

刑事法专题探究

XINGSHIFA ZHUANTI TANJIU

王玉杰 著

河南人民出版社

刑事法专题探究

XINGSHIFA ZHUANTI TANJIU

王玉杰 著

河南人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法专题探究/王玉杰著. —郑州:河南人民出版社,2011.7

ISBN 978 - 7 - 215 - 07605 - 1

I. ①刑… II. ①王… III. ①刑法—研究
IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 064556 号

河南人民出版社出版发行

(地址:郑州市经五路 66 号 邮政编码:450002 电话:65788050)

新华书店经销 河南永成彩色印刷有限公司印刷

开本 890 毫米×1240 毫米 1/32 印张 8

字数 200 千字

2011 年 7 月第 1 版 2011 年 7 月第 1 次印刷

定价:28.00 元

前 言

刑法学是研究刑法及其所规定的犯罪、刑事责任和刑罚的立法、司法及其发展规律的科学,是现代法学中的一个极其重要的基本部门法学。当此西法东渐,中国法治发生翻天覆地革新与变迁之际,全面、客观地检阅、总览刑法学研究之进展和现状,科学地分析和展望刑法学的发展趋势,对我国刑法学研究的继续开拓和深化,对我国刑事法治的改革与完善,乃至从一个重要方面对我国整个法治建设和社会的进步,都将具有重要的作用和意义。作为一名从事 20 余年刑法学教学研究的高校法学教师,作者既深深受到时代鼎革的深重影响,又能够亲自见证及参与中国刑法所发生的历史变迁的风貌气象,并且将自己常年刑法学教学研究中日积月累所获得之学术积淀和心得体验打上时代的烙印,以文字的形式书写并予以付梓出版,既是学术研究人员本分所在,也算是对自己学人职责的一种较为正式和传统的交代。

《刑事法专题探究》不是一本专论,因此也不以时下流行的专论形式包装。《刑事法专题探究》采取专题研究的形式,有选择性地梳理了刑法的一些基本理论问题。其实,这是一本地地道道的“专题合集”,共由 11 个专题构成,各个专题之间并无特殊的关联性,研究领域兼及刑法思想、法官刑法解释、犯罪构成、犯罪形态、刑法修正案等各个方面,既有基础学理研究、实务见解评释,又有立法评析。全书篇章触角敏锐、思考深入,充分传达了作者对于刑事法理论与实践发展的关注,

并对多个前沿问题贡献出自己的思想智识。需要指出的是,既然作为专题研究,在内容选择中就不免有所取舍,故此也无法如刑法教科书一样涵盖刑法理论的方方面面。德国刑法学者 Binding 曾提出刑法具有“不完整性”的想法,这标志着人类首度认识与承认刑事法规在社会控制环节上的局限性。因为立法者无法在形形色色的具体事态发生前加以预知,立法者也只能紧随着具体的生活事态而立法,因而刑法相对于形形色色的生活事实而言,也只能是不完整的片面规范。既然刑法本身就具有“不完整”的本性,故刑法理论也难以真正做到自我圆润通达,而强求一本刑法专著能够达到事无巨细面面俱到的效果,岂非缘木求鱼、水中捞月般可望而不可及?因此,对于本书不尽完整之专题风格也不能求全责备,更不必感觉遗憾与惆怅。再者,以作者本人有限的时间与精力也只能研究探索自觉有兴趣的议题与方向,故此,尽管《刑事法专题探究》所反映出来的仅是刑法学理论研究的某些碎片,但没有不同学者剔骨舔皮,潜心研磨出来的这些学术碎片,何来刑法学理论大厦之奠基与构建?作者在今后也将继续乐此不疲地发掘磨洗学术碎片,并将“攻其一点,不及其余”之策略作为坚定不移的研究方法。

陈兴良先生曾言:“对于学者,曾有四书之说法:买书——读书——写书——出书。这是一个学术的投入产出的流程,也是学者之志业。”而作者将这些专题系统整理后出版,既能够免于读者搜寻及影印之劳,也能完成现代学者这一独特的“四书”流程,对于读者以及作者本人而言,都可谓善莫大焉。

