

刑事司法研究

——情节·判例·解释·裁量

陈兴良 主编

中国方正出版社

刑事司法研究

——情节·判例·解释·裁量

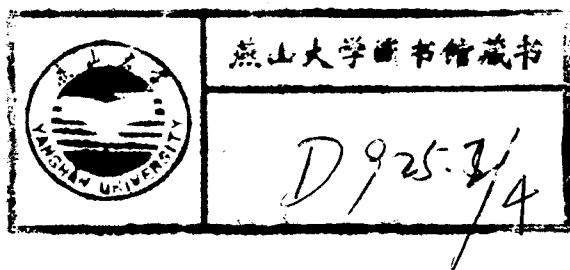
主 编 陈兴良

撰稿人 (以撰写章节为序):

陈兴良 黄朝华

莫开勤 蔡富超

付正权 夏成福



中国方正出版社



0250810

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事司法研究: 情节·判例·解释·裁量/陈兴良编著.
北京: 中国方正出版社, 1996. 7
ISBN 7-80107-062-3

I. 刑… II. 陈… III. 刑事诉讼法-研究-中国 N. D92
5. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (96) 第 11893 号

刑事司法研究

—情节·判例·解释·裁量

中国方正出版社出版发行

(北京市西城区育幼胡同甲 1 号 邮编: 100813)

北京市燕山联营印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 16.125 字数: 434 千字

1996 年 7 月北京第 1 版 1996 年 7 月第 1 次印刷

印数: 1—5000 册 定价: 22.60 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

前 言

刑法学是一门实用学科，实践性始终是刑法学保持其理论活力与学术魅力的根本之所在。但是，刑法学的实践性决不当成为理论的浅露性的通词，这是我在《刑法哲学》一书后记中所说的话，至今我仍坚持这一观点与信念。我还认为，在刑法学中应当区分理论层次：刑法学既要有刑法哲学这样的深层次理论，也需要有案例研究这样的浅层次理论。同样，我们更需要有一种联结理论与实践的中层次理论。这种中层次理论，面向刑事司法中的热点问题与疑难问题，以解决司法实务问题为己任；但又不是头疼治头、脚疼治脚式的解决，而是对司法实践中的问题加以概括与提炼，力图从一定的理论高度解决这些实际问题。

我钟情于深层次的刑法哲学的理论研究，因为它能极大地满足我的理论兴趣，如同一种精神体操，锻炼着我的理论头脑。我所从事的深层次理论研究，主要反映在已经写出版的《刑法哲学》、《刑法的人性基础》等著作，并以后还准备继续从事这方面的研究。同时，我也有志于浅层次的刑法学理论研究，它虽然难登法学研究的大雅之堂，使人有吃力不讨好之叹，但它对于具体案件的处理有着直接的指导意义，因而其功效更为直接与明显。为此，我主编了《经济犯罪疑案研究》、《中国刑事司法案例汇纂》等案例分析书籍。深层次刑法理论虽阳春白雪但曲高和寡，浅层次刑法理论虽附和者众但下里巴人。前者之雅使人孤独，后者之俗令人不屑。为此，更需要的是中层次理论，我所从事的大量的也是这一层次的理论研究。例如，我曾经主编了《刑事疑案研究》一书，从刑事理论上研究刑事疑案问题。这本《刑事司法研究》是刑法实务系列研究的又一成果，它的出版使我更加坚定了继续从事这一研究的信心。

