

江平



与法治同行

田文昌论文选集

田文昌 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

江平



与法治同行

田文昌 著

田文昌论文选集



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

与法治同行:田文昌论文选集 / 田文昌著. —北京:法律出版社,2017.5

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0452 - 0

I. ①与… II. ①田… III. ①法治—中国—文集
IV. ①D920.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 002906 号

与法治同行

——田文昌论文选集

YU FAZHI TONGXING

——TIANWENCHANG LUNWEN XUANJI

田文昌 著

策划编辑 何海刚

责任编辑 何海刚

装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 中煤(北京)印务有限公司

责任校对 晁明慧

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 25

字数 411 千

版本 2017 年 5 月第 1 版

印次 2017 年 5 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0452 - 0

定价:118.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



田文昌

北京市京都律师事务所创始合伙人、名誉主任，60年代高中老三届知青。少年时期酷爱音乐，却数次与艺术院校擦肩而过，无缘成为音乐人。“文革”结束恢复高考后，阴差阳错破格考入西北政法大学攻读法学硕士，1983年硕士毕业后到中国政法大学任教，不经意间成了一名法律人。

从教十几年，渐入佳境，已将教学与科研视为己任。又在近天命之年与自己心爱的学生们洒泪而别，半推半就地迈进了专业律师行业，由教授兼律师转为律师兼教授。现为中华全国律师协会刑事业务委员会主任和多所大学兼职教授、美国刑事辩护律师协会终身荣誉会员。

主要著作：《刑罚目的论》、《律师与法治》、《中国大律师辩护词代理词精选：田文昌专辑》（一、二、三辑）、《刑事诉讼：控、辩、审三人谈》（合著）、《新控辩审三人谈》（合著）、《刑事辩护的中国经验》（合著）、《刑事辩护学》（主编）、《律师制度》（主编）、《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉再修改律师建议稿与论证》（主编）等。

序 言

我认识田文昌同志已有三十多年。早在1982年,他还是西北政法学院(西北政法大学前身)刑法学硕士研究生时,有一天他携带他的硕士学位论文《刑罚目的论》(初稿)来见我,希望我能帮助审阅一下,并提出修改意见。那时我是中国人民大学法学院刑法学硕士生指导教师,身边也有几位硕士生。他虽是外校的研究生,但气宇轩昂、落落大方。我问他的指导教师是谁,他回答说是周柏森老师,我听到后喜出望外,因为周老师是我1951年至1953年读中国人民大学研究生时的同班同学,1981年至1982年我受司法部委托主编第一部《刑法学》教材时,他也是编写组成员。因此,我见到田文昌同志备感亲切,他所提要求我无条件接受并予以满足。我花了几天时间仔细审读了他的论文,感到总体上很不错,虽有个别提法值得商榷,但那是学术问题,百家争鸣嘛!这位青年才俊给我留下的初步印象是:勤于学习,肯动脑筋,有较强的思维能力。

田文昌同志在取得硕士学位后到了北京政法学院(中国政法大学前身)担任刑法教师,他的教学效果不凡,科研成果颇丰。从本论文集集中也可以看出,在任教阶段,他不仅从理论与实践的结合上写了一系列有关刑法总则和分则的专题文章,而且对课堂教学法上的一些问题也作了深入的思考和研究。这进一步证明他的思维方法和思维能力是非同一般的。

最能代表田文昌同志人生辉煌的,我认为还是他的律师生

涯。从1985年开始,他在主要从事刑法教学的同时,兼职做一些律师工作。到了1995年,他离开中国政法大学教授岗位,合伙创办京都律师事务所,担任主任(现为名誉主任),经过二十余年的艰苦奋斗,现该所已蜚声国内外,成为法治战线上一支不可忽视的力量。田文昌同志亲自参加辩护或代理的案件数以千计,其中他亲笔撰写并精选出版的辩护词、代理词就有三辑,约一百万字。他长期担任中华全国律师协会刑事业务委员会主任,是全国刑事辩护工作的领军人物,1996年被评为北京市首届十佳律师。中央电视台“东方之子”“实话实说”“三百六十行”“面对面”“人物”等栏目先后对他进行多次专访报道。由于教学、科研成果丰硕,律师实务业绩突出,他被多所著名高校聘为兼职教授,甚至是名誉院长。田文昌同志确实是一位名副其实的“学者律师”“专家型律师”。

这次摆在读者面前的是田文昌同志最新出版的一本论文选集,书名《与法治同行——田文昌论文选集》,内容涉及法治改革、刑事政策、刑法总论、刑法分论、刑事诉讼法、证据运用、律师制度、司法制度等多领域、多层次、多角度的问题。论文发表的时间最早的是1982年,最晚的是2016年,跨度达34年。这表明作者是对改革开放以来中国法治化进程中所见、所闻、所思、所想的一些问题,作出自己的分析和判断,也表明作者在参与法治建设的同时,始终关心法治的进步与发展。我认为,在党的基本路线指引下,在经济社会持续发展的进程中,认真思考如何保持法治前进的步伐,找出阻碍法治前进的消极因素或曰负能量,发现问题,分析原因,提出对策,这就叫作“与法治同行”。田文昌同志作为一名有智慧、有作为、有担当的律师兼教授,他把论文集定名为《与法治同行》,我认为是有深刻寓意的,也是名副其实的。田文昌同志一贯重视民主法治,弘扬公平正义,坚持保障人权,并为此奋斗大半生。本书在很大程度上体现了这种精神,值得称赞。

是为序。

高铭暄

2016年8月于北京寓所

前 言

我在中国政法大学任教的时候是教刑法的,转行做律师以后,因执业的需要才更多地关注程序法的问题,同时,也对律师制度有了更多、更深入的思考。几十年的思考,使我对刑事法律科学和律师制度的认识有了新的提升,同时,也使我体会到了全方位、多角度研究问题的重要性。

