

主编◎刘鹏

刑事法学研究

XINGSHI FAXUE YANJIU

第八辑




贵州大学出版社
Guizhou University Press

主编◎刘鹏

刑事法学研究

XINGSHI FAXUE YANJIU

第八辑



贵州大学出版社
Guizhou University Press

图书在版编目(CIP)数据

刑事法学研究. 第八辑 / 刘鹏主编. — 贵阳: 贵州大学出版社, 2016. 11
ISBN 978-7-81126-944-4

I. ①刑… II. ①刘… III. ①刑法—法学—中国—文集 IV. ①D924.01-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第267967号

刑事法学研究(第八辑)

主 编: 刘 鹏

责任编辑: 滕 芸

出版发行: 贵州大学出版社

印 刷: 贵州思捷华彩印刷有限公司

开 本: 710 毫米×1000 毫米 1/16

印 张: 16.5

字 数: 260千字

版 次: 2016年11月 第1版

印 次: 2016年11月 第1次印刷

书 号: ISBN 978-7-81126-944-4

定 价: 48.00元

版权所有 违权必究

本书若出现印装质量问题, 请与出版社联系调换

电话: 0851-85981027

《刑事法学研究（第八辑）》编委会

□ 主 编

刘 鹏

□ 副主编

彭剑鸣 王占洲

□ 编委会成员（以姓氏笔画为序）

丁泽军 邓万飞 王 飞 王占洲 石佳宏 刘立超 李运才
宋 强 陈孝平 陈 瑶 张 雯 罗必刚 徐永忠 贾兆玉
彭剑鸣 韩德毅 潘 弘 魏 红

目 录

■ 刑法学

- 刑法谦抑性的合理控制及刑法进取性的有效延伸 | 邓 勇 | 003
- 实质解释论的合理性探析 | 刘 杰 | 009
- 关于“犯罪有益论”的批判 | 杨智婷 | 019
- 试论刑法上的“明知”包括“应知”之悖论 | 肖 宇 | 025
- 论共犯处罚根据 | 周 芳 | 033
- 我国死刑的走向 | 杨 柯 | 041
- 试论我国劳动改造制度的完善 | 王永逸 | 053
- 我国环境刑事立法生态化评析 | 王 伟 | 058
- 环境犯罪刑事司法的新视角 | 张 帆 | 067
- 以危险方法危害公共安全罪中“其他危险方法”界定研究 | 邹易材 | 077
- 析我国知识产权犯罪的原因及对策 | 林 威 | 087
- 破坏生产经营罪和故意毁坏财物罪的竞合关系探究 | 杨灵芝 | 096
- 考试舞弊行为若干问题研究 | 罗林梅 | 105
- 组织、利用邪教组织致人死亡罪的构成分析 | 王占洲 林 苇 | 114
- 挪用公款罪中反复挪用同笔公款并归还情况下数额计算问题研究 | 刘国胜 | 125
- 行贿犯罪的立法完善问题 | 王川川 | 135