王玉杰

2010年11月于郑州静雅斋

第五章 犯罪构成专题——犯罪构成要件的重新审视	74
第一节 污染环境犯罪之犯罪构成的重塑	74
第二节 刑事责任能力独立于犯罪构成的重新定位	88
第六章 犯罪形态专题——犯罪既遂与未遂标准的确立	99
第一节 网络盗窃既遂标准的确立	99
第二节 轮奸犯罪的未遂形态	110
第七章 量刑情节专题——法定与酌定量刑情节的适用	123
第一节 酌定量刑情节的话语分析	123
第二节 以案例为蓝本解读减轻处罚的适用	132
第三节 免除处罚问题之厘定	146
第八章 死刑适用专题——死刑的适用和执行	151
第一节 死刑适用范围的限制	151
第二节 死刑的执行方法和执行场所	161
第九章 刑法修正案(七)专题——新增罪名研究	165
第一节 《刑法修正案(七)》第八条罪名探究	165
第二节 《刑法修正案(七)》第七条罪名认定	174
第十章 受贿罪专题——影响力受贿与干股受贿研究	187
第一节 利用影响力受贿罪若干问题探究	187
第二节 干股受贿若干问题探析	201
第三节 收受财物后退还或者上交与受贿罪认定—— 对《受贿罪司法解释》第九条的反思	211
第十一章 疑罪释疑专题——疑罪若干问题研究	222
第一节 疑罪的概念辨析	222
第二节 疑罪的成因探析	224
第三节 疑罪的种类分析	228
第四节 疑罪的处理解析	231
主要参考资料	236
后 记	249

第一章

刑法思想专题——黑格尔刑法思想

第一节 关于刑罚的概念、标准和尺度

黑格尔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770—1831), 德国客观唯心主义哲学家、著名的政治法律思想家。黑格尔的刑法思想主要体现在其《法哲学原理》、《逻辑学》等著作中, 他的刑罚思想对刑法, 尤其是刑罚的发展起到了承前启后的功用。

一、关于刑罚概念

黑格尔认为, 刑罚是对犯罪这一不法行为所实行的第二种强制, 犯罪是对法的否定, 而刑罚则是这种否定的否定。

在黑格尔看来, 犯罪行为是侵犯他人意志自由定在的暴力或强制, 即所谓的第一种暴力或强制。那么, 为了恢复他人意志自由的定在物, 就要对这种强制实行强制, 这第二种强制便是刑罚。刑罚完成了否定的否定的过程, 使法、正义得到恢复和维护。由法的建立过渡到不法、犯罪, 再过渡到对不法、犯罪的否定和刑罚的实现, 这就是自由的定在的法自我辩证运动规律。

黑格尔认为, 刑罚的意义在于: (1) 它消除了对他人意志自由定在的侵害, 消除了由犯罪带来的社会危险性。 (2) 它从本质上显示了犯

罪的虚无性和法的绝对性。黑格尔说:“犯罪的行为本质上是没有什么真实存在的,由于罪行之被刑罚加以纠正、排除,更足以见得没有真实的存在。”^①可见,犯罪是虚无的。而作为绝对的东西的法与犯罪相比是不可能被扬弃的,因此,法是绝对的。(3)它显示了法的有效性。黑格尔说:“现在的现实的法就是对那种侵害的扬弃,正是通过这一扬弃,法显示出其有效性,并且证明了自己是一个必然的被中介的定在。”^②这就是说,通过刑罚对犯罪这个否定物的否定,证明法不仅是存在的,而且是有效的,它能够自己实现自己。

二、刑罚的标准和尺度

刑罚的标准,是指对各种犯罪行为进行处罚的法律规定。黑格尔说:“对各个犯罪应该怎样处罚,不能用思想来解决,而必须由法律来规定。”^③黑格尔的这种法定刑主义的思想,在于抵制审判机关处罚的主观任意性。

刑罚的尺度,是指审判机关对各个犯罪进行处罚的决定。黑格尔认为,一般地说,刑罚要根据犯罪当时的社会危险程度加以确定,即按照犯罪的质和量来衡量。但是,这个质和量的严重性因市民社会情况不同而有差别。具体些说,如果社会自身还是动荡不安,那就必须通过刑罚树立榜样,因为刑罚本身是反对犯罪的榜样的榜样。而在已经是稳定的社会,犯罪的勾当是很微弱的,因此犯罪的处罚也必须按照这种微弱程度来衡量。

黑格尔还认为,“由于文化的进步,对犯罪的看法已经比较缓和了,今天刑罚早已不像百年以前那样严峻。犯罪或刑罚并没有变化,而是两者的关系发生了变化”^④。而且,他认为,社会越发达,刑罚越趋于