从读研究生开始,我就专注于对刑法总论的纯理论研究,对刑法分论没有兴趣,对于刑事程序问题更不重视。原因主要有两个:一是由于脱离实务在分论中发现不了问题,找不到感觉;二是在法治建设初期,尤其是在以打击犯罪为中心的诉讼理念之下,程序法几乎完全被忽视。

随着我转行做专职律师之后亲历案件的日益增多,在大量纷繁复杂案例的启发下,我的兴趣和关注点逐渐由刑法总论转向了刑法分论,感到分论中存在的问题太多,更具有研究的现实价值和紧迫感。例如,关于《金融诈骗罪的两个误区及立法构想》和《再论对虚开增值税发票罪构成要件的表述亟待修改》两篇论文,就是我在总结个案经验基础之上提出的修法建议。同时,我也加深了对刑事程序法的关注,因切实感受到了程序法的重要而引发了更多的思考,发现程序法中也有太多的问题需要研究和解决。其中,关于《犯罪嫌疑人、被告人对证据享有知情权》、《辩方违法证据之证据能力》和《辩护权独立性内涵辨析》三篇论文,就是我在从事律师实务的切身体验

中,有感而发之作。这其中的观点虽然过去曾被忽视而且至今仍有争议,但我坚信,提出这些问题至少可以引发更多的思考。至于律师制度,由于中国律师制度历史过于短暂的特殊国情,值得研究和需要突破的问题则更多。

可以说,由于身份的转换和业务重心的变化,几十年来我个人研究的方向和角度也发生了较大的变化:由抽象的纯理论研究转向了对刑法各罪的研究;由单纯的关注实体法扩展到对程序法的思考;由单一学科的研究转向了多学科研究。而在这个变化中我悟出了一个道理:有切身体会的实践经验再加上对相关学科的综合思考,才是最有价值和最具成果的研究方式。

我从1980年读研究生时开始学习法律,作为一名法律人的成长过程与我国法治建设的进程几乎是同步的。所以,我对法律问题的思考也与我国法治化进程的发展息息相关。我的论文选编各个章节按发表的时间顺序排列,可以反映出这些年来我研究方向和方式的一些变化,也包括我对这些问题认识的逐步深化。

借本书出版之际,将我的这些思考奉献出来,与同行分享和探讨,旨在抛砖引玉,引出更多的思考。

目 录

刑法总论问题

试论行为的社会危害性及其程度的客观属性	3
论刑罚的惩治目的(译)	8
论我国刑罚的惩治目的	14
放弃可能重复实施的侵害是犯罪中止	19
论法人犯罪	26
略述完善我国刑法	33
论我国刑法中犯罪的概念和特征	39
罪刑法定原则在我国的现状与展望	46
论生态环境的刑法保护问题	56
论中国死刑发展趋势	63
中国刑罚制度改革论纲	76

刑法分论问题

我国的走私犯罪与治理	97
谈骗取出口退税款罪	107
经济活动中的罪与非罪	110
论贷款诈骗罪	115

商业秘密诉讼	122
金融诈骗罪的两个误区及立法构想	130
再论对虚开增值税发票罪构成要件的表述亟待修改	139

刑事诉讼基本理念与立法修改

刑事诉讼法再修改与人权保障	149
新律师法与刑事诉讼法的冲突、互动与衔接	156
理念的进步与保障的缺失 ——刑事诉讼法修正案的喜与忧	162
走出刑事诉讼理念的误区	167
冤假错案五大成因	174

刑事辩护与证据运用

刑事诉讼中律师面临的困惑	183
适用证据的认识与思考	189
中国刑事辩护制度的困境与出路	195
论律师调查取证权	204
司法鉴定制度亟待改革	211
犯罪嫌疑人、被告人对证据享有知情权	217
辩方违法证据之证据能力	221
司法实践中排除非法言词证据的若干问题	228
辩护权独立性内涵辨析	244
排除非法证据不能再流于形式	253

法治改革与刑事政策

经济体制转型时期刑事乏范状态探究	267
依法治国与司法改革	278
刑事政策的价值目标	285
构建平等、和谐的法律职业共同体	301
建言中国改革：讲真话，办实事，兴民主，重法治	305
审判独立是司法公正的前提	311

个案推动立法的使命	316
审判中心主义的实现与保障	320
公权力任性是对国家公信力的极大破坏	331

律师职业与律所发展

关于律师职责定位的深层思考	337
综合化、团队化律师事务所的构建与发展	345
市场经济需要综合化、团队化的专业法律服务	350
律师的社会使命	358

法学教育改革

课堂教学浅议	363
谈课堂教学的基本要素	369
课堂教学浅议——教学法研究探讨	373
关于“两个脱节的反思” ——法学理论与实务界需要反思的新问题	377
大学法学教育改革思考	383

刑法总论问题

试论行为的社会危害性及其程度的客观属性

根据马克思主义刑法学观点,行为的社会危害性是犯罪的本质特征。判定某一行为是否构成犯罪,首先,必须查明该行为是否具有社会危害性,这是认定犯罪的前提和基础。只有查明行为对社会具有危害性,并且达到了一定程度,具备了违法性和应受惩罚性,方能构成犯罪。其次,根据罪刑相适应的原则,行为对社会危害程度的大小,与确定犯罪人的刑事责任也密切相关。可见,无论在刑法理论上还是在司法实践中,行为的社会危害性和行为的社会危害程度这两个概念都是十分重要的。他们对定罪、量刑有着直接的、重要的意义。因此,科学地确定这两个概念的属性,并在理论上予以明确的、统一的解释,是十分必要的。

在我国刑法理论中,传统观点一直是将行为的社会危害性当作一个客观的概念加以使用的。也就是说,凡是给社会造成或可能造成某种侵害的行为就是危害社会的行为,这里并不考虑行为主体及其主观方面的情况。例如,无责任能力所实施的行为、意外实践中的行为等,统统包括在内。因而,行为的社会危害性,只能作为行为人负刑事责任的客观基础。也就是说,某一行为要构成犯罪,不仅行为本身必须具有社会危害性,而且行为人还必须有主观上的罪过,否则犯罪就不能

