

刘 鹏 主编

刑事法学研究

XINGSHI FAXUE YANJIU



中国人民公安大学出版社

第三卷

刑事法学研究

XINGSHI FAXUE YANJIU



中国政法大学出版社

刑事法学研究

主 编 刘 鹏

副主编 鲁明东 彭剑鸣 王占洲
邓万飞

编委会 (以姓氏笔画为序)

王 克	邓万飞	刘 鹏
任永强	邹 伟	张 雯
陈代福	陈孝平	吴志刚
陈治德	余贵忠	张德昌
邱镛怡	范大裕	林运久
胡文绪	鲁明东	彭剑鸣
潘 弘	潘文明	

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法学研究/刘鹏主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2006.6

ISBN 7-81109-356-1

I. 刑... II. 刘... III. 刑法-法学-文集
IV. D914.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 028995 号

刑事法学研究

XINGSHIFAXUE YANJIU

主 编 刘 鹏

出版发行: 中国人民公安大学出版社
地 址: 北京市西城区木樨地南里
邮政编码: 100038
印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2006 年 6 月第 1 版
印 次: 2006 年 6 月第 1 次
印 张: 12.25
开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32
字 数: 307 千字

ISBN 7-81109-356-1/D·342
定 价: 25.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

序 言

刘 鹏^①

贵州省法学会刑法学研究会成立于1987年，为我省最早成立的少数几个法学专业委员会之一。学会成立之初，即致力于组织带动全省刑事法学界开展对于刑法学及刑事司法实务中的问题的探索与研究，并与全省各级司法实务部门、教学研究机构建立了广泛而密切的联系，与中国犯罪学研究会、中国法学会刑法学研究会、贵州省法学会、贵州省警察学会建立了正常的工作关系。学会成立以后，十分重视组织建设和有组织的学术活动，先后完成了三届理事会换届选举工作。在贵阳、都匀、遵义、凯里、麻江等地与有关部门联合召开了18次学术年会，并多次与贵州省高级人民法院、省人民检察院、省公安厅、贵阳市法学会等单位联合召开专题性学术研讨会。此外，学会还通过为有关司法实务部门提供法律咨询意见，为律师事务所出具法律意见书等形式，参与到具体的司法活动当中。通过这些活动的开展，团结了一批有志于刑法学研究的法学教学、科研和实务工作者，培养、锻炼了新人，有力地推动了我省刑法学研究向前发展。1995年，我会被评为贵州省法学会先进集体。2003年，我会学术顾问、贵州民族学院院长吴大华教授被评为全国十大杰出优秀青年法学家。

① 刘鹏：中国犯罪学研究会未成年人法制教育专业委员会副主任委员、中国法学会刑法学研究会理事、贵州省法学会刑法学研究会会长、教授、硕士生导师。

刑法学是法学的一个重要分支学科，该学科在我省的研究发展经历了两个重要的阶段。第一阶段为研究规模形成阶段，时间大致从1979年至1987年。1979年7月，《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）经过了近30年的反复酝酿，几经曲折，终于正式颁布并于次年元月1日起施行。抓住这一有利时机，我省一批刑法工作者围绕《刑法》的实施等问题撰写了大量有一定深度和广度的学术论文，先后发表于《法学研究》、《法学》、《法学杂志》等有影响的学术刊物上，初步展示了我省刑法学研究的实力。第二阶段从1987年至今，为我省刑法学研究向深层次发展及形成有组织的研究队伍时期。1987年底，贵州省法学会刑法学研究会贵阳成立，标志着我省刑法学研究上了一个新台阶。学会成立后，多次组织召开大型学术理论研讨会及各种专题性理论研讨会，先后在全省范围内征集到刑法学研究论文近千篇。通过论文评优及向有关学术刊物推荐发表优秀论文，推荐会员参加有关国际性和全国性的学术活动、学术会议等形式，调动了科研积极性，初步形成了一支比较稳定的刑法学研究队伍。目前学会会员已近300人。在研究内容及形式上较之前一阶段也发生了比较明显的变化：一是在内容上突破了过去单纯针对《刑法》进行注释性研究的局限，更多地针对刑法学的一些基础理论及刑法的修改完善进行研究，同时开始关注外国刑法、区域刑法及国际刑法的研究；二是在形式上除了撰写学术论文这一研究形式外，一些研究者开始尝试以课题、学术专著、专业教材等方式对刑法作系统及专题研究，并形成了一批有创见的学术成果。上述两方面的变化，标志着我省刑法学研究从上世纪50年代开始的零散研究到80年代前半期形成一定研究规模后，已经开始走向成熟发展阶段。