CA/P77/03

前 言

应当指出，本书主要是在我的指导下由刑法硕士生完成的。其中，黄朝华、莫开勤、蔡富超、付正权分别是我带的92级和93级研究生。在硕士论文的选题设计时，分别选定定罪情节、量刑情节、刑事判例与刑法解释这四个互相关联的题目。写作过程中，我虽然给予了一定的指导，但主要还是由他们各自独立完成的，并且基本上实现了我的意图。现在，他们中除莫开勤在校继续攻读博士学位以外，黄朝华在北京市司法局工作、蔡富超在郑州市中级人民法院工作、付正权在深圳市人民检察院工作。我相信，他们在从事司法实务过程中，必能将其在校之所学应用于本职工作；并从司法实践中提出问题，从理论上加以解决。这里尤其需要说明的是，作为本书撰稿人的夏成福同志，现任四川省高级人民法院研究室主任，是四川联合大学法学院1993级刑法专业在职硕士生，他的导师是四川联合大学法学院院长赵炳寿教授。我有幸于1993年5月受聘担任四川联合大学法学院1993级刑法专业硕士生的授课教师，主讲刑法各论，由此开始与夏成福同志的交往。他题为《裁判公正：理论与模式——法官刑事自由裁量权的法哲学研究》的硕士论文写出后，送我评阅。我看后十分欣喜，为夏成福同志写出如此高水平的硕士论文而高兴，这同时也要归功于赵炳寿教授的悉心指导。由于夏成福同志的论文与本书内容正好相吻合，征得他同意一并收入本书，从而使本书的内容更为丰富、体系更为完整。

生有涯，知无涯。这是古人对于人生之短暂而知识之无限的感叹。诚然，人不能以有涯之生而穷尽无涯之知。但无限的知识寓于各个具体的知识之中，具体知识的积累勾勒出无限知识的轮廓。明白了这一道理，我们就不必再作古人之叹。理论未有穷期，道路始于足下，刑法学的发展也不正是如此么？以此与读者共勉。

陈兴良

1995年8月21日

谨识于北京塔院迎春园寓所

目 录

前言	(1)
----------	-----

绪 论

一、刑事司法研究的界定	(1)
二、刑事司法研究的现状	(3)
三、刑事司法研究的完善	(14)

第一章 定罪情节

(16)

第一节 定罪情节的立法沿革	(17)
---------------------	------

一、中国古代的定罪情节	(17)
-------------------	------

二、外国古代及近代的定罪情节	(20)
----------------------	------

第二节 定罪情节概述	(23)
------------------	------

一、定罪情节的概念	(23)
-----------------	------

二、定罪情节的特征	(25)
-----------------	------

三、定罪情节的功能	(32)
-----------------	------

第三节 定罪情节的界定	(36)
-------------------	------

一、定罪情节与量刑情节	(36)
-------------------	------

二、定罪情节与犯罪构成	(40)
-------------------	------

第四节 定罪情节的分类	(46)
-------------------	------

一、区分罪与非罪的定罪情节	(48)
---------------------	------

二、区分轻罪与重罪的定罪情节	(55)
----------------------	------

三、区分此罪与彼罪的定罪情节	(66)
----------------------	------

第五节 定罪情节的司法适用	(71)
一、定罪情节的司法认定	(71)
二、定罪情节的司法解释	(74)
三、定罪情节的司法运用	(76)
第六节 定罪情节的立法完善	(88)
一、外国定罪情节立法之比较	(88)
二、我国定罪情节立法之完善	(96)
第二章 量刑情节	(105)
第一节 量刑情节的立法沿革	(107)
一、我国古代的量刑情节	(107)
二、外国古代及近代的量刑情节	(111)
第二节 量刑情节概说	(114)
一、量刑情节的概念	(114)
二、量刑情节的特征	(117)
三、量刑情节的地位	(119)
四、量刑情节的功能	(123)
五、量刑情节的范围	(128)
第三节 量刑情节的界定	(130)
一、量刑情节与定罪事实	(130)
二、量刑情节与定罪情节	(139)
第四节 量刑情节的分类	(140)
一、量刑情节分类概述	(140)
二、量刑的法定情节	(145)
三、量刑的酌定情节	(153)
第五节 量刑情节的司法适用	(164)
一、量刑情节的适用原则	(164)
二、量刑情节的具体适用	(167)
三、量刑情节的量化分析	(178)
第六节 量刑情节的发展完善	(195)

