



XINGFA FAZHAN XIN SIYU

刑法发展新思域

阮方民 楼伯坤 主编

人民法院出版社

刑法发展新思域

阮方民 楼伯坤 主编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法发展新思域/阮方民, 楼伯坤主编. - 北京: 人民法院出版社, 2006.7

ISBN 7-80217-299-3

I. 刑… II. ①阮…②楼… III. 刑法-法的理论-研究-中国 IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 073912 号

刑法发展新思域

阮方民 楼伯坤 主编

责任编辑 杜 澎

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010)85250561(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市恒艺印务公司

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 374 千字

印 张 14

版 次 2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-299-3

定 价 30.00 元

版权所有 侵权必究

目 录

第一篇 刑法溯及力研究·····	(1)
一、刑法溯及力概述·····	(1)
(一) 刑法溯及力的概念·····	(1)
(二) 刑法溯及力规范的性质——“时际冲突 规范”·····	(2)
(三) 刑法溯及力的不同原则·····	(4)
(四) 从旧兼从轻原则的价值取向·····	(4)
(五) 我国刑法溯及力的历史演变·····	(7)
二、刑事法律的变更与溯及力·····	(11)
(一) 刑法变更是溯及力原则适用的基础·····	(11)
(二) 刑法变更是刑法渊源的变更·····	(12)
(三) 刑法间接变更的溯及力·····	(15)
(四) 法律变更对既判案件的效力·····	(19)
(五) 刑法解释的变更与溯及力·····	(21)
(六) 法律变更与罪名的确定问题·····	(22)
三、新旧刑法的识别与“中间法”·····	(23)
(一) 新旧刑法的识别的价值·····	(23)
(二) 立法模式决定新旧刑法的识别·····	(24)
(三) 我国溯及力原则立法模式的特殊性与缘由·····	(27)
(四) “中间法”的适用与法律完善·····	(30)
四、行为时法的确定与“跨法犯”·····	(34)
(一) “行为时法”确定的复杂性·····	(34)

2 /刑/法/发/展/新/思/域/

(二) 行为与结果“跨法”行为时法的确定·····	(35)
(三) “跨法”连续犯行为时法的确定·····	(37)
(四) 行为时法确定标准的构建·····	(42)
五、新旧刑法的比较与“混合法”·····	(45)
(一) 新旧刑法的比较概述·····	(45)
(二) “不认为是犯罪”的比较·····	(48)
(三) “处刑较轻”的比较·····	(53)
(四) “混合法”现象及其解决·····	(61)
六、追诉时效与溯及力原则适用次序·····	(69)
(一) 追诉时效与溯及力原则的关系·····	(69)
(二) 溯及力原则中追诉时效立法的缺陷·····	(71)
(三) 溯及力原则中追诉时效立法的完善·····	(72)
(四) 从旧兼从轻原则适用次序的构建·····	(73)
第二篇 刑法适用解释研究·····	(75)
一、刑法适用解释体制构建·····	(75)
(一) 刑法解释与刑法司法解释·····	(75)
(二) 刑法司法解释体制评析·····	(79)
(三) 刑法适用解释的性质和特征·····	(86)
二、刑法适用解释制约规则·····	(92)
(一) 罪刑法定原则与刑法适用解释限度·····	(92)
(二) 刑法适用解释原则·····	(95)
(三) 刑法适用解释技术规则·····	(99)
三、刑法适用解释程序保障·····	(107)
(一) 自由裁量权与刑法适用解释机制·····	(107)
(二) 程序对刑法适用解释的意义·····	(111)
(三) 程序保障要素及机理·····	(113)
四、刑法适用解释机制完善·····	(115)
(一) 法官素质的提高与责任机制的建立·····	(115)
(二) 刑事审判程序的改革与完善·····	(118)
(三) 判例制度的吸收和借鉴·····	(120)