成立。我们认为这个概念是科学而明确的。但同时,传统的观点却又将行为的社会危害程度当作一个主客观统一的概念来理解,认为行为的社会危害程度不仅取决于行为的性质、手段、结果等客观方面的因素,而且还取决于行为人主观方面的因素,如主体的情况、罪过形式等。这样就认为行为的社会危害程度为犯罪构成四个要件的综合所反映。这种理解是值得商榷的。

首先,这种理解本身不够科学。一个定义的科学性就在于它不仅能够准确地揭示出事物的本质,而且能够合理地确定与其内涵相应的外延。人的行为是人的一种身体活动,它固然离不开人的主观意识,并且往往要受行为人意志的支配。但它是人类主观世界的外化,成为物质现象,属于客观范畴。行为的这种客观属性也决定着它的自然作用与社会作用的客观性质。只有物质力量才能直接影响于社会(积极或消极的)。犯罪是危害“现行统治关系”的行为,这种行为的社会危害性自应属于客观范畴。这是我国刑法学界所公认的。既然行为的社会危害性是客观的,那么,作为这种危害性的量的方面的危害程度,自然也属于客观性质。可见,那种承认行为社会危害性的客观性,却又认为它的量的规定性中包含主观因素的观点,不仅有悖事实,在逻辑上也是站不住脚的。行为的社会危害程度所应表明的,正是人的客观活动对于社会造成侵害的程度的客观事实,它反映了行为对于社会发生的扩充危害效果和严重程度。在衡量这种客观效果的时候,如果又加入了行为人主观方面的因素,势必导致概念上的混乱。

其次,如果认为行为的社会危害性是客观的,而其危害程度又包括行为人的主观因素,前者是客观概念,而后者是主客观统一的概念,那么,势必要承认:前者只是行为人负刑事责任的客观基础,而后者则成了行为人负刑事责任的完整基础。这不仅出现了两个概念之间的矛盾,而且很容易导致下面认识上的混乱:一个造成了严重后果的过失行为(如厂矿重大责任事故罪),同一个后果相对轻微的故意行为(一般的盗窃罪)相比,哪一种危害性大呢?无论从客观后果还是从侵害的客体(前者是公共安全,后者是所有制关系)来看,显然前者的危害性大。可是按照传统的观点来理解,却只能认为后者的危害性大。因为后者是故意犯罪,法定刑高,重罪的危害性显然大于轻罪。于是,就会出现这样的荒谬现象:侵害了重要客体,造成严重后果的行为的危害程度,反而小于侵害了次要客体,后果相对轻微的行为。在这种情况下,客观行为的社会危害性大小,似乎主要取决于主观罪过的形式了。

再次,既然认为行为的社会危害程度为犯罪构成主客观四个方面要件的总和

所反映,成为行为人负刑事责任的完整基础,那么,也就是将行为的社会危害程度同行为人的刑事责任等同起来。从而必然认为,一切不应负刑事责任的危害社会行为(无罪过的行为)的危害程度,一定小于应负刑事责任的行为。譬如一个精神病人杀了人,其行为的社会危害性似乎也一定小于一个普通的盗窃罪行。那么,不妨再进而设想,如果同时遇到两个正在发生的行为:一个精神病患者正在举刀杀人和一个盗窃犯正在撬门行窃,按照上面的逻辑推断,首先要制止的自然应当是盗窃行为,而不是杀人行为,因为前者的危害性更大。这显然是荒唐的。

最后,我国刑法第57条规定:“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处。”如按前述观点,既然行为的社会危害程度已经包括了犯罪构成全部要件的总和,那么,应当认为“犯罪……对于社会的危害程度”同时也已经包括了犯罪的性质、情节,成了量刑的唯一根据。而该条文中又并列“性质”与“情节”,则似乎形同赘物。可见,这种观点同立法精神也是矛盾的。值得注意的是,前述危害程度“主客观统一论”的理论观点同刑法第57条规定的不一致,还会在司法实践中导致客观归罪的倾向。一方面,在理论上认为“危害程度”这一概念包括主客观两个方面的因素,另一方面,出于顾名思义的一般理解,或者根据该条的明文规定,人们又往往易于自觉或不自觉地接受“危害程度”只指客观因素的观点。在处理具体刑事案件时,如果在理论上从“主客观统一论”出发,而实际上却又偏重于客观因素而忽视主观因素,以客观因素代替主客观因素的统一,将行为造成的实际侵害程度与“主客观统一论”所指的“危害程度”混为一谈,当作定罪、量刑的唯一根据,势必出现客观归罪的倾向。这在一定程度上与理论上的混乱不无关系。同样,在实践中也会有相反的情况。由于“主客观统一论”将行为的主观因素并列在“社会危害程度”的概念中,实际上等于否认了把行为的社会危害性看作犯罪的本质特征和刑事责任的客观基础,将“主观基础”同“客观基础”相混淆,有时候也会不适当地扩大主观因素的意义(尽管它是构成犯罪的必要因素),以至导致“主观归罪”的倾向。仍以盗窃罪为例:某人窃得十几元钱,其行为对社会有一定危害性,但程度显然轻微,却以盗窃罪名被判处较重刑罚。理由是他曾多次因盗窃被判过刑,主观恶性很大,因而社会危害性也很大。这种忽视犯罪的本质特征,片面夸大主观因素作用的倾向,也在一定程度上与理论上的混乱不无关系。由此可见,正确理解行为社会危害程度的属性与概念,不仅具有理论意义,也是正确指导刑事审判实践所不可缺少的。