■ 刑事诉讼法学

职务犯罪侦查规范化问题研究 | 廖显东 郭正元 | 145

合成侦查中单个多警种协作 | 刘 洋 | 152

我国刑事错案的成因及预防措施研究 | 林晗茜 | 165

试论暴恐犯罪活动的特征、成因及防范对策 | 刘汝宽 | 173

略论暴恐风险下警察执法权益的法律保障 | 张德英 | 183

从社会控制视角论西南地区性侵害未成年人犯罪预防 | 魏 红 | 188

浅谈中小学师源性侵害犯罪的预防 | 魏 红 孙祥淞 | 200

社会学视角下性侵害犯罪研究综述 | 耿琳琳 | 217

N 区未成年人社区矫正实证研究 | 向 丹 | 226

论竞技足球犯罪被害人的特征 | 刘 莉 | 242

贪污贿赂罪笔录制作探微 | 侯兴宇 | 250

■ 后 记

君心我心，且思且行 | 258

>>> 刑法学

刑法谦抑性的合理控制及刑法进取性的有效延伸

——兼谈刑法修正案（九）

邓 勇*

从历史的角度审视世界刑罚发展的趋势，可以发现刑法谦抑性的思想及其价值都得到足够的重视和体现。例如由两极化刑事政策带来的对严重犯罪的重刑处置和对轻微犯罪的轻缓处理即是明证。根据犯罪的发展态势及和谐社会的社会建设的目标，中国提出并践行了宽严相济的刑事司法政策，刑法的谦抑性在该刑事政策中得到较为充分的体现。随着国际国内社会经济形势的演变，刑法的谦抑性在实际运用中需要得到合理地控制，因为刑法内在的控制犯罪、处罚犯罪的要求是其根本属性，切不可因刑法谦抑性的要求而忘却了其严厉性的本质。

一、刑法谦抑性的理论基础

谦抑，意指压缩或者缩减。刑法的谦抑性，是指尽量以最小的支出，少用甚至不用刑罚措施，获取最大的社会效益。其理论基础在于：第一，刑法作为对社会关系的法律调整手段不是唯一的，刑法是人们在其他调整手段力所不及时不得已作出的最后选择；第二，我国学者陈兴良通过对法的历史考察后指出，尽管中西法律文化类型有所不同，法律发达的道路存在区别，但从历史演变过程可以看到一个共同的趋势——刑法在整个法律体系中所占比重的逐渐降低，表现为刑法

* 作者简介：邓勇，男，贵州民尚律师事务所律师。

的紧缩性^①；第三，刑法的“谦抑”含有谦虚、抑制之意，强调刑法自身向内的收敛和紧缩，而刑法的这种“内敛”本身恰恰又体现为其外在的“宽容”，故“宽容性”实乃刑法谦抑性应有价值蕴含，民主政治和“宽严相济”刑事政策要求刑法宽容；第四，刑法不可能对其应予以调整的社会关系面面俱到，刑法在抑制犯罪方面的有限性以及刑罚自身的局限性决定了刑法的不完整性，刑法的“不完整”也就是刑法自身的“不足”，而这种“不足”必然决定了刑法在调控范围和刑罚效果上的“有限性”^②；第五，犯罪是一系列复杂的社会、生理等因素的综合作用的结果，因而惩罚不能绝对地对犯罪产生威慑作用，而将资源投入到犯罪产生的根本因素（社会的、经济的、生理的等）中可能效果会更好。因此，刑法应该讲究经济性，即以最少的刑法资源投入，获取最大的刑法效益。

二、刑法谦抑性与进取性的对立性比较

刑法进取性是相对于刑法谦抑性而提出来的。从特征和形式上看，刑法谦抑性和进取性有着明显的对立性：1. 运动方向相反；2. 前者在结构上强调法网的收敛和紧缩，后者注重法网的扩展和延伸；3. 前者讲究立法技术上的规范性以及同其他法律法规的协调性，后者突出刑法的政策性和对环境的适应性；4. 前者的价值侧重于公民自由的保护和公正价值体现，而后者侧重于社会安全和效益价值。

这些特征综合反映出刑法本质上的差异：刑法谦抑性既倾向于公民权利的保护，体现保障人权的基本目的，又要限制国家的刑罚权，而刑法进取性则倾向于国家安全和社会利益的保护，强调刑罚在社会管理中的制裁功能^③。

三、刑法谦抑与进取性的协调统一性

刑法谦抑性与进取性是刑法自身内在的一对矛盾，但二者具有协调统一性。二者协调统一的法理依据是刑法的本质属性即刑法不得已性，即只有在民法、行

① 陈兴良. 刑法的价值构造[M]. 北京：中国人民大学出版社，1998.

② 张颖杰，等. 刑法谦抑性之价值蕴含[J]. 海南大学学报（人文社会科学版），2006（4）：557-563.

③ 邓勇，等. 转型社会视野下刑法谦抑性与进取性的辩证关系[J]. 法制与经济，2014（1）.