第三篇 行为加重犯独立性研究	(124)
引 言.....	(124)
一、刑法第一百三十三条规定与加重犯理论 之冲突.....	(126)
(一) 交通肇事罪的基本构成.....	(127)
(二) 交通肇事罪的加重因素.....	(130)
(三) 交通肇事犯罪立法与加重犯理论的冲 突表现.....	(131)
二、加重犯构成的理论研究.....	(136)
(一) 加重犯的一般理论.....	(136)
(二) 加重犯的加重基础.....	(139)
(三) 加重因素.....	(152)
(四) 加重因素与加重基础的因果关系.....	(159)
(五) 加重犯的立法和理论与犯罪现象的关系.....	(163)
三、对加重犯加重因素的实证分析.....	(165)
(一) 行为犯的加重因素.....	(166)
(二) 危险犯的加重因素.....	(172)
(三) 结果犯的加重因素.....	(173)
(四) 复合加重因素.....	(175)
四、行为加重因素的独立性研究.....	(176)
(一) 已有加重因素内在的逻辑关系.....	(177)
(二) 行为加重因素的独立性.....	(185)
五、行为加重犯之立法处置.....	(189)
(一) 我国行为加重犯的立法例.....	(190)
(二) 行为加重犯立法例的选择.....	(192)
(三) 对行为加重犯立法模式的建议.....	(193)
六、结论.....	(194)
第四篇 刑法中非法占有目的的产生时间	(195)
一、非法占有目的的产生时间理论肇始.....	(195)
(一) 引子：两则案例引发的思考.....	(195)

(二) 背景:理论与现实的困惑·····	(196)
二、非法占有目的产生时间理论概说·····	(203)
(一) 非法占有目的产生时间概念的形成 与导入·····	(203)
(二) 非法占有目的产生时间内涵的困境 与诠释·····	(204)
(三) 非法占有目的的产生时间已有研究的 成果与缺憾·····	(212)
(四) 非法占有目的的产生时间系统研究的倡导·····	(222)
三、非法占有目的的产生时间的认定·····	(224)
(一) 认定非法占有目的的产生时间的理论基础·····	(224)
(二) 以“非法占有目的”的认定为前提·····	(226)
(三) 认定非法占有目的的产生时间的原则·····	(239)
四、各罪非法占有目的的产生时间·····	(242)
(一) 诈骗罪非法占有目的的产生时间·····	(242)
(二) 合同诈骗罪非法占有目的的产生时间·····	(243)
(三) 金融诈骗罪非法占有目的的产生时间·····	(246)
(四) 侵占犯罪非法占有目的的产生时间·····	(257)
(五) 其他夺取罪非法占有目的的产生时间·····	(259)
五、非法占有目的的产生时间理论的运用·····	(259)
(一) 在统一认识中的综合运用·····	(259)
(二) 在具体定罪中的运用·····	(263)
(三) 在个案量刑中的运用·····	(271)
第五篇 绑架罪研究 ·····	(272)
一、绑架罪概述·····	(272)
(一) 绑架罪的立法沿革·····	(272)
(二) 绑架罪的罪名问题·····	(275)
二、绑架罪的构成特征·····	(279)
(一) 绑架罪的客体特征·····	(280)
(二) 绑架罪的客观特征·····	(282)

(三) 绑架罪的主体特征·····	(292)
(四) 绑架罪的主观特征·····	(301)
三、绑架罪的司法认定·····	(306)
(一) 绑架罪的未完成形态·····	(306)
(二) 绑架罪的罪数问题·····	(308)
(三) 绑架罪与相关犯罪的界限·····	(320)
四、绑架罪的法定刑问题·····	(327)
(一) 法定最低刑过高·····	(328)
(二) 加重构成要件情况下一律适用死刑 过于绝对·····	(331)
(三) 加重处罚情节的规定不够完备·····	(333)
(四) 完善绑架罪法律规定的设想·····	(334)
第六篇 挪用公款罪研究·····	(336)
前言·····	(336)
一、挪用公款罪的犯罪客体及犯罪对象·····	(340)
(一) 挪用公款罪的犯罪客体·····	(340)
(二) 挪用公款罪的犯罪对象·····	(342)
二、挪用公款罪的犯罪客观方面·····	(347)
(一) 挪用的含义·····	(347)
(二) 利用职务上的便利·····	(348)
(三) 挪用公款“归个人使用”·····	(349)
(四) 挪用公款归个人使用的具体用途·····	(351)
(五) 多次挪用公款的数额计算·····	(355)
(六) “挪而未用”的处理·····	(358)
(七) 对将公款三种不同用途作为挪用公 款罪客观构成条件的立法评价·····	(359)
三、挪用公款罪的犯罪主体·····	(361)
(一) 国家工作人员的法律含义·····	(361)
(二) 国家工作人员本质的理解·····	(365)
(三) 挪用公款罪的共犯问题·····	(367)