像行为的社会危害性本身的属性一样,它的危害程度也属于客观范畴,具有客观的性质,如前所述,一切侵害社会主义社会关系的行为都是危害社会的行为。一切犯罪行为都是具有社会危害性,但并非一切具有社会危害性的行为都是犯罪,两者不能等同。刑法上的“社会危害性”是个客观概念,人为地排除了行为的主观诸因素,而仅仅取决于该行为是否对社会造成或可能造成侵害这一客观事实本身。由于行为所侵害的客体、侵害的方式和程度等不同,会产生不同的后果(可能的、现实的、物质的、非物质的)。这些不同的后果则标志着行为的社会危害程度。因而,衡量某一行为的社会危害程度所依据的,也仅仅应当是这一行为对社会造成或可能造成某种侵害这一事实本身,也就是实际侵害的程度。所以,决定行为社会危害程度的因素应当包括:由行为所侵害的客体、方式不同所决定的行为性质本身,行为的对象、手段,行为结果的有无、大小,行为距离结果的远近,行为发生的时间、地点、社会形势等。这些因素应当包含犯罪构成全部客观因素的总和。至于行为人本身的情况及其对于行为和结果所持的各种心理态度,以及行为后对待行为的态度,仅仅表明了行为人的主观情况。它可以成为实施犯罪行为的动因,也可以表明犯罪人被改造程度的难易。但它既不是行为,也不能与犯罪行为对社会造成的实际侵害程度等同,或形成某种必然的比例关系。因而不应包含在行为的社会危害程度这一概念之中,它是与行为的社会危害程度既有联系又有区别的主观概念。

将行为人的主观因素从社会危害程度的概念中分离出来,不仅可以使我们对“危害程度”这一概念的理解更加科学,使其同“危害性”这一概念统一起来,还便于我们在司法实践中明确区分主客观因素,正确估价这些因素在定罪、量刑中的不同作用。我们知道,任何一个犯罪都是人和行为的统一,主观和客观的统一。但是为了研究的方便,我们在分析任何一个具体犯罪的时候,却又必须人为地将主观和客观这两个有机地联系在一起、又互有区别的不同方面暂时分割开来,分别加以考察。如果说“社会危害性”这一概念可以概括行为的诸客观因素,那么对于行为人主观上所表现出来的反社会的诸因素,应当用主观危险性这一概念加以概括。

所谓主观危险性就是通过危害行为所反映出来的行为人本身的反社会性,也就是行为人继续危害社会的主观可能性。我们并不否认通过危害行为可以反映出行为人继续实施犯罪的可能性,以及这两种可能出现的犯罪行为的危害程度。因为犯罪行为正是犯罪人犯罪意志的外化,一个犯罪意志的强弱可以在犯罪行为

中得到表现。例如,一个惯窃犯继续行窃的可能性显然大于偶犯;一个手段残酷的杀人犯一旦再实施犯罪,就可能比一般的犯罪人对社会造成更大的危害等。这种可能性(主观危险性)也可以说成是行为人主观上潜在的一种危害社会的职能,如不及时加以消除,在适当的条件下就会转化为危害社会的行为。如果说社会环境的改善在于消除这种势能的产生、增长的条件,那么刑罚的任务正在于消除这种势能本身。因而,除了行为的社会危害程度以外,行为人本身的这种危害社会势能的强弱,也应是定罪、量刑的重要依据。这种危害社会的势能的强弱,就是主观危险程度。主观危险性及其程度这两个概念都属于主观范畴。这里,主观危险性是通过罪过来表明的,而主观危险程度则包含了更广泛的因素:诸如罪过的形式、动机、目的、犯罪分子的人身情况(累犯、偶犯、一贯表现)等,这些因素应包含犯罪构成全部主观因素的总和。此外,犯罪人犯罪后的各种态度也应包括在主观危险程度的范围之内。

这样,行为人的主观危险性及其程度反映着行为人的社会内容,因而构成刑事责任的主观基础。行为的社会危害性及其程度,则构成刑事责任的客观基础。两者的有机结合,不仅概括了犯罪构成全部主客观因素的总和,而且也包含了对犯罪人确定刑事责任时所必须考虑的各种主客观情况,因而成为定罪、量刑的全部依据。所以,所谓罪刑相适应原则,应当是指刑罚同其行为的社会危害程度与主观危险程度的总和相适应。一般地说,在量刑时,从一般预防的角度主要考虑行为的社会危害程度;从特殊预防的角度主要考虑行为人的主观危险程度。刑罚的目的正是对两者的综合分析中得到体现。

需要指出的是,运用主观危险性的概念,并不意味着要放弃行为的社会危害性是犯罪的本质特征的原理,或者降低它在犯罪概念中的决定性地位,因为主观危险性任何时候都只有转化为客观的危害行为时,才能表现出来,才能成为刑事责任的主观基础。因此,在定罪、量刑时,认定的社会危害性及其程度,永远是第一位的,离开行为的社会危害性及其程度,主观危险性也就失去了物质基础。这就是行为的社会危害性及其程度与行为人主观危险性及其程度的辩证统一关系。

原载《西北政法学院学报》1982年

论刑罚的惩治目的(译)

[苏]A. E. 雅库博夫 田文昌(译)

刑罚的目的是刑罚学说中一个有争议的问题。尽管在法学著作中对于这个问题给予了很大的注意,但是正如 H. H. 卡尔配茨所指出的,关于刑罚目的的争论并没有真正解决。弄清刑罚的目的与解决许多刑事法律问题有着直接的关系。H. C. 诺伊指出,学者们对刑罚目的的不同看法,导致对社会学研究中有关材料的不同看法。看来,解决对于刑罚目的理解上的矛盾,对于确定今后苏维埃刑法中刑罚制度和刑罚性质的方针,即使不具有决定性的意义,至少也具有重大的意义。解决刑事政策与劳动改造法中的许多问题,与解决刑罚目的问题同样有着密切的关系。

