

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

学术顾问 高铭暄 王作富

编委会主任 戴玉忠



●刘明祥 田宏杰 主编

刑事法探究

Research on Criminal Law

(第三卷)



中国人民公安大学出版社

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

学术顾问 高铭暄 王作富

编委会主任 戴玉忠

刑事法探究

(第三卷)

刘明祥 田宏杰 主编

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法探究. 第3卷 / 刘明祥, 田宏杰主编. ——北京: 中国人民公安大学出版社, 2009. 12

ISBN 978 - 7 - 81139 - 850 - 2

I. ①刑… II. ①刘…②田… III. ①刑法 - 文集 IV. ①D914. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 232642 号

刑事法探究 (第三卷)

Research on Criminal Law (3)

刘明祥 田宏杰 主编

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

经销: 新华书店

印刷: 北京市泰锐印刷厂

版次: 2009 年 12 月第 1 版

印次: 2009 年 12 月第 1 次

印张: 30

开本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字数: 554 千字

印数: 1 ~ 2000 册

书号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 850 - 2/D · 696

定价: 62.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

刑 事 法 探 究

编辑委员会

学术顾问：高铭暄 王作富

编委会主任：戴玉忠

成 员 （以姓氏笔画为序）：

冯 军 田宏杰 朱文奇 刘明祥

张小虎 肖中华 何家弘 陈卫东

赵晓耕 黄京平 韩玉胜 谢望原

主编助理：付立庆

主 编 絮 语

2009年又是不平凡的一年。

备受关注的“躲猫猫”事件、习水嫖宿幼女案、邓玉娇刺死官员涉嫌故意杀人案、成都“6·5”公交车特大放火案、乌鲁木齐“7·5”打砸抢烧严重暴力犯罪事件……这些林林总总的事件，折射了中国刑事法治的曲折历程。我们期盼《刑事法探究》能与中国刑事法治一起成长。

在经过一年多的总结、调整、征稿、选稿和编辑工作后，《刑事法探究》第三卷和大家见面了。与第二卷相比，本卷在栏目设置上略有调整，增设了一个【专题研讨】栏目。同时考虑到，“只了解一个国家的人，实际上一个国家也不了解”，“不考察一个国家与其他国家的区别，是不可能真正了解这个国家的”，所以本卷又恢复了第一卷中的【域外追踪】栏目，力争使其成为了解其他国家刑事法治的对外窗口。具体而言，本卷共设置了7个栏目，分别是【专题研讨】、【学科前沿】、【司法改革】、【理论探索】、【实务观察】、【域外追踪】和【名家讲座】。

环境刑法是我国刑法的重要组成部分，是我国环境保护事业的保障法。环境刑法学将成为我国刑事法学中一个最有发展前景的新兴的分支学科。为落实科学发展观，强化环境刑法的功能，促进刑法与环境法的学术互动与发展，推动我国环境保护事业的发展，中国人民大学刑事法律科学研究中心于2009年4月4日举办了“和谐社会语境下的环境刑法”学术研讨会，韩国青州大学法学院的刑事法学者也出席了本次研讨会。本次研讨会共收到60余篇具有较高水准的学术论文，我们从中选取了具有一定代表性的5篇，收录于本卷【专题研讨】