四、挪用公款罪的犯罪主观方面·····	(370)
(一) 挪用公款罪的犯罪主观方面是直接故意·····	(370)
(二) 挪用公款罪的犯罪目的·····	(371)
五、挪用公款罪的司法认定·····	(372)
(一) 挪用公款罪与非罪的界限·····	(372)
(二) 挪用公款罪与相关罪的界限·····	(373)
第七篇 黑社会性质组织犯罪惩治研究·····	(378)
一、黑社会性质组织犯罪滋生与蔓延的根本原因·····	(378)
(一) 问题的提出·····	(379)
(二) 黑社会性质组织犯罪产生的两个根本原因·····	(379)
(三) 中国与外国黑社会性质组织犯罪产生原因 异同比较·····	(383)
(四) 中国与外国黑社会性质的有组织犯罪行为 特征差异·····	(384)
(五) 中国与外国抗制黑社会性质的有组织犯罪 对策差异·····	(385)
二、中国当前黑社会性质组织犯罪的本质特征·····	(386)
(一) 黑社会性质组织与犯罪集团的关系辨析·····	(387)
(二) 黑社会性质组织犯罪的本质特征辨析·····	(389)
(三) 黑社会组织与黑社会性质组织的关系辨析·····	(392)
(四) 黑社会性质的组织与“恶势力”的区别·····	(392)
(五) 打击黑社会性质组织的刑事策略·····	(395)
三、对有关司法解释与立法解释的述评·····	(397)
(一) 两个法律解释的内容简述·····	(398)
(二) 黑社会性质组织究竟应当具有什么样的法律特征? ·····	(401)
(三) 关于“包庇、纵容”行为与黑社会性质组织 成立的关系·····	(410)
(四) 关于对黑社会性质组织的财物及其收益等	

处置的法律适用问题·····	(411)
四、正确依法认定处理黑社会性质组织犯罪·····	(411)
(一) 正确依法认定黑社会性质组织罪·····	(412)
(二) 正确依法处理黑社会性质组织犯罪·····	(424)
五、完善与健全惩治黑社会性质组织犯罪的刑法 规范·····	(427)
(一) 现行惩治黑社会性质组织犯罪刑事法律 规范的不足·····	(427)
(二) 完善与健全相关刑法规范的建议·····	(433)
后 记·····	(437)

第一篇 刑法溯及力研究

一、刑法溯及力概述

(一) 刑法溯及力的概念

刑法溯及力属于刑法效力范围中的一个问题，是刑法学中一个重要的基础理论问题。刑法的效力范围包括空间效力和时间效力两个方面。刑法对空间的效力是指刑法在什么地域和对什么人具有效力的问题，因而与国家主权紧密相连。刑法的时间效力是指刑法的生效时间、失效时间以及刑法对它生效前发生的行为是否具有溯及既往的效力，它与罪刑法定原则、与人权理念相关。

刑法的溯及力，又称溯及既往的效力，我国法学界通论认为是指一个新的刑事法律生效以后，对于其生效以前发生的未经审判或者判决尚未确定的行为是否具有追溯适用的效力。如果能够适用，新的刑事法律就具有溯及力；如果不适用，就是没有溯及力。^① 这个概念将刑法溯及力问题的对象限制为新法生效以前发生的尚未作出生效判决的行为，似不尽周延。

① 高铭暄主编：《新中国刑法学研究综述》，河南人民出版社1986年版，第71页；高铭暄、赵秉志主编：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社1998年版，第55页；陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第135页。

