

四 川 大 学 刑 事 法 研 究 文 库

刑事法 问题研究

赵炳寿 向朝阳 主编

 法律出版社
LAW PRESS CHINA

四川大学刑事法研究文库

刑事法问题研究

赵炳寿 向朝阳 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事法问题研究 / 赵炳寿, 向朝阳主编. — 北京:
法律出版社, 2005. 3
(四川大学刑事法研究文库)
ISBN 7-5036-5302-7

I. 刑… II. ①赵…②向 III. 刑法—研究
IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 142109 号

法律出版社·中国

责任编辑 / 张旭辉	装帧设计 / 于佳
出版 / 法律出版社	编辑统筹 / 法学学术出版分社
总发行 / 中国法律图书有限公司	经销 / 新华书店
印刷 / 永恒印刷有限公司	责任印制 / 陶松
开本 / A5	印张 / 20.125 字数 / 587 千
版本 / 2005 年 3 月第 1 版	印次 / 2005 年 3 月第 1 次印刷
法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件 / info@lawpress.com.cn	电话 / 010-63939796
网址 / www.lawpress.com.cn	传真 / 010-63939622
法学学术出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件 / xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线 / 010-63939684	传真 / 010-63939701
中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
传真 / 010-63939777	客服热线 / 010-63939792
网址 / www.chinalawbook.com	电子邮件 / service@chinalawbook.com
中法图第一法律书店 / 010-63939781/9782	中法图北京分公司 / 010-62534456
中法图上海公司 / 021-62071010/1636	中法图苏州公司 / 0512-65193110
中法图深圳公司 / 0755-83072995	中法图重庆公司 / 023-65382816/2908
中法图西安分公司 / 029-85388843	
书号: ISBN 7-5036-5302-7/D·5019	定价: 30.00 元

四川大学刑事法研究文库

总 策 划 刘家琛

顾 问 高铭暄 马克昌 伍柳村 周应德 朱华荣
赵秉志 陈兴良 王 牧 赵炳寿 黄肇炯

编委会名誉主任 李少平

编 委 会 主 任 向朝阳 唐 磊

编 委 会 副 主 任 陈永革 夏吉先 魏 东

编 委 (姓氏以拼音为序)

陈永革 邓修明 冯亚东 高跃先 黄 河
李兰英 罗书平 唐稷尧 唐 磊 田宏杰
魏 东 夏成福 夏吉先 鲜铁可 向朝阳
杨再明 张国轩 钟尔璞 钟建文 周光权

编 辑 莫晓宇 李 侠

《四川大学刑事法研究文库》

前 言

《四川大学刑事法研究文库》由四川大学刑事法适用研究中心组织编写,旨在使之成为整理、记载、展示、交流四川大学师生及校友们刑事法研究成果之学术平台。

四川大学法学教育与研究的历史源远流长。早在 19 世纪末的“官班法政”(后称“法政学堂”)就开始了现代法学思想的教育与传播,1927 年成立公立四川大学时,法政学院(1933 年改名为法学院)就是下属五大学院之一,并成为国内负有盛名的法律人才培养基地。当时,不少著名的法学教授都曾在这里执掌教鞭,传播法治文明,留下丰采。素有“南袁北戴”之称的著名民法学家袁千昌先生、著名民法学家朱显桢先生、著名刑法学家谢盛堂先生曾先后担任法学院院长、法律系主任。著名刑法学家赵念非先生在 30 年代就开始用唯物辩证法之立场与方法解读刑法中因果关系问题。我国当代不少著名的法学家如王怀安、伍柳村、孙孝实、王叔文、朱华荣、邓又天、赵炳霖等先生都曾在这里接受过现代法学思想的洗礼。20 世纪 80 年代,中国迎来法学教育与研究的全面恢复,1984 年四川大学被中断近 30 年的法学教育得以恢复,在伍柳村先生、周应德先生的主持下,刑事法学首开四川大学法学硕士研究生教育之先河。20 年来,数以千计的学子们饱含着他们对我国刑事法治进程的关注与忧患,与这块土地里耕耘的园丁们一起学习与交流、思考与探索,留下了不少闪光的思想。