收集整理本会会员撰写的学术论文，编辑出版专门的学术文集，是我们多年来的愿望，经过各方面的共同努力，文集终于付

梓出版了，这是值得庆贺的。本文集收集的是本届理事会成立5年来会员们撰写提交且未经公开发表过的文章，文章经学会秘书处初选后由文集编委会审定。考虑到我省的实际情况，文章涉及学科范围包括刑法学、刑事诉讼法学和犯罪学，作者分布于我省各高校、研究机构和司法实务部门。希望通过本文集的出版，进一步推动我省刑法学研究向前发展，同时力争在每一届理事会任期内，均能够以文集的形式，固定我们的研究成果，并藉以展示我省刑法学研究的概貌。

在学会的组织发展和推动我省刑法学研究的进程中，老一辈刑法学工作者，特别是本会首任会长肖常纶教授、常务副会长周毓业教授、鲁明东教授等，作出了重要的贡献，值此文集出版之际，特向他们表示崇高的敬意！

2005年10月于贵阳

目 录

序 言	(1)
大陆法系刑法学期待可能性理论评介	刘 鹏 (1)
期待可能性的价值及移植	陈子军 (11)
关于移植犯罪构成理论体系的思考 ——基于其体系实用性评价标准的分析	王 飞 (19)
刑法中的经济学含义	夏兴林 周志勇 李 娜 (29)
浅论刑法的社会保护机能与同性恋群体的冲突	王开武 (37)
论其他依照法律从事公务的人员	韩武卫 (47)
论国有公司、企业、事业单位、人民团体中 从事公务的人员	付兆丽 祝 娟 (57)
浅论单位犯罪的主体范围	吴 虹 (68)
论过失共同犯罪	丁 志 (73)
单位共同犯罪相关问题探讨	鲍蓝天 (80)
从“7·13”案看铁路运营安全事故罪的有关问题	张慰荣 (89)

交通肇事罪中“因逃逸致人死亡”的适用条件分析	汤恩婧(96)
析交通肇事罪中逃逸致人死亡的含义	杨 军(103)
集资诈骗罪非法占有目的的证明标准	王占洲(109)
当前信用卡诈骗犯罪的手段及立法思考	刘汝宽(117)
试论网络空间中的侵犯著作权犯罪认定中	
存在的问题	魏 红(125)
对于侵犯专利权犯罪的思考	李 惠(133)
略论非法经营同类营业罪	孙 利(138)
对刑法第 267 条第 2 款的理性思考	邓万飞(144)
对转化型抢劫犯罪构成的几点理解	张海青 刘 芳(151)
对盗窃罪几个基本问题的探析	张 玉(155)
中美伪证罪比较	
——以主体为中心	刘启正(164)
对增设非法使用毒品罪的几点思考	唐 勇(171)
修改刑法严惩非法的胎儿性别鉴定	王朝阳(178)
贪污罪的立法和司法认定的几点思考	吴位锦(186)
论“村官”职务犯罪	张菲菲(193)
浅析受贿罪中的“为他人谋取利益”	穆昌亮(201)
贪污贿赂犯罪的特点及司法认定	胡志宏(209)
刑讯逼供若干问题研究	康 军(216)