首先,我国刑法第12条第2款虽然规定“本法施行以前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。”即我国刑法溯及力原则只适用于刑法生效以前发生的未经审判或者判决尚未确定的案件,对于刑法生效之前,依照当时的法律已经作出生效判决的案件,仍然继续有效,不能因刑法的修订而有所改变。但综合刑法第12条第1款和第2款的规定,整个条文是对还未作出生效判决和已经作出生效判决这两种情况是否具有溯及力都作了规定,因此,刑法溯及力问题的对象应当包括新法生效前已经作出生效判决的这种情况,即新法对于新法生效以前已经作出生效判决的案件是否具有效力也属于刑法溯及力研究的范畴。

其次,不少国家在刑法溯及力问题的立法上,规定对于新法生效前已经判决确定的行为新法有部分适用的效力,如《韩国刑法典》第1条第3款规定:“裁判确定后由于法律变更,其行为不构成犯罪的,免除其刑罚的执行。”

因此,就刑法溯及力规则的整体而言,刑法溯及力规范不仅仅是解决新法生效前未经判决确定的行为的法律适用问题,也有一个新法对其生效前已经判决确定的行为是否适用或是否部分适用的问题。故刑法的溯及力的概念宜界定为,刑法生效以后,对于其生效以前发生的行为是否具有追溯适用的效力。如果具有追溯适用的效力,就具有溯及力;否则,就没有溯及力。

(二) 刑法溯及力规范的性质——“时际冲突规范”

刑法对溯及力原则的规定,作为一项法律规范,其并不直接规定行为人的实体权利与义务,而仅仅是指引司法机关如何在法律有变更的情况下选择哪一个法律,是新法还是旧法,作为处理依据的法律规范。对该法律规范的性质,可以借鉴国际私法中“冲突规范”的概念来加以理解。

国际私法中的冲突规范(conflict rules)是处理涉外民事法律关系时,指定应该适用哪一国法律作为准据法(applicable

law, lex causae) 的各种规范。^① 它是在国家与国家之间法律冲突的情况下, 解决应该适用哪一国法律作为判定当事人实体权利义务的根据的法律规范; 而刑法溯及力法律规范是在同一国家或地区内部, 即同一法域内, 由于行为时有效之法律在行为以后发生变更的情况下, 解决应该适用前后哪一个法律作为判断该行为是否构成犯罪以及如何定罪处刑的实体法依据的法律规范。因此, 这两种法律规范具有较大的相似性。

国际私法中的冲突规范是适用什么地方的法律——解决何地 (where) 的问题, 刑法溯及力法律规范是适用什么时间的法律——解决何时 (when) 的问题, 因此可以将刑法溯及力规范叫做“时际冲突规范” (intertemporal conflict rule)。“时际冲突规范”的特征表现在, 它是一种关于法律选择的规范, 给司法机关适用新法还是旧法提供选择的“路标”, 因此, 它只是一种关于技术上的制度, 而不是实体法制度。但并不是说它不是行为规范, 如果不遵守该规范所确定的规则, 则会导致适用法律不当的后果而被撤销。

刑法溯及力法律规范类似于国际私法中的冲突规范, 并不是说两者完全等同, 如国际私法中的冲突规范存在“反致”、“转致”等问题, 而刑法“时际冲突规范”不存在这些情况, 即依据现行刑法的“时际冲突规范”——溯及力规范, 直接指向应该适用的旧法或者新法的实体规范, 而不指向另一部刑法的“时际冲突规范”。如现在审理发生在全国人大常委会《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》施行期间的涉及该《决定》适用范围的案件, 只需按照现行刑法第 12 条规定的从旧兼从轻这一“时际冲突规范”选择应当适用的实体规范即可, 而不是指向《决定》所规定的“时际冲突规范”——《决定》第 3 条规定的