当下,我国法治建设事业方兴未艾,祖国法学教育与研究的春天正向我们走来,我国刑事法治建设还任重而道远,整理和记载前人奋斗的足迹,发扬优良传统,继往开来,为热爱刑事法学教育与研究的师生、校友提供展示与交流其理想与智慧的平台,无疑是一项十分必要且有意

义的工作。

与其他诸多文库不同,《四川大学刑事法研究文库》不求严密的体系性,也没有详实的出版计划,本着“一本是一本”的想法,只求忠实地记载耕耘者的思想果实,客观地展示四川大学刑事法研究“博采众家、不拘一格、求实创新”的学术风范。因此,文库形式多样,既可以是论文集,也可以是专题研究,甚至可能是史籍整理。

我们相信,在四川大学法学院及众多专家、学者、校友及学子们的关爱与支持下,《四川大学刑事法研究文库》定能茁壮成长,生命之树长青!

《四川大学刑事法研究文库》编委会

2004年12月

前 言

光阴似箭,日月如梭。四川大学法学院(法律系)迎来了恢复建系20周年、建院10周年的日子。四川大学刑法学硕士学位点也迈进了她生命历程中的第20个春秋。

四川大学刑法学硕士学位点,几乎与四川大学法学院(法律系)的恢复同时诞生,并开创了四川大学法学研究生教育之先河。法律学专业是四川大学设置最早的学科之一,其渊源可溯至19世纪末兴办的四川“官班法政”(后称“法政学堂”);而在1927年川藏文学堂、存古学堂、农政学堂、工业学堂和法政学堂五大学堂合并成立公立四川大学时,法政学院即告成立,由法律系^①、政治系和经济系三个系组成。从1927年到1952年止,共招收法律学士学位本科生24届;1952年全国各大专院校进行院系调整^②,四川大学法学院撤销,其法律系和政治系最终并入新建立的西南政法学院。20世纪80年代,中国高等教育全面复苏,四川大学法学教育由此重获新生。^③1984年恢复法律系并开始招

① 当时,法律系设法律与司法两个专业,司法专业的学生全是公费。

② 四川大学法学院原法律系和政治系与重庆大学、贵州大学、云南大学法律系与政治系合并组成西南革命大学一部政法系。1954年7月脱离西南革大一部,成立西南政法学院。

③ 1983年5月,原国家教委高等教育司和司法部高教司在重庆西南政法学院召开西南、西北地区政法学科建设和研讨片会,在会上正式宣布并下文要求四川大学恢复筹建法律系。为此,四川大学党委及校长办公会决定由党委组织部部长郭炳和同志担任筹备组组长,赵炳寿、秦大雕为成员,开展筹建工作。

收法律专业本科学生。与此同时,由赵念非先生^①为学术带头人的四川大学刑法学硕士学位点,获得国家教委批准,并于1985年正式招收刑法学硕士学位研究生。从此,四川大学开始了法学研究生教育之历程。

四川大学刑法学硕士学位点,她的建设与发展既是四川大学法学院建设与发展的一部分,同时,她也见证了法学院(法律系)20年研究生教育的发展过程。刑法学硕士学位点自1985设立以来,共招收全日制的刑法学硕士研究生200余名,其中,150余名已经毕业并获得硕士学位;同时,还举办了近10届在职攻读刑法学研究生课程的研究生班,累计学员达千人以上,其中已有60余人获得了刑法专业硕士学位。近20年,刑法学硕士学位点取得了丰硕的教学成果,为法学院研究生教育的全面发展奠定了基础、也积累了经验。目前,四川大学法学院已经发展到拥有1个博士点,7个硕士学位点^②,覆盖主要部门法学的研究生教育格局,且在校研究生人数大大超过本科生人数^③。

20年——一幅不长也不短的生命画卷。她不仅留下了数以千计的学子们奋斗的足迹,更凝聚着川大三代法学教育园丁们对国家法学教育的忠诚与挚爱,也记载了国内不少专家学者的支持与关爱。我国著名的刑法学教授伍柳村先生、著名的刑事侦查学教授周应德先生及赵炳寿、黄肇炯、陈康扬、许建光教授等曾分别担任中国刑法、经济刑法、国际刑法、刑法逻辑研究、刑事侦查、物证技术研究等研究方向的导师及任课教师。郭秋华副教授为在职人员申请学位提供了最好的后勤