中。刘之雄教授提交的《环境刑法的整体思维与制度设计》一文，从环境问题的特点与环境刑法的特质出发，运用整体思维对环境刑法的法益及环境危害行为的可罚性评价进行了深入分析，并以整体思维对当前学界激烈讨论的严格责任原则和危险犯问题进行了评价，提出了自己的观点。文章视角独特，分析到位，逻辑性强。江西省社会科学院副研究员曾明生的《中国环境刑法的立法理性刍议》一文，从立法理性这一独特视角，对中国关于环境犯罪的立法目的进行了多层次的评论，同时，还对环境犯罪的刑法条文分别从合规律性、科学性和教育性三个角度进行了深入分析。文章视角新颖，分析深入，值得一读。中国人民大学法学院博士生张苏在《环境刑法行政从属性辩证及完善之路径》一文中，对环境刑法的行政从属性这一特性进行了细致的梳理，同时阐明自己的立场并进行论证，还就中国环境刑法行政从属性的完善提出了若干有针对性的建议。文章思路清晰，论证较为充分。土地是人类赖以生存的重要资源，近年来，非法出租集体土地使用权的行为大量存在，而学界和司法实务部门对于该行为是否需要刑法介入以及如何介入，存在很大争议。浙江省宁波市人民检察院副检察长张利兆博士在《对集体土地使用权非法出租行为的刑法惩治》一文中，对非法出租集体土地使用权的行为进行了深入分析并提出了自己的观点，认为该行为不能以“非法转让土地使用权罪”论处，但可构成“非法占用农用地罪”（共犯）。文章立足于司法实践，视野开阔、资料翔实、论证充分有力。最高人民法院法官刘树德博士的《非法采矿罪案解》一文，结合大量司法案例，对非法采矿罪的行为要件、对象要件和罪数问题进行了深入、翔实的分析。文章思路清晰、论证充分。

在【学科前沿】栏目中，中国人民大学博士后研究人员雷小政的《法律实证研究的风险管理》一文，运用现代社会风险管理的原理，对如何防范法律实证研究与法律、政治和社会等外部环境的冲突，如何避免法律实证研究在中国水土不服，或者出现有害方案等问题，作

了深入系统的研究和解答，给人以耳目一新的感觉。贵州民族学院院长吴大华教授、王飞讲师的《刑罚权的定位缺陷与调整契机——以和谐社会中被害人权利保障为视角》一文，从一个新的视角，提出和谐社会的刑事法要树立“和谐法治观”，刑罚权应尽最大可能实现人权保障，特别是重视仍处于边缘化的刑事被害人的人权保障。并且认为，日益盛行的突出关注被害人人权保障的恢复性司法和刑事和解，为刑罚权正当化的调整提供了契机。

在【司法改革】栏目中，北京市东城区人民检察院副检察长温长军、助理检察员李斌博士的《量刑建议规范化之探索——基于北京市量刑建议试点工作的考察》一文，采用实证研究的方法，通过对北京市各个试点检察院（包括一部分非试点检察院）量刑建议工作推行情况的考察，分析其在运行中存在的问题和不足，并从宏观和微观的角度，对完善量刑建议工作机制提出了具体的意见，为量刑建议工作的深入推进指明了可行的路径。

【理论探索】栏目是一个思想集散地，主张“百家争鸣”，倡导刑法立场的形成。最高人民法院刑二庭法官牛克乾博士在《中国规范性刑法解释的历史与现状》一文中，对新中国成立以来我国规范性刑法解释的历史与现状进行了详细的述评。在指出问题的同时，也提出了若干解决问题的方案。郝如建的《犯罪构成理论的再认识——被害人视角的导入》一文，从一个新的视角对犯罪构成理论进行反思，提出被害人及其行为属于犯罪构成的重要组成部分，不能忽视。文中的许多观点颇有新意，读后将会给人以启迪。华东理工大学法学院贾彬教授在《故意犯罪第三种形式——以滥用职权罪主要罪过形式为论证基点》一文中，提出将“必然故意”作为直接故意、间接故意之外的第三种故意形式。虽然该观点值得商榷，但作者勇于创新的精神值得我们学习，并且会给我们以有益的启示。司法部预防犯罪研究所副研究员陈雄飞博士在《论情节加重犯》一文中，对情节加重犯的事实认定、法律归属、特定犯罪形态、立法模式等基本问题进行了若干有益