① 吕世伦:《黑格尔法律思想研究》,中国人民公安大学出版社1989年版,第12页。

② 【德】黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第101页。

③ 【德】黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第99页。

④ 【德】黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第99页。

轻微,文明社会的刑罚与原始社会的刑罚的对比说明了这一点。黑格尔的这些分析和论述,是符合历史的发展的,是很有见地的。

第二节 关于报应刑的理论

黑格尔写道:“犯罪的扬弃是报复,因为从概念说,报复是对侵害的侵害,又按定在说,犯罪具有在质和量上的一定范围,从而犯罪的否定,作为定在,也同样具有在质和量上的一定范围。”^①这就是刑罚和犯罪的同一性,或者说是“等同”。黑格尔所说的刑与罪的等同,不是侵害行为的特定性状的等同,而是侵害行为自在地存在的性状的等同,即价值的等同。这种等同的表现和确定,黑格尔认为,作为虚无意志的犯罪,其本身就包含着自我否定;所谓“等同”,首先是这种“内在的同一性”。而刑罚则是与“内在的同一性”相适应的外在反映,即从人们的“理智”说来“显得是等同的”。前者(内在的同一性)是绝对的规定;后者(外在的理智的反映)是相对的规定,它只能同内在同一性相接近,而永远不可能与内在同一性完全一致或变成绝对规定。正因为如此,黑格尔认为,刑罚的科处是否正确、适度,直接依赖于人们对犯罪的估计是否正确和适度,这一认识与存在的辩证关系的问题,是正确处罚所必需的。

黑格尔进一步指出,刑罚与犯罪的等同不能停留在“种的等同性”之上,否则就会遇到无穷的、不可克服的困难,就会回到“同态报复的荒诞不经(例如以窃还窃,以盗还盗,以眼还眼,以牙还牙,同时我们还可以想到行为人是独眼龙或者全口牙齿都已脱落等情况)”。不过,在杀人的场合则另当别论,因为“生命是人的定在的整个范围”,所以根据等同原则,问题也很容易解决——对犯人处以死刑。

^① 【德】黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第101页。

黑格尔指出刑罚报复的根据并不是出于外部人们的主观愿望,而是一个理性的内容,是“尊重”犯人的自由意志和犯人的理性,亦即犯人自己的法。他说:“一个成年人的犯罪,是在违背了他的本性,从而表明他的理智和意志都被束缚于‘自然状态’下实施的。当罪犯受到处罚时,他可以把所受的惩罚认作限制了他的自由,但事实上,那处罚并不是从外面加强他的力量,而是他自己行为本身的表现。只要认识到这点,则他就觉悟到自己是一个自由的人。同样的道理,承认罪犯自由意志的法律,才是合理的法律。”他还说:“刑罚既被包含着犯人自己的法,所以处罚他,正是尊敬他是理性的存在。如果不从犯罪行为中去寻求刑罚的概念和尺度,他就得不到这种尊重。如果单单地把犯人看作应使之变成无害的有害动物,或者以儆戒和矫正为刑罚的目的,他就更得不到这种尊重。”^①

黑格尔认为,报复与复仇是不能等同的。他说,法领域的报复(刑罚)就其表现看,首先是一种复仇,但它是正义的,由国家所实施的,从而与个人的主观的复仇不同。个人的复仇往往难以保证正义性。尤其是,复仇由于它是特殊意志的肯定行为,所以又是一种“新的侵害”。作为这种矛盾,它陷于无限进程,世代相传以至无穷。黑格尔一再强调,尽管刑罚包含复仇的意义,但决不能归结为复仇,尤其不可以复仇作为刑罚的形式。因为,刑罚是由法院科处的,属于“公”的范畴。就是说,它把对受害的当事人的侵害,提到了对社会这一普遍物的侵害的高度来对待,即看成具有社会危险性。于是,对侵害者的惩罚,就从受害人的单纯复仇的主观利益和主观形态,以及从偶然性的威力之下,解放出来了,这便是代替复仇正义的刑罚正义。

由上观之,黑格尔以犯人是具有自由意志的理性人为前提,阐明其所以应受惩罚,无非是促使犯人恢复理性。黑格尔不赞成社会契约说和同害报复,然而他认为犯罪为违背理性,刑罚用以制裁犯罪,必须具