① 赵念非(1898—1985),我国著名刑法学教授,师从日本著名刑法学家牧野英一先生,历任四川大学刑法学教授、西南政法大学教授、成都市人民法院副院长。曾参加讨论并修改《刑法大纲》、《诉讼程序通则》、《人民法院暂行组织条例》等草案。1984年学位点申报时,是以赵念非先生为学术带头人,后赵念非先生因病去世而未参加学位点的工作,实际由伍柳村先生主持;伍柳村先生退休后由赵炳寿先生主持;赵炳寿先生退休后由向朝阳教授主持。

② 博士学位点一个,诉讼法专业(2001年设立);硕士学位点七个,包括刑法学(1985设立)、诉讼法学(1997年设立)、民商法学(1999年设立)、经济法学(2003年设立)、法理学(2003年设立)、宪法与行政法学(2003年设立)、人口学(1982年设立)。

③ 据2004年9月统计:学院全日制的学生2218人,其中本科生784人,博士生57人,硕士生869人,在职法律硕士生508人;

保障。他们无私无怨、辛勤耕耘优良品格,为后来者树立了楷模。我国著名刑法学家高铭喧教授、马克昌教授对学位点的工作给予了大力的支持与帮助,青年法学家赵秉志教授、陈兴良教授作为川大法学院兼职教授也多次给学位点学生授课或设专题讲座,原最高人民法院副院长刘家琛教授、四川省高级人民法院院长李少平教授、华东政法学院的朱华荣教授、夏吉先教授、西南政法大学的赵长青教授教授、陈忠林教授、四川省政法干部学院宣林泉教授、杨再明教授对学位点的建设与工作给予了长期的支持。

四川大学刑法学硕士学位点,在老一辈刑法学教授赵念非、伍柳村和周应德等学术带头人的精心规划和建设下,坚持“育人为本、崇尚学术、追求卓越”的教学理念,即在保持严谨治学的优良传统基础上,弘扬博采众家、不拘一格、求实创新的学术风范,始终贯彻优良人格的塑造与知识技能的提高并行,扎实的专业基础、宽阔的知识领域与深厚的人文底蕴相结合的培育方针,始终把握必须在省部级以上刊物上公开发表数篇专业性论文方能获得奖学金和取得硕士学位资格的基本底线。20年来,曾在这里接受过知识与智慧洗礼的学子们,道德升华、文章添彩,均圆满完成学业,其中数十人已获得了国内外著名高校的博士学位,不少人已经成为所在单位的学术带头人、部门负责人或业务骨干。他们青出于蓝,而胜于蓝,正在各自的岗位上,为我国法治事业的发展,努力奋斗!

这既是一个终点,更是一个起点。我们珍视她已走过的光辉岁月,更祝福她拥有美好的未来,特编辑此集。

编者

2004年冬

目 录

前言·····	1
---------	---

【实体法专论】

【理论争鸣】

论刑法的宪政根基/宗建文·····	3
宪政视野下的中国刑事法制/陶涛 杜正武·····	17
形式的犯罪概念质疑/胡东飞·····	31
论犯罪构成理论的背景知识与中国化改良思路/魏东·····	50
论不真正不作为犯/廖瑜·····	72
持有型犯罪基本问题辨析/康军·····	82
“明知会发生”辨异:间接故意与直接故意界点的再 认识/高跃先 傅江·····	93
再谈对未成年被害人年龄的明知问题/冯亚东·····	109
间接故意与犯罪未完成形态/李兰英·····	124
特定身份与共同犯罪新论/康怀宇·····	158
论期待可能性理论的价值及其对中国刑法的借鉴/唐稷尧·····	172
没收及其刑事制裁品格探讨/向朝阳·····	189
保安处分与我国刑法现代化/田承春·····	197
融合与并立:保安处分取代刑罚/成凯·····	208
相对视角下的经济犯罪与经济刑法/张霄 石静·····	219