计算机犯罪取证·····	尹德龙(227)
计算机犯罪证据的取证研究·····	刘 枫(239)
浅析共同犯罪口供的性质及其价值·····	邓 勇(245)
刑事证人不出庭作证的思考·····	周建国(253)
无争议亦无庭审的观念及其制度的构建·····	杨元忠(263)
刑事裁判文书的本质·····	侯兴宇(275)
死刑复核程序立法与实践的探讨·····	王 克(284)
对减刑假释活动如何开展的思考·····	姚云国(290)
行刑理念的创新思考·····	姚云国 杨尤海 杨光治(295)
对行刑社会化的思考·····	刘显芳(301)
论罪犯心理矫治中的心理咨询方法·····	刘贵萍(305)
对我国少年刑事司法制度的几点思考·····	范大裕(312)
未成年人犯罪处置社会化探讨·····	张 雯(318)
青少年网络犯罪原因及其对策·····	杨 琼(328)
青少年在网络中的心理危机与弱势·····	周映澜(334)
浅论青少年网络暴力性犯罪·····	罗 鹰(342)
犯罪学的位阶及其逻辑起点论略·····	李 妍(350)
当前境外赌博的主要特点及其防范·····	李金国(359)
对双抢犯罪的原因分析及防范、打击对策·····	刘琍萍(368)
中国古代“存留养亲”制度述论·····	唐 景(374)

大陆法系刑法学期待可能性理论评介

刘 鹏^①

期待可能性理论产生于 20 世纪初,一般认为其发端于 1898 年 3 月 23 日德意志帝国法院第四刑事部对“马尾绕缰案”所作的判例^②,该案一经公布后,很快引起了德国刑法学界的广泛关注,学者们针对此案纷纷著文,力图从理论上寻求根据与突破,其中最具影响的如迈耶的《有责行为与其种类》(1901 年发表)、弗兰克的《责任概念之构成》(1907 年发表)。迈耶作为规范责任论的首创者,指出:责任要素除心理的要素外,还必须有“非难可能性”存在。弗兰克亦指出:当时通说将责任的本质视为心理的要素并不妥当,“责任”是除心理要素之外,尚需以“责任

① 作者简介:刘鹏(1957~),男,汉族,湖南衡阳人,中国犯罪学研究会未成年人法制教育专业委员会副主任委员、中国法学会刑法学研究会理事、贵州省法学会刑法学研究会会长、教授、硕士生导师。

② 即所谓的“癖马案”。该案被告系一名马车夫,受雇驾驶一辆双轡马车,其中一匹马素有以其尾绕缰并用力的下压的癖习,此举极易造成马车失控而引发事故,被告就此向雇主提出更换此马,而雇主拒绝采纳,并以解雇相威胁,迫于无奈,被告只得屈从。某天,被告驾驶该辆马车上街时,癖马恶习发作,以马尾绕缰并用力的下压,被告虽极力拉紧缰绳制约,但未能奏效,马车失控狂奔,最后将一路人撞倒骨折致伤。案发后,检察官以过失伤害罪提起公诉,一审法院判决宣告无罪,检察官遂提起上诉,案件移至德意志帝国法院,帝国法院经审理后,最终驳回上诉,理由是:要认定被告人具有过失责任,仅依据其认识到该马有以尾绕缰之习惯并可能导致马车失控伤人还不够,还必须考虑被告人基于此认识而向雇主提出拒绝驾驭此马为必要条件。然而事实上无法期待被告人不顾失去工作的危险而拒绝驾驭此马,故被告人不应负过失责任。参见蔡墩铭主编:《刑法总则论文集》,台湾五南图书出版公司 1983 年版,第 474 页。

能力”及“正常的附随情状”为要素的复合概念。并且，他认为责任的最重要的要素是“附随情状之正常性”。这里所谓的“附随情状之正常性”即期待可能性。故一般认为弗兰克为期待可能性理论的首创人。之后，一批德国刑法学家在此基础上进一步发展和推进了这一理论，使之逐渐成型、成熟，并很快传入日本。经过日本学者的倾力推介，在日本引起了很大的影响，并得到了进一步的深入研究，目前已获得了日本刑法学术界和实务界的普遍认同。该理论在我国台湾地区也受到很大的推崇，在大陆法系国家，尤其是德、日等国已成为一项极富生命力和魅力的理论^①。