关于刑罚的惩治目的问题有很大的争议,这不是偶然的。因为研究这个问题有许多困难。正如一些学者著作所指出的那样,《苏联和各加盟共和国刑事立法基本原则》(以下简称《基本原则》)第 20 条的规定不是令人满意的。该条规定:“刑罚不仅是对所有犯罪行为的一种惩治,而且还具有改造和教育被判刑人,使他诚恳地对待劳动、切实遵守法律、尊重社会主义共同生活规则,以及防止被判刑人及其他人实施新罪的目的。”根据这种措辞很难得出惩治是否是刑法目的之一的结论。一些研究者对“刑罚不仅是惩治”一句从语法上进行了了

解,并得出结论:立法者不否认刑罚中的惩治目的。

另一些作者则认为,这句话中的第一部分,是把惩治作为刑罚内容的一个特征。这句话的第二部分则是刑罚的目的。由此他们得出如下结论,立法者并不认为惩治是刑罚的目的。

《基本原则》第20条的这种令人不满意的措辞是偶然的吗?一些法律文献指出,《基本原则》通过以后,关于苏维埃刑法中刑罚目的的争论从来没有停止过,这种争论在很大程度上正是由于《基本原则》第20条不完善的措辞所造成的。编纂委员会在拟定这一条的条文时,曾发表过各种不同的意见,直到最后才采取了一种折中的表达方式,在现行的版本中,立法者采纳的正是这种表达方式。可以间接证明这种情况的是:在通过《基本原则》时,立法者没有接受1924年《基本原则》第4条(1926年《苏俄刑法典》第9条)的提法,该条直接指出,“苏联和各加盟共和国刑事立法没有提出报复和惩治的任务”。也没有采纳《苏维埃刑法典草案》有关条款(1939年《苏维埃刑法典草案》第25条,1947年《苏维埃刑法典草案》第27条,1948年《苏维埃刑法典草案》第29条)中的任何一种提法,这些提法直接表明,除了其他目的之外,刑罚还具有惩治犯罪人的目的。然而,最后选定的却是真正折中的措辞,它给各种相互矛盾的解释提供了依据。

我们认为,根据《基本原则》第20条的语法解释,不可能弄清刑罚是否有惩治目的。此外,惩治的概念与刑罚的概念在意义上十分相近,这也增加了一定的困难。在俄语同义词词典中,刑罚、惩治、报应、报复这些词都是同义词。在苏联许多民族的语言中,刑罚的概念与惩治的概念是完全相同的,并且是用一个词来表示的。H. H. 卡尔曼诺夫(音)十分有根据地指出,为了弄清《基本原则》第20条关于惩治概念“还需要大量的语言上的探索”。

在分析刑罚是否以惩治为目的之前,必先确定惩治与刑罚的相互关系,对“惩治”一词做一些说明。随着1934年苏维埃刑事立法恢复刑罚的概念,以及随后又恢复了惩治的概念,任何一个学者都不能否认刑罚中存在惩治。然而,专家们也只是在这一点上看法一致,关于刑罚与惩治的相互关系问题,大多数学者认为惩治是刑罚的实质、本质、根本特征和特殊属性,但也有些惩治主义者把惩治同刑罚混为一谈。

在关于惩治的定义问题上,没有取得一致意见。譬如,A. A. 波昂特科夫斯认为,正如刑罚定义所确定的那样,惩治表现为使犯罪人的利益受到现行苏维埃刑事立法所规定的某些剥夺。在M. 沙尔戈罗茨基的刑罚定义中也有类似的规定。

沙尔戈罗茨基认为,“刑罚剥夺属于犯罪人的某种利益,是国家对犯罪人及其行为的否定评价”。在分析刑罚的特征时,沙尔戈罗茨基对上述论点作了一些补充。他指出,刑罚不可避免地要使被适用刑罚的人遭受痛苦,这个特征是刑罚的必要特征。它使刑罚成为一种惩治。

我们认为,通过剥夺某人的某种利益使其遭受痛苦,这种做法还不能使这种剥夺和强制变为惩治。譬如,在预审机关或法院所采取的强制性措施中就没有惩治。实际上,按照强制性措施程序被羁押的人所受到限制,非但不少于服剥夺自由刑种的人,而且可能会更多。这种剥夺和限制会造成巨大的痛苦,但是毕竟不能把作为强制性措施的羁押说成是惩治。因为进行这些限制的目的是防止被告人或者受审人有可能逃避侦查和法庭的审理,同时也是为了达到《苏俄刑事诉讼法典》第89条规定的其他目的。

同样,在对嗜酒成癖者和嗜毒者采取的医疗性强制措施中也没有惩治,虽然这些惩治是同给他们造成一定痛苦的限制和剥夺联系在一起的。采取这些措施的目的是对他们进行治疗创造条件。所以这些措施不是惩治。

B. C. 尼基弗洛夫断言,并非一切导致痛苦的强制手段都是惩治,当嗜酒成癖者接受强制性治疗时,他们同样被迫承受痛苦。B. C. 尼基弗洛夫给惩治下的定义是,惩治就是“强迫犯罪人承受痛苦,这种痛苦的性质和时间长短与犯罪人所实施的恶劣行为成正比、相适应”。

H. C. 诺伊不同意 B. C. 尼基弗洛夫关于在惩治中所造成痛苦的程度要与所犯罪行的严重性成正比、相适应的观点。他指出,“惩治的公正性并不在于它所引起的剥夺同罪行本身的严重程度相适应,而在于对实施了较严重犯罪的人,应当给予更大的剥夺”。

H. C. 诺伊主张,惩治的公正性不在于它所造成的剥夺同所犯罪行成正比、相适应。我们很同意这种观念。关于这个问题应当求教于专门研究正义(公正)范畴的哲学家。例如,A. 毕尔别什基娜认为,“正义(公正)性是衡量行为与报酬、犯罪与刑罚、权利与义务,以及诸如此类的其他相对范畴之间是否相适应的标准”。IO. H. 苏林写道,正义(公正)性表现为“按照个人功劳或过错的大小提出要求或者给予酬答的相称性”。H. C. 诺伊对 B. C. 尼基弗洛夫关于强制造成痛苦与犯罪人所实施的恶劣行径之间成正比的、相适应的依存关系的论点(这个论点的正确性是显而易见的)之所以持否定态度,是因为 H. C. 诺伊追随 E. T. 希尔文特,也认为这种观点是报应论的翻版。