^① 李双元主编:《国际私法学》, 北京大学出版社 2000 年版, 第 147 页。

“本决定公布后审判上述案件，适用本决定”。^① 如果指向《决定》的这一“时际冲突规范”，则应当适用《决定》。

从冲突规范的角度分析刑法溯及力规范，有利于从技术层面理解和正确适用溯及力原则。借用国际私法对冲突规范的分类，可以对不同国家的刑法典的溯及力规范进行结构上的分析。如《德国刑法典》第2条规定“行为终了时有效之法律在判决前变更的，适用处刑最轻之法律。”即是一个以“处刑最轻”为连结点的双边冲突规范。而我国刑法第12条规定的溯及力规范，则属于依次选择适用准据法的冲突规范。此外，从冲突规范的角度认识刑法溯及力规范的性质，对于司法实践中正确选择应当适用的法律，分析实践中存在的新旧刑法合并适用的“混合法”现象是否符合刑法“时际冲突规范”的规则亦具有一定的指导意义。

（三）刑法溯及力的不同原则

刑法应具有溯及既往的效力？作为一个问题被提出来，是同资产阶级在反对封建主义斗争中提出一系列资产阶级的刑法原则紧密联系的。关于刑法的溯及力问题，世界各国的立法规定不尽一致，归纳而言，主要有以下四种不同原则：^②

1. 从新原则。指新的刑事法律有溯及既往的效力，过去行为为未作处理的，都要按照新法处理。由于此原则与罪刑法定原则

① 1983年9月2日全国人大常委会通过的《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》第3条规定：“本决定公布后审判上述案件，适用本决定。”相对于1979年刑法第9条而言，其在溯及力原则上采用的是从新原则。

② 高铭暄主编：《新中国刑法学研究综述》，河南人民出版社1986年版，第71页；高铭暄、赵秉志主编：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社1998年版，第55页；陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第135页。另参见谢兆吉、刁荣华：《刑法学说与案例研究》，台湾地区汉林出版社1976年版，第48～49页；韩忠谋：《刑法原理》，中国政法大学出版社2002年版，第352页。

相悖，采此原则的国家不多，主要有前苏联和瑞士数州。^①

2. 从新兼从轻原则。指新法原则上溯及既往，但旧法不认为是犯罪或处罚较轻时，则从旧法。采此原则的有奥地利、瑞士数州和我国台湾地区的刑事立法。

3. 从旧原则。指新法对过去的行为一律没有溯及力，一概适用行为时的刑法。采此原则的主要有英国及美国数州等判例法国家和地区。如美国纽约州规定：在新条文实施之后，如果进行审判的犯罪行为是在新条文实施之前发生的，起诉和刑罚仍应以犯罪时的法律为准。^②

4. 从旧兼从轻原则。指新法原则上没有溯及力，但新法不认为犯罪或者处罚较轻时，则从新法。采此原则的立法例最多，如德国、法国、意大利、荷兰、比利时、俄罗斯、韩国以及我国的澳门地区等等，我国现行刑法亦采此原则。

上述四原则也可归纳为两大主义，即行为时法主义与裁判时法主义，从旧原则为绝对的行为时法主义、从旧兼从轻原则为相对的行为时法主义，从新原则为绝对的裁判时法主义、从新兼从轻原则为相对的裁判时法主义。^③

（四）从旧兼从轻原则的价值取向

关于从旧兼从轻的刑法溯及力原则，存在着一些误解：一是认为从旧兼从轻就是有利于被告原则。有利于被告原则属于刑事诉讼法的范畴，是由证据定罪原则派生的，是贯彻证据定罪原则的保证。有的刑事案件既有有罪证据，又有无罪证据，而又不能互相否定，对于这种案件适用有利于被告原则，宣告无罪。而从旧兼从轻原则是解决刑法适用的时间效力范围的原则，是属于刑

① 1928年《苏俄刑法典》第23条规定：“本刑法典对于施行前未经审判的一切案件，均适用之。”但后来以及现行刑法亦采从旧兼从轻原则。

② 刘生荣：《美国刑法大纲》，载《刑法评论》第1期，法律出版社。

③ 阮方民：《从旧兼从轻：刑法适用的“准据法原则”——兼论罪刑法定原则蕴含的程序法意义》，载《法学研究》1999年第6期。

法中的一项原则，与有利于被告原则分属不同的法律部门，不能混为一谈。^① 二是认为从旧兼从轻原则就是哪个法律轻就适用哪个法律。其实从旧兼从轻原则是由从旧和从轻两部分组成，从旧与从轻存在着主次之分，从旧为主、从轻为次；从旧与从轻的关系是以从旧为原则，以从轻为例外或者补充。从轻是指从较轻的新法，即在旧法重于新法的前提下，才有适用新法的余地。具体而言只有在三种情况下才能适用新法：一是依旧法构成犯罪而依新法不构成犯罪；二是依旧法未过追诉时效而依新法已过追诉时效；三是依旧法处刑较重而依新法处刑较轻。