一、量刑情节的立法完善	(196)
二、量刑情节的司法完善	(203)
第三章 刑事判例	(208)
第一节 刑事判例概述	(209)
一、判例界说	(209)
二、刑事判例的概念	(213)
第二节 中国历史上的刑事判例	(219)
一、中国古代的刑事判例	(219)
二、中国近现代的刑事判例	(227)
三、刑事判例的地位及其作用	(228)
第三节 英美法系的刑事判例	(232)
一、英美法系判例制度的起源	(232)
二、先例的遵循与区别	(236)
三、刑事判例的地位及其作用	(241)
第四节 大陆法系的刑事判例	(248)
一、概述	(248)
二、理论上的刑事判例	(251)
三、实践中的刑事判例	(251)
第五节 刑事判例的创制	(256)
一、刑事判例的创制权	(256)
二、刑事判例的创制原则	(261)
三、刑事判例的创制程序	(266)
四、刑事判例的形式	(271)
五、刑事判例的效力	(274)
第六节 刑事判例的适用	(279)
一、概述	(279)
二、刑事判例的参考与借鉴	(280)
三、刑事判例的适用与定罪量刑	(284)
四、刑事判例的适用与刑法及司法解释	(288)

五、刑事判例的适用与罪刑法定原则	(293)
第七节 刑事判例的整理汇编	(298)
一、概述	(298)
二、刑事判例整理汇编的原则要求	(300)
第四章 刑法解释	(305)
第一节 刑法解释概说	(306)
一、法律解释的概念	(306)
二、刑法解释的概念	(310)
三、刑法解释的特征	(318)
第二节 刑法解释的目标	(326)
一、主观解释理论	(327)
二、客观解释理论	(333)
三、合理意义	(343)
第三节 刑法解释的原则	(360)
一、文义性原则	(361)
二、目的性原则	(365)
三、社会性原则	(370)
四、谦抑性原则	(377)
第四节 刑法解释权	(383)
一、解释权的归属	(384)
二、解释权的限度	(399)
第五节 刑法解释的方法	(420)
一、解释方法的分类	(420)
二、解释方法述评	(421)
三、解释方法的特征	(423)
第五章 刑事裁量	(430)
第一节 裁判公正的理念分析	(430)
一、公正的一般含义	(430)

二、裁判公正之要义	(432)
第二节 古代刑事自由裁量及其主张	(440)
一、衡平法与自由裁量	(440)
二、绝对自由裁量：古代的司法特征	(442)
三、古代绝对自由裁量主义	(449)
第三节 法官裁量行为：两大法系之比较	(450)
一、两种迥然相异的选择	(450)
二、历史背景与革命方式	(452)
三、两种法律文化传统	(454)
四、法官的两种命运	(455)
五、两种民族意识	(458)
第四节 法官刑事自由裁量权的价值与 模式选择	(459)
一、法官刑事自由裁量权的界定及其本质	(459)
二、法官刑事自由裁量权和刑法局限性	(466)
三、法官刑事自由裁量权的价值	(467)
四、法官裁量行为模式选择及其评析	(469)
第五节 严格规则与自由裁量相结合的 理论基础	(479)
一、绝对严格规则主义评析	(480)
二、严格规则与自由裁量相结合的哲学渊源	(481)
三、严格规则与自由裁量相结合的法学理论依据	(485)
四、严格规则与自由裁量相结合的政治理论依据	(489)
五、二者结合与辩证唯物主义世界观	(492)
第六节 法官刑事自由裁量行为控制	(494)
一、罪刑擅断之根：一个尚需澄清的认识问题	(494)
二、确定控制目标与法官自由裁量权之边界	(497)
三、动与静：两种控制并举	(500)
四、诉讼开放：通过社会的控制	(504)

后记	(506)
----------	-------

绪 论

我国刑法研究正逐步从纯注释中解脱出来，不断地开拓研究领域。刑法学不再单纯地以刑法条文为研究对象，而是将刑事立法与刑事司法纳入研究视野。本书是一本刑事司法问题研究的专著，在绪论中，我们就刑事司法研究的有关问题略作阐述。