正如我们所看到的, H. C. 诺伊在同 B. C. 尼基弗洛夫进行争论时曾正确地指出,“这种强制(指强制造成痛苦——作者)的特点是明确的目的性。强制性从来都是以造成痛苦为目的的。立法者只能选择那些能够造成痛苦的手段作为惩罚方法。不能造成痛苦的手段,在任何时候都不能成为惩罚的方法。所以说,惩治就是以造成痛苦为目的的一种强制”。H. C. 诺伊在作出这个正确的结论后还指出,惩治的目的即造成痛苦的目的,并不是整个刑罚所固有的。H. C. 诺伊认为,惩治与刑罚的关系,好比部分与整体的关系,惩治对于刑罚(支配的概念)来说是个从属的概念;支配概念的内容仅仅是从属概念的一部分。由此可见,“关于从属概念”的论述并非都是用来说明支配概念。H. C. 诺伊由此得出结论说,“造成痛苦的目的是惩治(刑罚的一部分)时进行强制的一个特征,这个特征不是整个刑罚概念所固有的”。

但是,惩治的概念与刑罚的概念并不是从属关系,H. C. 诺伊作出的结论同逻辑规律是相矛盾的。F. A. 兹罗宾注意到了这一点。另外,我们也不能同意某些法律著作中所发表的意见,认为运用形式逻辑来研究惩治与刑罚相互关系的尝试是徒劳的。这是因为,法学(也包括刑法)研究中,传统的法律逻辑方法还没有得到充分的运用。逻辑学上的研究并不能排除“作为社会关系及其本质真正联系”的社会学上的研究。

H. C. 诺伊所作出的“惩治就是以造成痛苦为目的的一种强制”的正确结论,对于解决强迫他人遭受痛苦是不是刑罚的一个目的的问题,是十分有益的。我们已经指出,一些惩治主义者将惩治与刑罚混为一谈。如果这种观点是正确的,那么,除了惩治之外,刑罚再无其他任何目的可言。但是,如果承认惩治是刑罚的本质,是刑罚的必然特征和特有属性(正如 H. C. 诺伊和其他大多数刑狱学家所认为的那样),那就必然会得出结论,认为刑罚和惩治一样,它的目的就是强迫他人遭受痛苦。众所周知,定理是论点根据的界限之一。M. C. 斯特罗戈维奇写道:“为了说明某种相遇,我们可以引证提出这种想法所依据的定理——这就是我们的想法的充分根据。”

三段论是一个定理,运用它可以得出所要研究问题的结论。正如 M. C. 斯特罗戈维奇所指出的那样:“三段论定理是一种不需要进一步论证的原理,运用三段论的方法,把小前提置于大前提之下,就有可能得出结论。”从三段论内在概念的内容上看,三段论定理表现为“nota notae est mtarei; repugnan notac repagnat rei”的公式,意思是,“事物特征的特征是事物自身的特征”;即与事物特征相矛盾的东

西,同样与事物本身相矛盾。所以说,如果某种特征为某个事物所固有,而另一特征又为这一特征所固有,那么,后面这个特征(“特征的特征”)也就是该事物的特征。M. C. 斯特罗戈维奇举出下面的例子来说明三段论定理:液体的特征(属性)又是液体所固有的;所以,液压的特征也是水所固有。适用于我们所研究的该问题,三段论定理表现为“刑罚中包含着惩治”,而“惩治是以造成痛苦为目的的一种强制”,所以,刑罚包括以造成痛苦为目的的强制。

从三段论可以得出结论,强迫他人遭受痛苦(特征的特征的目的是惩治)所固有的,从整体上说也是刑罚所固有的。显然,H. C. 诺伊本人并没有发现这一点。但是,他表达的正是特征的特征与概念之间的这种从属关系。按照他的这种论点,“确定了刑事惩治的特殊特征后,也就决定了将刑事处罚与其他种类的国家强制措施区别开来的基本特征”。

在《苏维埃国家刑事处罚的实质和职能》一书中,H. C. 诺伊指出,惩治所固有的强迫他人遭受痛苦的目的不是整个刑罚的目的,他把“刑罚与惩治”的关系比作“星期(周)与星期一”的关系。H. C. 诺伊写道:“星期(周)绝对不是星期一,正如星期一不是星期(周)一样。所以,根据惩治就是以造成痛苦为目的的一种强制这一点,还不能得出结论说刑罚的目的就是造成痛苦。”

但是,星期(周)与星期一的关系,正如星期(周)与一周中任何一天的关系一样,是个集合概念,而刑罚与惩治却不是这种关系。星期一不是“星期(周)”概念的特征,而惩治却是刑罚的特征。由此(正如我们已经指出的)可以得出结论,惩治所固有的一切特征,也是整个刑罚所固有的。

下面还想继续讨论一下这个问题。任何一个刑法学家都不否认,刑罚不可避免地会给他入造成痛苦。但是,在采取某种手段并预见到适用这种手段不可避免地会产生一定的有害后果时,显然不能说,我们不希望产生这些后果,我们并没有把这些后果作为一种目的提出来。否则,在适用任何一种剧烈的手段时,不管目的如何,都可以用下面的理由来辩解:我们不希望发生这些消极的后果,尽管这些后果与这种手段是密切联系在一起的。

A. A. 列缅松正是这样做的。他提出:“枪决杀人不是为了剥夺他的生命。而是为了使他能再杀人,并且制止其他人实施杀人行为。”

死刑的实质在于剥夺他人的生命,在谈到这种刑罚的目的时,不能忽略它的实质。马克思列宁主义伦理学认为,“不仅手段需要通过目的加以确定,而且目的本身也要通过手段加以确定”。正如 H. H 特鲁不尼科夫所指出的,“目的实现手