的探索，文章视野开阔、分析深入，值得研读。中国人民大学博士研究生陈山在《比较法视野下的法条竞合》一文中，以比较法为视野，对学界争议颇大的法条竞合问题进行了深入的探讨。文章思路开阔、旁征博引、资料翔实，反映了作者扎实的学术功底与严谨的治学态度。中国政法大学法律心理学研究所所长马皑副教授的《犯罪人的人性与其特性》一文，从犯罪学和犯罪心理学的角度，对犯罪人的人性与其特性作了深层次的探讨，将会给读者以深刻的启示。司法部预防犯罪研究所助理研究员葛向伟的《中国少年犯罪预防保护体系建设》一文，提出针对少年犯罪应当建立三级预防保护体系，并以此为框架，从少年犯罪预防保护工作的机构设置、法律框架、具体内容等三个方面梳理了中国少年犯罪预防保护体系的建设情况，在此基础上提出了一些颇有价值的完善相关立法和司法的建议。

【实务观察】栏目共选取了5篇文章。其中，电子证据作为高科技产物，其与计算机、网络系统有着紧密联系并存在诸多不同于传统证据的特点，这些特点对电子证据的取证产生了多方面的影响。北京市东城区人民检察院检察长姜云生、检察官张云泉的《电子证据的取证及鉴定研究——从电子证据的特点出发》一文，从电子证据的自身特点入手，对电子证据的取证及鉴定进行了深入研究，为电子证据的立法及其在司法实践中的应用奠定了理论基础。中国人民大学刑事法律科学研究中心田宏杰教授的《侵犯商业秘密罪的规范解读和司法适用》一文，对侵犯商业秘密罪的罪过形式、商业秘密的范围界定、侵犯商业秘密造成“重大损失”的认定等理论和实践中颇有争议的问题作了深入细致的研究，提出了富有创意的主张，值得一读。轮奸是强奸罪的一种严重情节，刑法学界与实务界对轮奸行为是否有未完成形态以及如何认定，一直存有争议。沈玉忠博士在《轮奸行为未完成形态之探究》一文中对该问题进行了深入研究，得出的结论是：轮奸行为不仅存在着未完成形态，而且在轮奸过程中一人既遂的情况下，对于奸淫未成者或者放弃者同样成立犯罪未遂或者中止。在目前《个人

信息保护法》缺位的情况下，刑法先行一步，在最近颁布的《刑法修正案（七）》中增设了出售、非法提供公民个人信息罪和非法获取公民个人信息罪，这对保护公民个人信息无疑具有重要意义。但是，对于危害公民个人信息犯罪的保护法益、主体范围、行为方式以及对“情节严重”的理解，理论界和实务界尚存较大争议。中国人民大学刑事法律科学研究中心的博士生曹菲的《公民个人信息的刑法保护》一文，对这些新的问题作了有益的探讨。《食品安全犯罪的刑事规制》的作者马渊杰是中国人民大学法学院博士研究生，也是最高人民法院一名法官，其文章探讨了食品安全刑事法律保护的规范体系及其与非刑事法律保护的关系，并结合“苏丹红”、“三鹿奶粉”、“阜阳奶粉”等食品安全事故，研究了相关法条的法律适用和有关犯罪的刑事责任问题，重点对食品安全生产经营、风险监测、预警控制的刑事规制作了初步的梳理。

在【域外追踪】栏目中，共选用了3篇文章。其中，《英国的社区刑制度及其实践》一文是全国人大法工委刑法室黄太云副主任及黄永博士，于2005年底至2006年初赴英国对社区刑制度进行专门研究和考察后的成果。作者用近3万字的篇幅对英国社区刑制度及其实践情况进行了详尽地描绘，对我国刑罚观念的变革及社区刑制度的构建具有重要参考价值。受刑人的法律地位是监狱行刑的最基本问题之一，日本一桥大学法学院教授王云海在《受刑人法律地位比较研究》一文中，先对“受刑人的法律地位”进行阐述，然后对英美法系、大陆法系和我国法律中“受刑人的法律地位”进行了深入的比较分析，有助于我们反思我国的立法和司法现状。近年来，虽然前苏联刑法对我国的影响不如以前，但俄罗斯的相关刑法制度仍可成为我国法制建设的重要参考。基于此，我们选用了由潘效国博士翻译的《俄罗斯联邦犯罪被害人权利保护问题——俄罗斯联邦人权全权代表机关专题报告》，希望对目前学者们探讨的犯罪被害人权利保护问题有所启迪。