一、刑事司法研究的界定

我国刑法学研究的春天是以1979年7月1日《中华人民共和国刑法》颁布为标志的。随着我国第一部刑法典的颁布，我国的刑法学研究进入了一个黄金季节。应该说，在刑法学研究的广度与深度上，是一个逐步展开的过程。在刑法颁布初期，我国刑法学界主要以注释现行刑法条文为主，科研成果主要表现为各种版本的教科书，刑事司法研究尚未提到议事日程上来。当然，在教科书的写作中，涉及刑法学研究对象的界定。这个问题的正确解决，对于刑事司法研究具有重要意义。

任何一门学科，包括刑法学，都有其特定的研究对象，这一特定研究对象表现的是某一现象的领域所特有的矛盾。对于刑法学研究对象的认识，也存在一个发展的过程。1957年，新中国最早编印的两本刑法教科书指出：我国刑法学研究的对象，就是我国社会现象之一的犯罪，和我们国家同犯罪作斗争的方法——刑罚。^①这一界定，将刑法学研究对象确定为犯罪与刑罚，本身虽然没有错，但在研究范围上不能不说过于狭窄。《刑法》颁布以后，在刑法教科书的

① 参见中国人民大学法律系刑法教研室：《中华人民共和国刑法总则讲义（初稿）》，1957年2月版，第11页；张中庸编：《中华人民共和国刑法》，东北人民出版社1957年4月版，第12—13页。

写作过程中,刑法学研究对象又重新提出讨论。1981年,在司法部法学教材编辑部主持下讨论高等学校法学教材《刑法学》书稿时,关于如何给刑法学下定义,撰稿人中就有六种不同的表述意见:(1)刑法学是对刑法规范本质意义的认识体系。(2)刑法学是研究犯罪与刑罚的科学。(3)刑法学是研究犯罪与刑罚规范的科学。(4)刑法学是研究刑法理论和实践的科学。(5)刑法学是研究刑法理论的科学。(6)刑法学是研究刑法规范的原理和审判实践的法律科学。这些不同的表述意见,实际上反映了对刑法学研究对象的不同看法。这些看法各有其合理性,但又都不够理想。其中一个重要问题,就是在刑法学研究对象的确定上,大多以刑法规范为主体,对于刑事立法与刑事司法尚未引起重视,只是在上述第六种观点中,涉及审判实践。经过充分讨论,吸收上述几种意见的合理部分,《刑法学》最后采纳的写法是:“刑法学是法学的一个重要部门,它是以刑法为研究对象的科学。刑法是掌握政权的统治阶级为了维护本阶级的利益和统治秩序,以国家名义颁布的关于什么行为是犯罪和如何惩罚犯罪的法律。因此,刑法学就是对犯罪和刑罚的规律、对刑事立法和司法实践进行理论概括的科学。”^①应该说,这一关于刑法学研究对象的定义是比较科学的,它包括了刑事立法和司法实践的内容。当然,这里的司法实践一词表述不够确切,改为刑事司法则更好。而且,正如我国著名刑法学家高铭喧教授指出的:在这个概念中还没有把刑事责任在研究对象中反映出来,这也是一个缺陷。简单地说刑法就是规定犯罪与刑罚的法律,是不够全面的。刑法学的研究对象应当是“刑法及其所规定的犯罪、刑事责任和刑罚”,而不能仅仅是“刑法及其所规定的犯罪和刑罚。”^②应该说,以上讨论是极有价值的。

① 参见高铭喧主编:《高等学校法学试用教材《刑法学》,法律出版社1982年版,第1页。

② 参见高铭喧:《刑法问题研究》,法律出版社1994年版,第14页。

我们认为,刑法学研究对象应该包括:(1)刑法的本源,表现为刑法哲学理论;(2)刑法规范即刑法及其所规定的犯罪、刑事责任和刑罚,表现为刑法注释学;(3)刑事立法,表现为刑事立法理论;(4)刑事司法,表现为刑事司法理论。在以上内容中,刑法规范是刑法学研究对象的静态部分,它以对刑法条文的注释为主,是最狭义上的刑法学研究对象。刑事立法与刑事司法是刑法学研究对象的动态部分,它虽与刑法规范紧密相关,但显然不能包括在刑法规范理论之中。刑事立法是要解决刑法规范从何而来的问题,刑事司法则是要解决刑法规范如何适用的问题。因此,刑事立法与刑事司法的研究在刑法学理论中占有重要地位。如果说,关于刑法本源的刑法哲学是刑法学的理论部分;那么,关于刑法规范、刑事立法与刑事司法的研究就是刑法学的实践部分。