政法等前置法或者其他规范的制裁力量缺位、无效或者低效的情况下才能动用刑法。社会转型期所伴随的复杂的社会关系的调整要求刑法必须具有进取性，以保证刑罚权的合理运行和有效制约得以实现。

惩罚犯罪与人权保障相互协调平衡，才能最大程度、最有效地实现刑法的最佳效益，这是刑事一体化的目的，也是和谐社会刑事发展的一项目标。刑事法律的相关规定精神与非犯罪化、轻刑化、刑罚轻缓化政策，体现了“以人为本，构建和谐社会”的价值意蕴。但不乏对暴恐犯罪活动、破坏环境资源、危害食品安全等与民生息息相关的领域及时惩处的进取精神，显示出刑法谦抑与进取的协调应用。宽严相济的刑事政策以及犯罪自身规律决定了刑事政策是刑法谦抑性与进取性的统一。我国当前处于社会转型时期，社会转型过程中贫富悬殊，利益主体多元化，因而各种社会矛盾与冲突十分激烈，犯罪也呈现出高发的态势。但如果一味地强调严刑峻法是解决不了当前存在的犯罪问题的，要顺应犯罪自身的发生规律，对不同的犯罪采取不同的处理措施，才能尽可能地将犯罪控制在社会所能容忍的限度之内。

四、刑法谦抑性与进取性的辩证关系在刑法修正案（九）中的体现

刑法谦抑性理论体现了刑法的指导思想、性质和基本精神，对整个刑事立法、司法具有全方位指导功能，也成为刑法解释的指导工具。刑法修正案（九）在坚持宽严相济的刑事政策的基础上，明显凸显出刑法谦抑性的合理控制及进取性有效延伸的特征。

（一）充分体现了惩罚犯罪与保障人权并重的指导思想

刑法修正案（九）减少适用死刑罪名。在刑法修正案（八）的基础上再减少9个适用死刑的罪名，取消后适用死刑的罪名减少到46个。刑法修正案（九）减少的9个死刑罪名分别是：走私武器、弹药罪、走私核材料罪、走私假币罪、伪造货币罪、集资诈骗罪、组织卖淫罪、强迫卖淫罪、阻碍执行军事职务罪、战时造谣惑众罪等。逐步减少死刑并控制死刑的适用，是符合国际趋势的做法，体现了宪法关于“尊重和保障人权”的精神，也是落实十八届三中全会关于逐步减少死刑罪名的改革任务。

(二) 医闹、袭警、替考、虐童等一系列曾引发舆论关注的违法行为,被正式纳入刑法制裁的范畴,突出凸显刑法的进取性

1. 严惩暴恐犯罪活动犯罪。在2001年12月29日通过的刑法修正案(三)修改与暴恐犯罪相关的八个条文及增加资助恐怖犯罪活动罪的基础上,为加大打击力度,再次将刑法第120条进行修改,增加财产刑,扩大犯罪圈,增加罪状,将刑法第120条之一的“资助恐怖活动罪”修改为“帮助恐怖活动罪”,并在此之后增加五条,将多种行为规定为犯罪:(1)刑法第120条之二(准备实施恐怖活动罪)引用西方风险刑法理论,将法益保护早期化,把准备活动实施的准备行为规定为实行行为。成为刑法典中一个独立预备罪,规定了独立的法定刑。即将为实施恐怖活动准备凶器、危险物品或者其他工具的、组织恐怖活动培训或者积极参加恐怖活动培训的、为实施恐怖活动与境外恐怖活动组织或者人员联络的、为实施恐怖活动进行策划或者其他准备的行为入罪;(2)第120条之三(宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪)增加规定以制作资料、散发资料、发布信息、当面讲授等方式或者通过音频视频、信息网络等宣扬恐怖主义、极端主义,或者煽动实施恐怖暴力活动的犯罪;(3)第120条之四(利用极端主义破坏法律实施罪)增加规定利用极端主义煽动、胁迫群众破坏国家法律确立的婚姻、司法、教育、社会管理等制度实施的犯罪;(4)第120条之五(强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪)增加规定以暴力、胁迫等方式强制他人在公共场所穿着、佩戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志的是犯罪;(5)第120条之六(非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪)增加规定持有宣扬恐怖主义、极端主义的物品、图书、音频视频资料的犯罪。更加强打击暴恐刑法加大对恐怖主义活动的打击力度,与正在制定的反恐怖主义法相协调,通过法律的系统性强化,对遏制恐怖主义、极端主义活动将起到更积极的作用。另一方面,把与恐怖活动相关的活动纳入恐怖犯罪,也符合当前反恐斗争的实际。