在【名家讲座】栏目中，选登了一篇讲演稿，是德国马克思普朗

克外国与国际刑法研究所博士研究生王莹翻译的、汉斯-约格·阿尔布莱希特教授撰写的《比较法角度与国际视野下的量刑问题——国际量刑与刑法比较：我们所知的以及我们所需知的》一文。阿尔布莱希特教授是德国刑法学界的一流学者，该文是他在中国人民大学刑事法律科学研究中心作学术演讲时的讲稿。该文对世界各国的量刑问题进行了比较，对于研究我国的量刑问题大有裨益。

至此，《刑事法探究》已经出版了三卷，但仍然只是一个初生婴儿，需要精心呵护和大力扶持。在此，我们真心希望刑法学界和实务部门的有志之士不吝赐稿，为繁荣刑事法制建设建言献策。

目 录

主编絮语	(1)
------------	-------

◇ 【专题研讨】 ◇

环境刑法的整体思维与制度设计	刘之雄 (3)
中国环境刑法的立法理性刍议	曾明生 (13)
环境刑法行政从属性辩证及完善之路径	张 苏 (31)
非法采矿罪案解	刘树德 (43)
对集体土地使用权非法出租行为的刑法惩治	张利兆 (55)

◇ 【学科前沿】 ◇

法律实证研究的风险管理	雷小政 (69)
刑罚权的定位缺陷与调整契机 ——以和谐社会中被害人权利保障为视角	吴大华 王 飞 (88)

◇ 【司法改革】 ◇

量刑建议规范化之探索 ——基于北京市量刑建议试点工作的考察	温长军 李 斌 (115)
--	---------------

目 录

◇【理论探索】◇

- 中国规范性刑法解释的历史与现状 牛克乾 (137)
- 犯罪构成理论的再认识
——被害人视角的导入 郝如建 (161)
- 故意犯罪第三种形式
——以滥用职权罪主要罪过形式为论证基点 贾 彬 (176)
- 论情节加重犯 陈雄飞 (187)
- 比较法视野下的法条竞合 陈 山 (215)
- 犯罪人的人性与其特性 马 皑 (237)
- 中国少年犯罪预防保护体系建设 葛向伟 (266)

◇【实务观察】◇

- 电子证据的取证及鉴定研究
——从电子证据的特点出发 姜云生 张云泉 (291)
- 侵犯商业秘密罪的规范解读和司法适用 田宏杰 (327)
- 轮奸行为未完成形态之探究 沈玉忠 (340)
- 公民个人信息的刑法保护 曹 菲 (352)
- 食品安全犯罪的刑事规制 马渊杰 (366)

◇【域外追踪】◇

- 英国的社区刑制度及其实践 黄太云 黄 永 (387)
- 受刑人法律地位比较研究 王云海 (415)

目 录

俄罗斯联邦犯罪被害人权利保护问题

——俄罗斯联邦人权全权代表机关专题报告 潘效国译 (429)

◇ 【名家讲座】 ◇

比较法角度与国际视野下的量刑问题

——国际量刑与刑法比较：我们所知的以及我们所需知的

【德】汉斯-约格·阿尔布莱希特著 王 莹译 (447)

征稿启示 (461)

【专题研讨】

环境刑法的整体思维与制度设计

刘之雄*

内容摘要：环境问题具有环境危害的普遍性、副产品性、累加性和长期性、高科技背景下的决策风险性以及多元利益冲突下的决策权衡性等五个特点；环境刑法的特质表现在三个方面：高度的科技依赖性、高度的环境政策从属性、高度的行政依附性。环境刑法要确立整体思维，从环境刑法在环保制度体系中的定位、环境刑法与环境行政法的关联、国家的基本刑事政策背景、环境刑法的犯罪学视野四个维度展开。我国环境刑法没有必要采用严格责任原则，在环境刑法中规定危险犯并不可行。