【个罪探讨】

工程重大安全事故罪争议问题梳理与补遗/王斌	239
论对证券虚假陈述的刑法规制/向朝阳 漆昌国	256
合同诈骗罪的认定及其与合同纠纷的区别/钟尔璞	267
故意伤害致人死亡犯罪研究/夏成福	286
论抢劫罪的几个问题/向小林	302
关于“在公共交通工具上抢劫”的认定/张国轩	319
侵占罪认定中的关键问题/周光权	330
试析行贿犯罪的自首与立功/袁继红 卢建平	348
渎职罪在司法适用中存在的若干问题研究/韩耀元	357

【程序法考察】

死刑复核程序的历史回顾与法律思考/罗书平	381
犯罪人引渡方式再探/秦一禾	397
中国刑事诉讼改革的路径批判/周长军	412
刑事私诉权研究/吴卫军	426
论刑事搜查中的人权保护/潘利平	451
论公诉证据标准中的几个问题/鲜铁可	467
论非法证据排除规则及其具体应用/黄河	480

【政策学研讨】

刑事政策概念之再审视/莫晓宇	497
以经济分析的思维探讨“权力寻租”的刑事政策/肖怡	511
“严打”的理性思考/向朝阳 李侠	529
构建我国整体矫正格局之断想/鲁兰	547
农民城市化转型中的犯罪环境论/李竞	566
论国际恐怖主义犯罪的特征及其惩治策略/黄芳	575
贪污犯罪情景预防论纲/徐安住	593

【综述】

我国刑事判例研究综述:1990—2003/冯军 刘文峰…………… 603

【后记】…………… 628

【附录】

四川大学法学院历届刑法学硕士研究生名单…………… 629

【实体法专论】

【理论争鸣】

论刑法的宪政根基

宗建文*

根基,指基础。以建筑工程为例,一定设计规格的建筑物必须有与其重量、造型、结构、用途等因素相匹配的地基。根基不牢,地动山摇。在法治社会,宪政是刑法的根基;宪政为体,刑法为用。体是基础,是本钱。培植基础,蓄积本钱,目的是助用。基础越好,本钱越厚,功用越显。刑法应当有坚实的宪政根基,其要义是,刑罚权的正当性源于宪法制度和宪政逻辑,刑法制度才能科学合理,刑法功能才能良性发挥。在我国实行依法治国和建设社会主义政治文明的历史条件下,使我国刑法建立在坚实的宪政基础上,有利于刑法制度科学合理,有利于刑法功能良性发挥。

刑法的首要问题是刑罚权问题,刑罚权是和平时强制力最强的国家权力。国家必须依靠刑罚权打击犯罪,但刑罚权行使不当又会危害社会。因此,如何对待和控制刑罚权的问题,始终伴随着人类法律发展史。资本主义制度以前的刑法,打击犯罪的权力出于最高统治者个人,导致严重的罪刑擅断和刑罚不人道。资本主义以追求人权、自由为目标,以宪政、法治为手段,对刑罚权加以制约,试图使打击犯罪的活动纳入法治的轨道。在现代政治文明背景下,任何国家权力的动用需有宪法根据,才具有合法性和正当性。可见,宪政的本质在于,发挥宪法所具有的限权与维权的双重功能。限权,是限制国家或政府的政治权力;所谓维权,是维护个人的基本自由权利。而宪法之所以能够塑造出一个自由的政治制度,关键就在于它通过一种宪法性的组织制度和程

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

序安排,对于国家或政府的权力给予有效的限制,从而保障个人的自由权利不被侵犯。只有实现了保障人权的目的,一部宪法才称得上是一种具有实质意义的宪法,或者说宪法才转变为一种宪政制度。宪政文明是人类文明进步的产物,刑法制度具有坚实的宪政根基,符合事物发展的规律和历史进步的潮流。

经济基础决定上层建筑,上层建筑反映经济基础。与此相似,从正的关系看,宪政基础决定刑法制度,刑法制度决定刑法功能;从逆的关系看,刑法功能反映刑法制度是否科学,刑法制度又反映其宪政根基。