一、期待可能性的含义及其理性评价

“所谓期待可能性者，乃对于某一定之行为，欲认定其刑事责任，必须对于该行为人能期待其不为该行为，而为其其他适法行为之情形也。亦即依行为当时之具体的情况，如能期待行为人不实施犯罪行为，而为其其他适法行为，其竟违反此种期待，实施犯罪行为者，即发生刑事责任之谓也。故若缺乏此种期待可能性，则为期待不可能性，而成为阻却责任之事由，即不能使该行为人为人负刑事责任。”^② 期待可能性，从其产生的背景即可看出，该理论的核心或实质在于“法不强人所难”，当一个人处于困境之中，客观外部环境迫使他只能实施违法行为解困，或难以选择适法行为时，对其无奈的选择就不应加以谴责，即使其行为在形式上符合犯罪成立的条件，也不应该成为刑事非难的对象，或者至少应

^① 武玉红：《评说期待可能性》，张亚军：《期待可能性理论刍议》，载陈明华等主编《犯罪构成与犯罪成立基本理论》，中国政法大学出版社2003年版，第149页、第519页。

^② 高仰止：《刑法总则之理论与实用》，台湾五南图书出版公司1983年版，第282页。

当对其减轻处罚。

人们常说“法不容情”，当法与情不能两全时，唯一的选择就是依法办事，即所谓的“有法必依、执法必严、违法必究”。就司法的角度而言，这一命题无可指责，存在的问题是，制定法律时，立法者应当如何考虑尽量减少和防止情与法的冲突，亦即如何考虑“法要有情”这一命题。刑法的制定与实施，应当体现人道的精神，如果一个在万般无奈的情况下不得不违背其本意选择违法行为的人，为此而承受刑事追究的重负，这“无疑于与人情相背，是在制造国民与法律的仇隙”^①。刑法作为一种表象的“恶”，要得到社会的理解和忠诚，使社会容忍这种“恶”的存在，就必须经常不断地对其正当性和合理性进行拷问，使表现为“恶”的刑法包含“善”的前提和因素。^②日本学者西原春夫对此评价道：“刑法的结果是程度如此严重的‘必要的恶’，我们就不得不推敲其存在的合理性和正常性，我们的国民因一部合理性和必要性不明确的法律，而在日常生活中受到限制，违法时就被处以刑罚，重要利益受到侵犯，并被打上犯人的烙印，这一切都令人难以忍受。”^③我国学者陈兴良教授指出：“刑法是以规制人的行为为内容的，任何一种刑法规范，只有建立在对人性的科学假设基础上，其存在与适用才具有本质上的合理性。”^④正是基于此，日本刑法学家大冢仁对期待可能性理论作了如下的评价：“期待可能性正是想对在强大的国家法规范面前喘息不已的国民的脆弱人性倾注刑法的同情之泪的理论。”^⑤一切科学与人性总

① 高仰止：《刑法总则之理论与实用》，台湾五南图书出版公司1983年版，第286页。

② 游伟、肖晚祥：《论期待可能性理论的哲学伦理基础》，载陈明华等主编《犯罪构成与犯罪成立基本理论研究》，中国政法大学出版社2003年版，第513页。

③ 〔日〕西原春夫：《刑法的根基与哲学》，顾肖荣等译，上海三联书店1991年版序章第4页。

④ 陈兴良：《刑法的人性基础》，中国方正出版社1999年版，第1页。

⑤ 〔日〕大冢仁：《刑法论集》（1），有斐阁昭和五十三年版，第240页。

是或多或少地有些关系，任何学科不论似乎与人性离得多远，它们总是会通过这样或那样的途径回到人性。^① 期待可能性的提出，无疑地为刑法的理性回归提供了一条归途，因此我们说，对人性的深切关怀，不仅是期待可能性合理存在的伦理学基础，而且是其最重要的价值所在。