在环境问题日趋严峻、环保呼声日益高涨的当今社会，如何更好地发挥刑事法律在环保领域的作用，受到学界的高度关注，环境刑法中的诸多理论问题成为近年来国内学界热议的话题。诸如环境刑法的法益保护范围，环境犯罪的责任原则，环境犯罪的犯罪构成类型，环境犯罪的因果关系判断等问题，学界已有较深入的研究；但其中的某些倾向也令人担忧，譬如热衷于概念引进、理念创新，过分强调加大环境领域的刑罚制裁力度等，而有针对性的全方面的思考相对不够。鉴于此，本文从环境问题及环境刑法的特质出发，尝试运用整体思维分析环境刑法中的某些理念与制度设计，权且作为对于涉足环境刑法研究的学界同仁在理论探索中的一种提醒。

一、环境问题及环境刑法的特质与环境刑法的整体思维

作为应对环境问题的刑法，环境刑法既是国家刑事法律体系的组成部分，又是国家环境法律制度体系的组成部分。因此，对环境刑法的研究不仅要置于整个刑事法体系的视野下，遵循刑法的基本原理和国家的刑事政策，而且应置于整个环境政策、法律体系的背景中，充分体认环境问题的特点以及环境刑法的特质，用整体思维来看待环境刑法的理念创新及其制度设计。

* 刘之雄，中南民族大学法学院教授，副院长。

（一）环境问题的特点

有学者总结了环境问题的两项特质：（1）高度科技背景与决策风险；（2）广度利益冲突与决策权衡。^① 借鉴这一认识并予以补充，笔者认为环境问题的特点至少应从以下几方面去认识：

1. 环境危害的普遍性

环境问题普遍存在于当代人类生活中。人类的生产乃至日常生活无时无刻不在产生环境问题。无论当代人类的环保意识如何，人类繁衍的规模及其生活方式都决定了其产生的垃圾必然超出生态系统的自净化能力而对生态平衡产生负面影响，并反过来影响人类的生存状况。就此而言，人类的每个成员都在参与环境污染。但人类不可能因此而停止生产、生活与繁衍。这意味着我们必须面对环境问题，允许一定程度的环境危害，而不可能将所有危害环境的行为纳入法律规制的范围。这种状况既决定了环境法律规制范围的有限性，也决定了刑事法领域在环境问题的归责上区分允许的风险与禁止的风险的必然性及高度政策性。

2. 环境危害的副产品性

环境危害是人类不断发展、不断竞争、不断扩展生活领域的伴生物，生产领域的环境危害是人类谋求经济发展付出的成本与代价。从这个意义上说，环境危害通常是人们为社会提供有益产品过程中的一种副产品。因此，环境危害行为同传统意义上的危害行为不同，不是一种纯粹的危害，不是为了危害而危害，而往往是与有益相伴生的危害，具有二重性。这是我们在评价环境危害行为的危害性及社会非难性时应予注意的。

3. 环境问题的累加性和长期性

环境问题通常不是一时一事所造成的，而往往是较长时间内众多因素累积的结果。故环境污染所造成的问题在一段时间以内难以完全掌握和了解，只有通过长期的观察和数据积累，才能得出比较科学的结论。例如，温室效应就和工业化以来温室气体的排放息息相关，而煤炭、石油、天然气等能源消费正是产生温室气体的最主要来源。^② 环境问题所具有的累加性和长期性，意味着环境影响评估的困难性以及环境危害在原因上的复杂性。

4. 高科技背景下的决策风险性

环境问题通常涉及高度的科技背景。许多环境上的危害行为或产品往往是在经年累月后才被发现。例如，在对臭氧层探测尚未发布前，人们根本无法体会用

^① 参见叶俊荣著：《环境政策与法律》，中国政法大学出版社2003年版，第133～135页。

^② 参见杨凯：《环境问题的特点与环境政策的优化》，载《世界经济情况》2008年第3期。