刑事司法作为刑法学的研究对象,使刑法学研究能够超越刑法条文,而将研究的触须伸向司法实践,因而具有重要意义。在刑事司法研究中,除对刑法适用中具体问题的研究以外,还有一些涉及刑事司法的共性问题值得研究。这些问题包括:(1)定罪情节;(2)量刑情节;(3)刑事判例;(4)刑法解释;(5)刑事裁量。对这些问题的研究形成刑事司法的一般理论。本书以此为内容,并相信通过这些刑事司法中共性问题的研究,有助于拓展刑法学研究的广度,并提高刑法学研究的深度,从而指导刑事司法活动。

二、刑事司法研究的现状

刑法颁布以来,我国刑法学研究中虽然没有形成刑事司法的一般理论,但对于刑事司法中的这些共性问题都曾经有所涉及,对某些问题还进行过讨论。

(一) 犯罪情节

我国刑法中的犯罪情节,可以分为定罪情节和量刑情节,两者对于犯罪认定与刑罚裁量都具有重大意义。我国刑法中,情节是采用最广泛的用语之一,它具有一定的模糊性。因此,对情节的理解与认定,对于司法实践中正确地适用刑法具有直接的指导意义。正

因为如此,我国刑法学界对犯罪情节问题进行了较为深入的探讨。

在犯罪情节问题的探讨中,关于犯罪情节的概念,我国刑法学界存在不同的表述。例如有人认为,刑法中的情节就是犯罪过程中和犯罪环境里的某些因素和环节。这种表述把刑法中的情节与犯罪情节混为一谈,因而受到一些同志的批评。大多数同志认为,刑法中的情节与犯罪情节是两个不同的概念,前者是属概念,后者是种概念。至于如何具体界定这两个概念之间的关系,我国刑法学界又存在两种观点:第一种观点认为,犯罪情节仅与量刑有关,它是量刑程度以及是否免除刑罚的一个依据,不是划分罪与非罪的界限。而刑法中的情节除量刑情节以外,还包括划分罪与非罪的定罪情节及其他非犯罪情节。第二种观点认为,犯罪情节是指与定罪量刑有关的情节即定罪情节与量刑情节,刑法中的情节除犯罪情节以外,还包括非犯罪情节。非犯罪情节包括两种:第一种是行刑中的情节,如《刑法》第46条规定的被判处死缓的罪犯,在缓刑两年执行期间抗拒改造的情节;第二种是指尚未被认定为犯罪的危害社会行为的情节,如《刑法》第10条所规定的情节,就是说明这些行为的社会危害性显著轻微,还不构成犯罪。应该说,上述第二种观点更为确切。

定罪情节与量刑情节与定罪量刑的关系十分密切,但在对刑法规范的注释中很难详尽地展开这些内容,在我国的刑法教科书中论述也较少。因此,将定罪情节与量刑情节作为刑事司法中的两个专门性的理论问题加以探讨,对于正确地适用刑法具有重大意义。正因为如此,我国刑法学界对定罪情节与量刑情节作了较为深入的研究。例如,陈兴良主编的《刑法各论的一般理论》(内蒙古大学出版社1992年版)一书中,有犯罪情节专章。当然,该书对犯罪情节的论述主要限于我国刑法中的情节犯与情节加重犯,它主要是将犯罪情节作为刑法各论中的共性问题来加以研究,这与本书的内容还是有所不同的。前者属于刑法注释的范畴,侧重于对刑法分则中规定的各种犯罪情节的解释,而后者属于刑法适用的范畴,侧重于对刑事司法中如何适用定罪情节与量刑情节的研究。