期待可能性理论的价值不仅在于其体现了刑法人道主义原则，充分表达了对人性的尊重，而且它迎合了刑法内缩、后隐而非外张、前置的价值立场。现代刑法理念十分崇尚刑法在干预社会活动中的谦让和抑制，刑法的谦抑原则除了追求刑法启动成本的最小化，而达至刑法经济效益的最大化外，更重要的一点在于抑制国家可能不断扩张的刑罚权。一个社会，如果到处充满了刑法的触须，其结果必然导致泛犯罪化和刑罚的滥用，从而也就难以得到社会公众的心理认同，难以培养公众对刑法的忠诚，故刑法只能作为终极的手段，在采用其他方式无力或无效时，才能最后动用刑法的力量，期待可能性理论正好符合刑法的这一精神，它不但使期待不可能成为刑罚消灭的正当理由，亦使期待值不大的情形成为刑罚减轻的事由，从而大大地抑制了刑罚权的扩张，起到了“调节现实与法律正面磨擦的安全活塞功能”^② 之作用。

二、期待可能性理论存在的争议问题

期待可能性理论产生于 20 世纪初，由于在整体刑法学理论体系中出现较晚，故一直存在着诸多的争议，这些争议或者说不同见解主要围绕以下问题展开：

① [英] 休谟：《人性论》，关文运译，商务印书馆 1991 年版，第 6 页。

② 黄丁全：《论刑事责任中的危机理论——期待可能性理论》，载陈兴良主编《刑事法评论》（第四卷），中国政法大学出版社 1999 年版，第 150 页。

（一）期待可能性的法律性质

所谓期待可能性的法律性质，是指当期待可能性缺乏或期待不可能时，该情形能否成为一种超法规的责任免却事由，抑或只能在刑法明文规定的范围内使用。对这一问题，有两种不同的见解：德国刑法学界普遍认为，应当对期待可能性理论的适用加以限制，所谓限制就是仅在刑法上有规定的场合，缺乏期待可能性才是被确认的免责事由。而如果突破刑法规定范围运用该理论来否定罪责，会产生无原则的谅解和宽恕，导致责任非难的虚无化，甚至会流于泛道德主义的倾向，不利于犯罪判断的统一性和科学性。^①相应地，德国的刑事立法也贯彻了这一主张，早在1925年和1927年的德国刑法草案中，就体现了这一思想，而在1973年10月施行的德国新刑法第35条第1项更是明确规定：“为避免自己或自己之近亲属或其他密切关系者之生命、身体或自由现所遭遇他法不可避免之危险，所为之违法行为，不构成责任。行为人依其情况，如其自行招致危险，或具有特别法律关系等情形，可期待其经历危难者，本项规定不适用之。”对此，日本刑法学界持不同的看法，其通说将期待不可能解释为一般的超法规的免责事由，因为“立法者及其实定法都不是万能的，实定法不可能没有遗漏地规定了责任阻却事由，因此尽管没有法律的规定，但从具体情况考虑缺乏合法行为的期待可能性时，不管是故意犯或者是过失犯都应承担阻却责任”^②。此外，以期待可能性之缺乏否定责任，使不幸的被告人从责任的羁绊中解放出来，亦符合有利于被告的刑事司法公理，不违背罪刑法定的精神。故“期待可能性不存在为理由否定刑事责任的理论，不是基于刑法

① 武玉红：《评说期待可能性》，载陈明华等主编《犯罪构成与犯罪成立基本理论研究》，中国政法大学出版社2003年版，第419～420页。

② [日]内藤谦：《刑法总义总论》（下），有斐阁1991年版，第1103页。

上的明文，而应解释为所谓超法规的责任阻却事由”^①。昭和三十一年日本最高裁判所所作的一个判决中，亦有这样的判词：“以期待可能性不存在为理由，而否定刑事责任之理论，并非仅依据刑法上的明文规定，而应解释为系超法规的阻却责任事由。故原审判决未明示其法条上之依据，而将其根据求诸条理，虽此种理论之当否另当别论，但不能谓之违法”^②。