段是怎样的,其实际目的也就怎样”。所以分析某种社会势力所采取的手段,是分析这些社会势力真正目的的最重要的依据。

从死刑的内容和实质来看,死刑比任何其他惩罚方法都更能反映出惩治的目的。这是因为,在我国这种惩罚方法是暂时的不得已的和例外的。某些刑法学家认为,死刑的目的仅仅是一种预防犯罪的最人道的目的。这种认识会使立法者忽略这样一个问题,一旦有可能就必须立即废除死刑。

可见,刑罚中具有惩治的目的,是《苏共纲领》提出“最重要以社会感化和社会教育方法代替刑事惩罚方法”这一任务的原因之一。法尔卡这么说过,“有时候不得不采取一些手段,这些手段按其内容来说是‘非同义’的,‘相矛盾的’,而取消这些手段本身,将来则可能成为目的”,这段话恰好可以适用于惩罚方法。

原载《外国法学译丛》1984年第2期

论我国刑罚的惩罚目的

我国刑罚究竟有没有惩罚的目的?对于这个素有争议的问题,多数人持否定观点。其一,认为我国刑罚的目的是预防犯罪或预防消灭犯罪,将刑罚的惩罚、威慑和改造作用,统统视为手段,否定了惩罚的目的性;其二,认为我国刑罚的目的是教育、改造犯罪分子,而将惩罚视为教育、改造的手段。笔者认为,这两种观点都没有正确理解目的与手段的辩证关系。现就刑罚的惩罚目的、刑罚目的的层次关系,向否定的观点提出商榷。

一、预防犯罪或预防和消灭犯罪的提法不够科学

将预防犯罪,或预防、消灭犯罪概括为我国刑罚的目的,仅表明了国家对犯罪分子适用刑罚这一活动的最高宗旨和根本愿望,而没有具体地揭示出这一活动本身的内部规律。这种提法在理论上不够科学,在实践上也缺乏现实的指导意义。

“刑罚不外是社会对违反它的生存条件(不管这是些什么样的条件)的行为的一种自卫手段。”^①这就告诉我们刑罚的本质和职能决定了预防、消灭犯罪,是一切社会刑罚所共有的目的。尽管对于剥削阶级来说,这种目的从根本上是不能实现的,但他们对于这种目的的追求却是不能否认的。因而,预防

^① 《马克思恩格斯全集》(第8卷),人民出版社1961年版,第579页。

或消灭犯罪只能揭示出刑罚作为一种阶级镇压工具的一般本质和作用,而无法表明不同的统治阶级运用这个工具所追求的具体目的,更不能体现出我国(社会主义)刑罚目的的特征。在剥削阶级社会,刑罚是对付犯罪的主要手段,而在我国,它却只是一种辅助的手段。社会主义国家预防和消灭犯罪的目的,更主要是通过社会主义制度本身的不断健全,通过物质文明和精神文明的建设,通过全社会各领域和部门的综合治理等一系列措施来实现的。

刑罚具有它本身特殊的目的,这个目的既要同上述的总目的相一致,又要符合刑罚本身的特征。

再有,预防或消灭犯罪的提法,仅仅指出了我国运用刑罚同犯罪作斗争的根本方向,却难以从刑罚本身的性质和作用出发,指明这种斗争的具体方式和追求的直接结果,指导运用刑罚的实践活动。一般预防和特殊预防的表述方式,将刑罚的惩罚、威慑、改造等作用统统视为手段,不仅混淆了目的与手段的辩证关系,导致了逻辑上的模糊,也易于造成实践中选择和运用这些“手段”的随意性。为此,对于我国刑罚目的的研究,不能停留在预防或者消灭犯罪这一笼统的提法之上,而必须从我国刑罚本身的特殊性质和作用出发,根据我国运用刑罚同犯罪作斗争的实际需要,指明我国对犯罪分子适用刑罚所追求的直接、具体的结果,使我国刑罚的目的更加明确化、具体化;使它不仅同我国刑罚的性质和作用相适应,能够揭示我国刑罚目的的本质特征,并且能够切实地指导我国刑事立法和司法中适用刑罚的实践活动。

二、刑罚目的的层次性

任何目的都具有层次性的属性。这种层次性一方面表现为目的所指向的不同客体,另一方面则表现为目的与手段的辩证关系。目的与手段的关系,正如原因与结果的关系一样,从来都是相对的。二者在一个无限的链条上相互转化,形成目的的层次性。其中每一个层次对于较高的层次来说都是手段,对于较低的层次又是目的。所以,一切手段首先应当是目的,当人们寻求、创造或选择某种手段时,这种手段就是作为目的的对象出现的,它本身就是目的。当它得到实现以后,才作为服务于目的的手段。如果忽略了目的与手段这种辩证关系,否认手段本身的目的性,抛开手段去追求目的,必将导致选择和运用手段的盲目性和随意性,使目的成为虚无缥缈的空中楼阁而难以实现。马克思主义之所以使社会主义和共产主义从空想变成科学,正在于她不仅科学地揭示了共产主义代替资本主义的客