2. 扩大犯罪圈,加强人身权利保护,扩大强制猥亵妇女罪使用范围,收买妇女儿童一律作犯罪评价。(1)修改强制猥亵、侮辱妇女罪、猥亵儿童罪,扩大适用范围,同时加大对情节恶劣情形的惩处力度;(2)修改收买被拐的妇女、儿童罪,对于收买的妇女、儿童的行为一律入罪,加重处罚力度,更有力保护妇女儿童;

(3) 增加规定对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人虐待被监护、看护的人,情节恶劣的,处三年以下有期徒刑或者拘役;(4) 取消了嫖宿幼女罪,对这类行为适用刑法关于奸淫幼女的以强奸论、从重处罚的规定。

3. 维护信息网络安全,进一步加强公民个人信息保护。(1) 修改出售、非法提供因履行职责或者提供服务而获得的公民个人信息犯罪的规定,扩大犯罪主体的范围,同时,增加规定出售或者非法提供公民个人信息是犯罪;(2) 增加规定:网络服务提供者不履行网络安全管理义务,经监管部门通知采取改正措施而拒绝执行,致使违法信息大量传播的,致使用户信息泄露,造成严重后果的,或者致使刑事犯罪证据灭失的,严重妨害司法机关追究犯罪的,追究刑事责任;(3) 增加规定:明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传媒等技术支持,或者提供广告推广、支付结算等帮助,情节严重的,追究刑事责任;(4) 修改扰乱无线电通讯管理秩序罪,降低构成犯罪门槛;(5) 增加规定编造、传播虚假信息的是犯罪;(6) 对单位实施侵入、破坏计算机信息系统犯罪规定了刑事责任。

(三) 体现刑法谦抑性与进取性的辩证统一

1. 从全面反映具体犯罪的社会危害性,根据罪刑相当原则,删除对贪污受贿犯罪规定的具体数额,原则规定数额较大,或者情节严重、数额巨大或者情节特别严重三种情况,相应规定三档刑罚,并对数额特别巨大,并使国家和人民利益遭受特别重大损失的,保留适用死刑。对被判死缓的贪污罪犯可以采取终身监禁的规定,既适应慎用死刑、减少死刑的趋势,又能打消一些贪污罪犯通过不当减刑提前出狱的念头,维护司法公正。对重大贪污犯罪规定“终身监禁”。

2. 加大对行贿罪的处罚力度,完善行贿犯罪财产刑的规定,进一步严格对行贿罪从宽处罚的条件。将“行贿人在被追述前主动交代行贿行为的,可以减轻处罚或者免除处罚”的规定修改为“行贿人在被追述前主动交代行贿行为的,可以从轻或者减轻处罚”。其中,犯罪较轻的,对侦破重大案件起到关键作用的,或者有重大立功表现的,可以减轻或者免除刑罚。增加规定:利用国家工作人员的影响力谋取不正当利益,向其近亲属等关系密切人员行贿的是犯罪。严格规定行贿罪从宽处罚条件。

3. 修改伪造、变造居民身份证的犯罪规定,将证件的范围扩大到护照、社会保障卡、驾驶证等证件;同时将买卖居民身份证、护照等证件的行为以及使用伪造、变造的居民身份证、护照等证件的行为规定为犯罪。增加规定组织考试作弊等犯罪,虚假诉讼严重妨害司法的是犯罪。

4. 切实加强社会治理,危险驾驶应追究刑责,危险物品肇事需严惩:(1)修改危险驾驶罪,增加危险驾驶应当追究刑责的情形;(2)修改抢夺罪,将多次抢夺的行为规定为犯罪;(3)将生产、销售窃听、窃照专用器材的行为规定为犯罪;(4)将多次扰乱国家机关工作秩序,经处罚后仍不改正,造成严重后果的行为和多次组织、资助他人非法聚集,扰乱社会秩序,情节严重的行为规定为犯罪;(5)修改完善组织、利用会道门、邪教组织破坏法律实施罪,加大对情节特别严重行为的惩治力度,同时对情节较轻的规定相应的刑罚。