^① 【德】黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第103页。

有“适应侵害的相等性”。从这种主张来看,黑格尔的刑罚观念仍是绝对主义,而被称为理性报应主义。马克思对黑格尔的这种刑罚观念进行了评论,他说:“毫无疑问,这种说法有些地方好象是正确的,因为黑格尔不是把罪犯看成是单纯的客体,即司法的奴隶,而是把罪犯提高到一个自由的、自我决定的人的地方。”^①同时,马克思又指出了这一理论的主要局限,即:其一,它是以赞同现存的法律为前提的;其二,它荒谬地用人的“自由意志”这一种特性,代替了特定人的行为的现实动机和受着各种社会条件影响而形成的全部特性;其三,这种刑罚理论巧妙地作为资产阶级刑罚作辩护,力图给它罩上一件“正义”的外衣。

第三节 对心理强制说和专制刑法的立场

一、对心理强制说的立场

黑格尔反对费尔巴哈的心理强制理论。他认为,心理强制的前提是刑罚的威吓作用,而威吓的前提是人是不自由的,因而要用祸害的观念去强制人们,这是与法和正义的宗旨相悖的。法和正义必须在自由的意志中,而不是在威吓所指向的不自由中寻找它的根据。如果以威吓作为刑罚的根据,就无异于对狗举起棍棒来,这是对人的尊严的侵害,对正义的抛弃。因此,心理强制只能与犯罪的质和量上的差别有关,但与犯罪的本质无关。即威吓作为一种外在力量,只能影响到犯罪的价值和范围,而不涉及犯罪是自由意志的定在及其绝对价值(整体的社会利益)。因此,按照威吓论来制定法律,就不能真正成为正义的法,即“作为法的法”。

① 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局:《马克思恩格斯全集》第8卷,人民出版社1965年版,第579页。

二、对死刑的立场

黑格尔反对废除死刑,反对贝卡利亚提出的“否定国家有处死刑的权利”的主张。黑格尔的理由在其所著《法哲学原理》第100节中进行了集中说明。其一,国家根本不是“契约”的产物,契约是个人任性的东西。就国家而论,因为人生来就是国家的公民,任何人不得任意脱离国家。生活在国家中,乃为人的理性所规定。国家的实质并不在于保护和保证作为单个人的生命与财产,而是维护特殊与普遍的统一。国家有权要求单个人为其牺牲,更无须说对一个严重的罪犯判处死刑了。其二,犯人的行为中包含他的自在自为的理性,而且包含了国家对于这种理性的“尊重”,刑罚(死刑在内)正是表现了这种“尊重”。其三,国家以正义为前提条件,而刑罚是由国家所体现的正义的重要表现形式之一。所以,国家处罚犯罪者甚至处以死刑,都理所当然地符合正义的要求。^①

黑格尔虽反对废除死刑,但也反对滥施死刑。他说:“贝卡利亚想废除死刑的这种努力曾经产生良好的结果。即使约瑟夫二世和法国人没有能够把死刑完全废掉,但是人们已经开始探究哪些犯罪应处死刑,哪些不应处死刑。因此,死刑变得愈来愈少了;作为极刑,它应该如此。”^②黑格尔对死刑的看法是正常正确的。

三、对专制刑法的立场

黑格尔反对专制刑法,提倡理性、人道刑法。

① 吕世伦:《黑格尔法律思想研究》,中国人民公安大学出版社1989年版,第88—89页。

② 【德】黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第104页。

1. 对古东方的奴隶社会和封建社会的刑法,尤其是对中国和印度专制刑法进行抨击。

黑格尔认为古代中国的刑法制度弊端有二:其一,是奉行单纯的惩罚主义原则。其具体表现主要是刑罚体现为肉刑和侮辱刑。其二,是犯罪归责上的混乱,实行简单的客观归罪。另外他也抨击了株连制度。

黑格尔称古印度的《摩奴法典》的最大特征是“刑罚随阶层卑贱而比例地增加,其他方面也都有区分”,显示了赤裸裸的不平等性。

2. 对欧洲中世纪“宗教裁判所”的刑法制度的抨击。

黑格尔指出:“宗教裁判所”那里充满“审判方面可怕的情形”。尤其对异教徒和巫人的审判和刑罚更令人发指。他揭露:肉体苦刑本来只应该施行一次,却被反复不断地滥用,直到逼着被告人经不住重刑招供才罢。在这个过程中,假若被告人昏厥过去,审判者就说这是“恶魔”给他安眠;假若有神经错乱、手足痉挛、身体抽搐等事情发生,又说是“恶魔”给了他力量,如此等等。黑格尔指出:我们只要想想,我们自己跳出这个恐怖的野蛮火坑,还没有多久的时间(迟到1780年,还有一位女巫在瑞士的格拉罗斯被当众活活地烧死呢)。^①这句话显然在于提醒人们中世纪反人道的刑法的顽固性以及人道刑法的可贵性和重要性。

