的司法认定依据	203
7.3 本章小结	207
参考文献	208