5. 保障人民法院依法独立公正行使审判权、完善刑法相关规定。具体体现为:(1)将司法工作人员、辩护人、诉讼代理人或者其他诉讼参与人、泄露依法不公开审理的案件中不应当公开的信息,造成信息公开传播或者其他严重后果的行为,规定为犯罪;(2)修改扰乱法庭秩序罪,在原规定的聚众哄闹、冲击法庭、殴打司法工作人员等行为的基础上,将殴打诉讼参与人以及侮辱、诽谤、威胁司法工作人员或者诉讼参与人,不听法庭制止等严重扰乱法庭秩序的行为,规定为犯罪;(3)进一步完善拒不执行判决、裁定罪的规定,增加一档刑罚,并增加单位犯罪的规定。

五、结语

在刑事立法过程中,刑法谦抑性体现为犯罪圈的合理控制。对刑法谦抑性理念的贯彻和践行主要围绕着“非犯罪化”“非刑罚化”及“轻刑化”和“轻缓化”等方面进行。但是,在社会转型时期,经济社会关系出现了更为复杂的情况,不采取更为严厉的刑罚措施是无法满足社会治理的需要,要保证社会经济正常发展,有必要在一定范围内合理控制刑法谦抑性,延伸刑法进取性,刑法修正案(九)正凸显出刑法谦抑性的合理控制及进取性的有效延伸,刑法谦抑性和进取性互动关系值得关注。

实质解释论的合理性探析^{*}

刘 杰^{**}

刑法学理论界及实务界对形式解释论与实质解释论所持立场不一，而刑法解释作为对刑法规范含义的阐明以及对相关刑法概念术语定义之说明，涉及的是刑法具体条文用语微观层面的含义阐释，形式解释论或者实质解释论的采纳，事关刑法学理论界刑法观立场的秉持及司法实务界具体裁判结果的公正与否。本文对解释论进行讨论。

一、形式与实质解释论论争的提出

作为我国刑法学界研究刑法解释立场问题的论争，形式解释论与实质解释论间的争论较早源于张明楷教授于2002年所著的《刑法的基本立场》一书，该书第三章以“构成要件论：形式及实质的解释论”为章名，明确地提出刑法解释的相关立场。虽然只是在介绍大陆法系国家德日有关构成要件的形式与实质解释论之争论，但引起了中国刑法学界对于形式与实质解释论的本土化争议，并且形成了各自的主张者、观点及著作。

与大陆法系国家构成要件符合性层面意义上的形式与实质解释论的产生顺序不同，我国刑法中的实质解释论产生在先，最早可以追溯到张明楷教授在《犯罪

^{*} 本文是2013年贵州省教育厅研究生教育教学改革重点课题：《贵州高层次刑事法律人才创新培养模式研究与实践》（项目编号：黔教研合JG字[2013]002）的阶段性研究成果。

^{**} 作者简介：刘杰，贵州大学法学院助教。研究方向：刑事法学。

论原理》(1991版)中有关实质解释概念的阐释及提出。形式解释论是在批判实质解释论基础上产生与发展的,并在形式刑法观与实质刑法观论争的背景下,二者间的论争不断向广度以及深度发展,尤以2010年张明楷教授和陈兴良教授在《中国法学》第4期中发表的《实质解释论的再提倡》以及《形式解释论的再宣示》两文为典型代表,论争呈现白热化态势。