上述刑法观念,是黑格尔一套刑法思想体系中重要的刑罚观点,它属于近代资产阶级的具有进步性的刑法理论。在刑罚问题上,其思想对后世的刑法理论产生了较大影响,以至于在当时的德国,形成了“黑格尔学派”^②,这就是黑格尔思辨性哲学的影响。黑格尔思辨性的刑法思想,虽然晦涩难懂,但不乏辩证法的巨大的穿透力。^③在封建统治下,黑格尔能够对专制刑法提出猛烈抨击,而且深刻有力,是非常难能

① 吕世伦:《黑格尔法律思想研究》,中国人民公安大学出版社1989年版,第92—93页。

② 【日】木村龟二主编:《刑法学词典》,上海翻译出版公司1991年版,第35—36页。

③ 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第63页。

可贵的。恩格斯指出：“黑格尔的‘思维方式有巨大的历史感作基础，形式尽管那么抽象和唯心，他的思想发展却总是与世界历史的发展紧紧地平行着’。”^①但由于历史的局限，黑格尔的犯罪理论和刑罚思想都有不完善之处，但站在当时的历史条件下看，黑格尔仍是一个伟大的刑法思想家。

① 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯全集》第13卷，人民出版社1998年版，第531页。

第二章

法官释法专题——法官适用刑法解释之认同

任何法律都离不开解释,因而法律解释问题就成为研究法律的重要问题。无论是大陆法系还是英美法系,法律解释的一个共同之处是:在民法领域,司法解释权^①在不断地扩张,甚至可以法官立法;而在刑法领域,司法解释权却被严格地限制着。我国同样也有这样的问题,目前我国大多数刑法教科书都把刑法的解释分为三种:一是立法解释,二是司法解释,三是学理解释。前两者是有权解释,后一种是无权解释。立法解释,指由立法机关所作的解释;司法解释,指由最高司法机关所作的解释。根据1981年6月10日全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》第二条规定:“凡关于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民检察院进行解释。”即有权进行司法解释的主体是最高人民法院和最高人民检察院。

然而,在司法实践中,还同时存在着另一种法律未明确授权的司法解释,即普通审判人员(法官)将一般法律规定和法院规范解释(即最高院作出的司法解释)适用于具体案件时所做的解释,我们称之为法官适用解释。法官在适用刑法过程中的解释则可称为法官适用刑法解

^① 此处的“司法解释”不同于我国所说的司法解释,包括法官在审判过程中对法律的解释在内。

释。“法律是一种阐释性的概念”，它必须要求法官在适用过程中的解释，而不是来自于立法者或其授权的有权机构的有权解释。任何权力机构的解释都只是剥夺法律帝国的王侯——法官的权力，将法官理应享有的自由裁量权通过有权解释加以控制，而控制或有意缩小法官权力的后果就是司法的弱体化、教条化。^① 笔者认为，法官的适用刑法解释是必要的存在，应当得到理论和实践界的承认。

第一节 我国尚未承认法官适用刑法解释的原因

虽然我国法官在适用刑法处理案件时对刑法进行解释是必不可少的，但是在目前我国却没有承认其地位。我国法律规定对刑法的有权解释只包括人大常委会作出的立法解释和“两高”作出的司法解释；在刑法理论界，法官适用法律中的解释同样没有被重视，但是令人欣喜的是近几年来越来越多的学者对法官在适用刑法过程中的刑法解释产生了兴趣并发表了诸多见解。笔者认为，法官适用刑法解释之所以没有被承认主要有以下几种原因：

一、罪刑法定的形式化理解

我国 1997 年修订的刑法典明确规定了罪刑法定原则，罪刑法定原则的基本含义是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”，这一原则是 18 世纪西方启蒙思想家为反对封建刑法的罪刑擅断而提出的，它的核心或宗旨是限制司法权的滥用和保障人权，它的理论基础一般认为是民主主义和保障人权，即刑法在保护社会秩序的同时也要实现保障人权的机能。罪刑法定主义包括“形式的侧面”和“实质的侧面”两方面。“法律主义、禁止事后法、禁止类推解释”是传统的罪刑法定

^① 季卫东：《法秩序的构建》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 120 页。