关于上述争论，在我国刑法学界同样存在，如否定论者提出：将期待可能性作为超法规的阻却责任事由，将不利于我国的法制建设。在司法信用不高的我国，将期待可能性作为超法规的阻却责任事由，刑法的弱化并不是最主要的问题，容易导致罪刑擅断是最现实的问题，这是非常可怕而必须坚决杜绝的。^③ 而肯定论者则指出：否定说禁止在法律规定之外考虑期待可能性阻却责任问题，认为只能依据法律的明文规定确定阻却责任情形。这种观点实际上是奠定在立法本身已自我圆满信念的基础上，过于信赖了立法者的技术与能力。然而事实上立法者在立法时，其注意力集中在如何使犯罪行为无遗漏地得以详尽规定，至于阻却责任情形并不是立法者注意力所在。^④ 值得注意的是肯定论者在主张期待可能性超法规适用的同时，亦强调基于我国目前的司法环境和司法人员素质，认为应从严适用。对这里的所谓“从严”，应理解为程序上的从严控制，如过去我国刑法关于适用类推的限制性规定，现行刑法关于酌情减轻处罚的控制等立法例，可作为设计期待可能性超法规适用的参考。

① [日] 木村龟二：《刑法学词典》，上海翻译出版公司 1991 年版，第 291 页。

② 高仰止：《刑法总则之理论与实用》，台湾五南图书出版公司 1983 年版，第 303 页。

③ 李立众：《立足我国刑法学研究期待可能性》，载陈明华等主编《犯罪构成与犯罪成立基本理论研究》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 550 页。

④ 郑丽萍：《我国刑法理论对期待可能性理论之吸收和借鉴》，载陈明华等主编《犯罪构成与犯罪成立基本理论研究》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 505 页。

（二）期待可能性的标准

所谓期待可能性的标准，是指以什么为标准来判断行为人具有适法行为的期待可能性，也就是在具体案件中究竟以什么为根据来评判是否存在期待可能性，从而得出责任的有无与大小的判断。由于涉及如何具体认定期待可能性有无及大小的操作问题，引起的争论亦较激烈，见解各异，归纳起来大体包括：行为人标准说或曰个人标准说。主张应以行为人的自身能力，以及行为当时的具体状况，分析评价其在伦理上、道义上是否值得非难，从而判断行为人是否具有实施其他合法行为的期待可能性。平均人标准说，或曰社会标准说。主张以社会一般人作为标准，根据社会平均认识能力和认识可能来判断期待可能性的有无。法规范标准说，或曰国家标准说。该说是对前两种学说的否定，认为期待可能性的标准既不能在行为人中，也不应该在平均人中去寻找，其标准应建立在国家的法律秩序基础上，以国家法律期待行为人采取符合法律规定的行为的要求作为标准。

我国学者大多对法规范标准说持否定态度，对前两种学说各有不同的肯定。也有人提出综合标准说，认为判断期待可能性的有无应兼顾行为人标准和平均人标准。对于如何兼顾，亦有不同看法。有人主张以行为人标准为主，兼顾平均人标准；也有人主张以平均人标准为主，兼顾行为人标准。还有人提出，首先要兼顾行为人标准和平均人标准，在少数情况下，也要参照国家标准。理由是虽然从期待可能性理论本来的追求看，行为人标准说较妥当，因为创立期待可能性的目的是想把那些不幸陷入某种具体的恶劣环境中的人从刑事惩罚中解救出来，但是，如果贯彻行为人标准说，结果会是理解一切，就允许一切，使责任判断成为不可能，并且随意性太大。故应以行为人的主观的、个人的事实为基础，再根据处于行为人地位的平均人标准进行判断，这样才能兼顾一般正义与个别正义。同时，正如日本学者木村龟二所