形式解释论者以陈兴良教授、邓子滨教授及王昭振教授等为代表,实质解释论者则以张明楷教授、刘艳红教授、魏东教授、苏彩霞教授及李立众副教授等为代表。形式解释论与实质解释论论争起点主要着眼于刑法条文用语的字面含义,形式解释论意指以刑法字面含义为限度,强调刑法概念体系的内在封闭性与尊重刑法规范的字面含义、注重以概念为基础得出相关结论的解释论,而实质解释论则意指以变化之情势及目的来发现及探寻刑法规范的意义及目的的解释论;^①有学者则进一步指出,形式解释论是指对刑法条文所进行的字面、形式与逻辑的解释,并对法官持有的有关刑法解释的实质与价值判断予以排除的理论,而实质解释论则指的是以值得刑罚处罚合理性及必要性为基点,对刑法进行实质的解释,而非价值无涉的形式解释的理论。^②基于此,形式解释论以刑法字面含义为限,主张对刑法进行字面的、逻辑的、价值无涉的、形式的解释,而实质解释论则主张对刑法进行价值的、合目的的、实质的解释。

二、形式与实质解释论对立点分析

刑法解释作为刑法适用的基本路径,只有凭借对刑法规范文本意蕴的理解、解释以及适用才可使文本所含意蕴得以凸显。^③刑法解释作为对刑法条文用语具体含义的阐释,在适用中贯穿整个刑法体系内容,而有关刑法解释立场的形式解释论与实质解释论论争的内容固然涵盖刑法体系的大部分内容,主要包括罪刑法定原则、立法权与司法权限制、社会危害性理论、构成要件、刑法解释方法及其

① [德]阿图尔·考夫曼,温弗里德·哈斯默尔主编.当代法哲学与法律理论导论[M].郑永流,译.法律出版社,2002:158.

② 苏永生.文化的刑法解释论之提倡——以“赔命价”习惯法为例[J].法商研究,2008(5).

③ 梁根林.罪刑法定视域内的刑法适用解释[J].中国法学,2004(3).

他层面的具体争论。

（一）罪刑法定原则及立法权与司法权限制层面

在罪刑法定原则层面，实质解释论者主张对刑法进行实质解释不违反罪刑法定原则，并能满足国民预测可能性要求，追求实质公正，并无损刑法安定性；^①而形式解释论则认为，实质解释论以是非、善恶、爱憎等“心术”的标准代替法律的规范要求及评价标准，有违起码法律规定。^②此外，对“实质有必要予以刑罚处罚，但是欠缺刑法形式意义上明确规定的行为”，实质解释论者主张采纳不违背民主主义及国民预测可能性内容基础上的扩大解释予以处理，而形式解释论者则主张因其无刑法的明确规定而予以排除在犯罪之外的处理。

就立法权与司法权限制层面而言，实质解释论者主张实质解释论关注罪刑法定原则形式侧面及实质侧面两方面的内容，不仅能限制司法权，而且能进一步限制立法权；^③形式解释论者则认为，采用形式解释论立场，明确刑法规范中含有的立法原意，有利于立法权有效制约司法权，防止司法擅断。^④换言之，形式解释论者认为实质解释论可能导致司法机关在刑法适用过程中，滥用无刑法明确规定的实质要素对相关行为定罪处刑，从而致使司法权的滥用。

（二）社会危害性理论及构成要件层面

在社会危害性理论层面，实质解释论者认为，根据构成要件而认定的犯罪必然都是具备应受刑罚处罚性且具有社会危害性的行为，这防止了对于不必要行为的处罚，彰显了犯罪的实质性特征；^⑤而形式解释论者则主张，实质解释论者以社会危害性作为判断犯罪与否的标准，具有机会主义及过于实用主义特性，并显示出没有逻辑规则之诡异，而应将刑事违法性视作判定行为犯罪与否的标准，对刑法保持谦逊态度。^⑥

① 吴林生. 罪刑法定原则视野下实质解释论之倡导[J]. 中国刑事法杂志, 2009(1).

② 杨兴培. 刑法实质解释论与形式解释论的透析和批评[J]. 法学家, 2013(1).

③ 张明楷. 实质解释论的再提倡[J]. 中国法学, 2010(4).

④ 王昭振. 刑法解释立场之疑问: 知识谱系及其法治局限[J]. 环球法律评论, 2010(5).

⑤ 苏彩霞. 实质的刑法解释论之确立与展开[J]. 法学研究, 2007(2).

⑥ 杨兴培. 刑法实质解释论与形式解释论的透析和批评[J]. 法学家, 2013(1).