(二) 刑事判例

在法学理论和司法实务中,判例研究占有十分重要的地位。但在不同的法律制度下,这种重要性并不是等量齐观的,两大法系的差别尤为明显。这是由不同的法律传统和价值观念所决定的。在英美法系国家,由于历史传统而实行判例法。因此,在法学理论与司法实务中,都十分重视对判例的解析与评释。美国现实主义法学家弗兰克在《法律和现代精神》一书中指出:“法律全部是由法院作出的各种可变的判决组成的,就任何具体情况而言,法律或者是实际的法律,即关于某一情况的一个过去的判定,或者是大概的法律,即关于一个未来判决的预测。”^①因此,在英美法系,判例是法的主要渊源;甚至可以说,判例就是法,这就是所谓的判例法。当我们把目光从英美法系收回,投向大陆法系,就会发现在大陆法系,由于实行成文法,在司法实务中法官严格适用法条,而不是比照判例。意大利著名刑法学家贝卡利亚曾经指出:“法官对任何案件都应进行三段论式的逻辑推理。大前提是一般法律,小前提是行为是否符合法律,结论是自由或者刑罚。”^②因此,在大陆法系国家,十分强调法典的完善。因为在大陆法系的法学家看来,当法典中含有应逐字适用的法律条文,而法典加给法院的统一职责是查明公民的行为并确定它是否符合成文法的时候;当所有的公民——由最无知识的人一直到哲学家——都应当遵循的关于什么是正义的和不正义的规则是毫无疑义的时候,国民将免受许多人的微小的专制行为。在这种法律观念的指导下,大陆法系更注重刑法典,而对判例不如英美法系那样重视。当今世界,随着两大法系的合流趋势,英美法系开始注重成文法,尤其是在刑法领域内,法典化趋势十分明显。大陆法系也开始强调判例在司法实务中的作用,并以此作为克服法典的僵硬

① 参见张文显:《当代西方法哲学》,吉林大学出版社1987年版,第53页。

② 参见(意)贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第12页。

性的手段。

我国实行成文法^①，基本上属于大陆法系。因此，我国没有象英美法系国家那样建立起判例制度。相对来说，在司法实务中不存在判例的比照问题。但在刑事司法研究中，案例分析占有一席之地。应该指出：案例和判例是有所区别的。但在我国法学界和司法界，判例又往往称为案例，两者界限不明。在较权威的法学工具书中，一般都称判例。但在这种情况下，侧重于介绍中国古代或者英美法系的法律制度。而在前些年关于我国当前的法律制度的论述中，判例一词往往是忌讳使用的，而代之以案例。例如《法学词典》判例条指出：判例是“法院可以援引作为审理同类案件依据的判决。法的渊源之一，被称为判例法。中国历史上的决事比、例、断例等，都是判例。如清末同治9年（1883年）《大清律例》，集中了1892条判例，作为审理案件的依据，例的效力甚至大于律。英国13世纪形成通行全国的普通法；其内容大多由法院所作的判决编集而成。判例在传统上是英国法的主要渊源之一。仿照英国法而建立的美国和其他国家的法，也都把判例作为法的重要渊源之一。法、德等欧洲大陆的国家，立法、司法在形式上严格分开，判决只是适用法律的结果，不能作为法律本身，不具有普遍约束力。在社会主义国家，判例不作为法的渊源，只具有参考价值。”^①这一条目没有涉及判例在我国目前法律制度中的意义。一般法学辞典都没有收入案例这一条目，但在法学理论和司法实务中，案例是更为流行的法律术语之一。因此，一般人并没有注意到案例和判例的微妙区别。值得注意的是，我国著名法学家沈宗灵教授曾经谈到案例和判例的差异，指出：“从字面上讲，判例比案例更为确切。判例一词表示以某一判决作为审理同类案件的前例，而案例一词则表示以某个案件作为处理同类案件的前例。作为法学研究的对象来说，人们注意的不仅是案件事实，而是法院的具有典型性的判决，包括作出判决者对案件事实如何陈

^① 参见：《法学词典》（修订版），上海辞书出版社1984年第2版，第439页。