由于罪刑法定主义在现代正成为许多国家的刑法的基本原则，并得到国际法上的承认，罪刑法定主义在立法上不断增加，在理论上日益完善，这是当代世界刑法发展的趋势。由罪刑法定原则的本质，可以导出通常也称为“禁止事后法”的原则，即刑法不溯既往。^② “刑法不溯既往，乃罪刑法定主义应有之推论，盖刑法乃人民行为之强制规范，苟非明定在先，则今日之所认为无罪者，明日即不免陷于刑辟，人民动辄得咎，进退失据，何足以昭信守，故行为之处罚，不仅须法有明文，且须行为当时法有明文”。^③ 对此，法国学者有一个形象的比喻——刑法是一根“带哨子的皮鞭”：在打人之前，法律应当给一个“预先通知”。^④ 所以刑罚法规，只能对其施行以后的行为适用，而不能溯及适用于施行前的行为。这也是实质的人权保障的要求，这是从旧的依据。

由于承认刑法无溯及力的理由是刑法的溯及适用有害于法的

① 宁汉林、魏克家：《大陆法系刑法学说的形成与发展》，中国政法大学出版社2001年版，第44～45页。

② 一般认为由罪刑法定原则所派生的原则包括：排斥习惯法原则、否定绝对的不定期刑原则、禁止较重的事后法原则、禁止类推原则。

③ 韩忠谟：《刑法原理》，中国政法大学出版社2002年版，第352页。

④ 法卡斯东·斯特法尼等著，罗结珍译：《法国刑法总论精义》，中国政法大学出版社1998年版，第158页。

安定性并有非法侵害个人自由的危险，因而西方学者从社会利益和个人利益分析了较轻的事后法具有溯及既往效力的依据：其一，从社会利益的角度看，当由于旧法的规定被认为过于严厉而已经修改时，社会便无任何利益需要而继续适用这些旧的规定，至少可以朝这一意义推定社会没有继续适用旧法的必要；其二，从个人利益的角度看，如果惟一以旧法在犯罪实行之日有效为理由，以本来是为保护犯罪人而规定的刑法不溯既往之原则的名义，继续适用更为严厉的旧法律，就有悖于一般常理。^① 因此，在行为时法与裁判时法有变更时，裁判时法如果是重法，没有溯及力；如果是轻法，则有溯及力。学者一般认为，这不违反罪刑法定主义。这是轻法溯及（从轻）得到广泛的认可的依据。

（五）我国刑法溯及力的历史演变

我国奴隶制时代，实行“临时而议罪”、“议事以制刑”的制度，刑事法律多不成文，更不公开，以期收到“令民不测其深浅，常畏威而惧罪”的恐怖统治效果。奴隶制后期虽铸刑鼎，公布成文法，但对刑法的时间效力并无任何规定。奴隶制和封建制社会实行君主专制，“朕即国家”，帝王的命令就是“金科玉律”，即使是死去的帝王曾经说过的话也不得违反，是所谓“赋事行刑，必问遗训”（《国语·论语》）。可见当时刑法的效力在时间上是无限的，因而也就无所谓刑法时间效力制度。但据现有史料看，到了汉代即出现了关于刑法时间效力的规定，如《汉令》：“犯法者，名以法（发）时律令论之，明有所讫也”（《汉书·孔光传》引汉令）。这一规定明确了刑事案件的处理适用案发时的法律，表明案发前的法律失效。《唐律》对刑法的时间效力制度有了进一步发展，如规定“凡有罪未发，及已发未断而逢格改者，若改重则依旧法，轻从轻法”。（《唐六典》卷六）这种从轻

① [法]卡斯东·斯特法尼等著，罗结珍译：《法国刑法总论精义》，中国政法大学出版社1998年版，第160页。