功能指积极的作用,我国刑法的功能是保护社会 and 保障人权。反映我国刑法功能的主要指标有刑事案件立案数、刑事案件判决数、犯罪人判决数、刑罚量等。近一段时期以来,我国的刑事案件仍然高发,特别是一些重大恶性刑事案件时有发生。^① 1998年至2003年的6年间,刑事案件的判决数和犯罪人的判决数总体增加,暴力性的严重犯罪案件和职务犯罪案件也在增长,且增幅较大。^② 与这一犯罪高峰相对应的是,《刑法》修订后总体上加重了刑罚,死刑条款和罪名都相应增加。

① 根据公安部关于社会治安形势的通报,2003年1月至11月,全国共立刑事案件395.1万起,同2002年基本持平。但是,当前社会治安方面也还存在一些突出问题,主要是刑事案件仍然高发,特别是一些重大恶性刑事案件时有发生;少数地区社会治安还不好(参见《人民日报》2004年1月3日第4版)。

② 1998年至2002年,全国各级法院共审结一审刑事案件283万件,比前五年上升16%,判处犯罪分子322万人,上升18%。共审结杀人、抢劫、绑架、爆炸、放火、投放危险物质、盗窃等严重犯罪案件109万件,判处犯罪分子161万人,分别比前五年上升7%和14%。依法严惩贪污贿赂等职务犯罪,判处的县(处)级以上公务人员2662人,比前五年上升65%(参见2003年3月11日最高人民法院院长肖扬在第十届全国人民代表大会第一次会议上作的《最高人民法院工作报告》)。2003年,地方各级人民法院全年共审结刑事案件735,535件,判处被告人933,967人,同比分别上升1.21%和1.51%(参见2004年3月10日最高人民法院院长肖扬在第十届全国人民代表大会第二次会议上作的《最高人民法院工作报告》)。

在司法实践中,重刑的判决数占到相当高的比重。^③ 刑法的基本矛盾是罪刑关系,罪生刑,刑制罪。犯罪数和刑罚量同步增长,说明刑未制罪,说明我国刑法保护社会和保障人权两方面的功能都发挥得欠佳。这种刑法功能发挥欠佳,犯罪日趋增长(包括质和量两方面),刑罚效能相对下降的状况,被称作刑法的基础性危机。^④ 我国刑法存在基础性危机的制度原因是刑法机制不顺畅。

刑法机制指刑法的运作过程和方式。刑法机制不顺的表现,一是刑法结构不科学,二是刑法适用不合理。刑法结构不科学侧重立法问题,刑法适用不合理侧重司法问题,二者之间关系密切,互为因果,共同导致刑法机制不顺畅,并造成了我国刑法的基础性危机。

(一)刑法结构

刑法结构是指犯罪与刑罚的组合状况。根据宏观上刑事法网即罪状设计是否严密,以及法定刑的轻重是否苛厉,我国刑法属于厉而不严的刑法结构^⑤。厉而不严刑法结构的具体表现是:(1)刑罚苛厉。刑罚苛厉集中反映在我国刑法上死刑罪名多达60个以上,由于死刑条款多,刑罚的整体阶位被提高了,所有的罪均被挂上了徒刑,没有一个罪的法定刑只限于拘役或罚金。重刑的直接原因源于我国刑法中罪的定位,我国刑法中犯罪成立含有定量因素,《刑法》第13条规定:“情节显著轻微危害不大的不认为是犯罪。”构成犯罪的危害性大的行为,因此配以较重的刑罚。这种刑罚苛厉的特征是,凡罪必有刑,凡刑必与人身(生命与自由)相联。(2)法网不严。法网不严的表现有很多,主要的有:A. 刑法上的犯罪概念包含定量因素造成我国刑法的结构性缺损。考虑定量因素只能从结果本位考察,结果本位必然排斥行为人的品格

^③ 1998年至2002年,全国各级法院共判处罪犯五年以上有期徒刑、无期徒刑和死刑的81.9万人,占25%(参见2003年3月11日最高人民法院院长肖扬在第十届全国人民代表大会第一次会议上作的《最高人民法院工作报告》)。

^④ 详细论述参见储槐植:“建立刑事一体化思想”,载储槐植:《刑事一体化》,法律出版社2004年版,第190页。

^⑤ 储槐植:“议论刑法现代化”,载储槐植:《刑事一体化》,法律出版社2004年版,第448页。