观必然性,并且明确地指出了无产阶级在完成自己历史使命的革命进程中所应采取的正确手段,并将这些手段作为一种最近的目的加以确定和论证。

刑罚目的也包含多种层次。预防或消灭犯罪表明了国家适用刑罚的最高宗旨,体现了刑罚的根本目的,表现为刑罚目的的最高层次。实现刑罚根本目的时还必须经过一系列的手段(中间环节),在这些手段被选择、追求和运用的过程中,必然又作为目的而出现,它表现为刑罚目的另一个层次,称为刑罚的直接目的。问题的关键在于,刑罚的根本目的已经被统治阶级所认识,而刑罚的直接目的,却常常处于争论的旋涡之中。从历史上看,统治阶级对于刑罚根本目的的认识,基本上是一致的。这正是由于,这个目的本身就是不会改变的。否则,统治阶级规定和适用刑罚就没有实质意义。而刑罚的直接目的,却要随着社会性质的变更,甚至在同一社会内部,适应于经济、政治和文化发展的不同阶段,而发生不同程度的改变。历史上任何一个统治阶级所苦心研究和争论不休的真正着眼点(仅绝对报应主义除外),并不是他们的刑罚是否要用来预防或消灭犯罪,而正是用什么样的手段来实现这个目的更有效(如报应刑、威吓刑、教育刑等)即刑罚的直接目的。刑罚直接目的本身的重要性和复杂性,确定了它在刑罚目的结构中的重要地位,使它成为刑罚目的理论的主要对象,客观地代表了刑罚目的的狭义内涵。所以,在一般情况下,刑罚目的实质上应当是指刑罚的直接目的,而刑罚的根本目的,则应包括在刑罚目的的广义内涵之中。这样,刑罚目的结构中的两个基本层次被“目的”与“根本目的”区别开来,刑罚目的所包含的内容,它所研究的范围和主要着眼点,也就不言而喻了。

三、我国刑罚目的的内容

何为我国刑罚的根本目的呢?根据马克思关于刑罚本质的论述和我国刑法第2条关于刑法任务的规定,可以概括为预防犯罪、保卫社会。较之预防或消灭犯罪,它更能揭示出刑罚的本质和宗旨。

根据刑罚根本目的的要求,同我国刑罚的性质、作用及我国同犯罪作斗争的实际需要相适应,我国刑罚的目的应当包括三个内容:(1)惩罚犯罪,伸张社会正义;(2)威慑犯罪分子和社会上不稳定分子,抑制犯罪意念;(3)改造犯罪分子,使其自觉遵守社会主义法律秩序。可简称为惩罚、威慑与改造相结合。其整体结构可用下图表示:

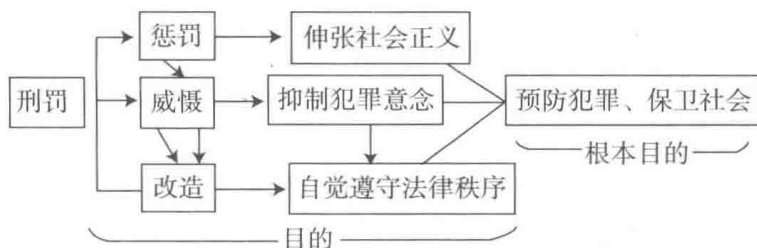


图1 刑罚目的整体结构

图1中既表明了目的与根本目的这两大层次的关系,也表明在目的内部又存在不同的层次关系。惩罚、威慑和改造这三个目的,不仅各有所指向的对象和发挥的作用各不相同,而且所处层次的深度也不同,都具有独立的意义,不能互相取代的。然而在它们构成一个相互联系、相互制约的整体,共同服务于刑罚的根本目的。在这个意义上说它们又属于同一个层次的并列关系。惩罚的目的性,正是在这里体现出来。另外,这三个目的之间,因各自提出和实现的条件不同,又构成另一种层次关系。在一定意义上,对于惩罚来说,威慑和改造都可以是目的,而对于改造来说,惩罚和威慑又可以是手段。这时,它们又属于不同的层次,是一种条件关系。惩罚作为手段的意义正在于此。所以,惩罚既是手段,又是目的,并可以同威慑和改造相提并论,在逻辑上并无矛盾。

四、提出惩罚目的的客观依据

国家通过对犯罪分子适用刑罚,对犯罪行为予以惩罚、打击,不仅可以制止其继续犯罪,并且可以伸张社会正义、抚慰被害人、满足社会主义正义观念的要求。在社会主义条件下,由于商品经济关系的存在,人民的正义观念必然受到等价观念的影响。我国的现阶段,还坚持着多种经济成分并存的局面,在社会生活中,商品交换关系还占据着很重要的地位,“不劳动者不得食”“各尽所能,按劳分配”的原则集中体现了人们在社会生活中等价交换的方式和基本利益要求。与这种商品经济关系相适应的等价观念,也以各种形式渗入到社会生活的各个领域(这些领域远远超出了经济生活本身的范围),致使人们无论在评价是非,衡量得失,还是在确立权利和义务的标准时,都要不同程度地反映出这种观念和要求。犯罪行为危害了国家和人民的利益,同时也破坏了人们价值观念上的这种均衡感。于是,人们不仅要求制止这种行为和防止它继续发生,并且要求对这种行为予以相

应的惩罚,即使犯罪人受到一定的痛苦和剥夺,以便从物质上或精神上来恢复这种均衡。这种观念不仅要求着刑事处罚的存在,并且要求着这种惩罚还具有一定程度的等价色彩。所谓“罪有应得”“受到了应有的惩罚”等,正是这种观念的反映。罪刑相适应原则,也包含着这种观念的要求和人民正义观念。

人民正义观念之所以决定了惩罚目的的必要性,正是由于它同时也决定了这个目的本身的积极意义和否定这个目的的弊害。犯罪行为对于社会造成的重要危害之一,是由于它扰乱了正常的社会秩序,妨碍了人民的生产积极性,从而破坏了社会生产力。事实表明,凡是犯罪案件较多,而运用刑罚对于犯罪打击不力,或适用刑罚失当较严重的地方,由于社会正义得不到伸张,群众的义愤不能平息,就会出现人心惶惶、不知所措的动荡局面或群众的不满情绪。这种后果远远超出了犯罪行为直接造成的某些物质损害,它犹如釜底抽薪,使社会生产力中最重要的因素遭到破坏。一些意志薄弱者就会丧失对法律的信赖,淡漠法制观念,以至于做出蔑视法律的行为,或者面临犯罪行为不敢斗争,或者以非法的手段,来求得其正义观念的满足。这就必然会削弱法制的威力,并从另一个侧面形成社会的不安定因素。

上述情况充分说明,社会主义刑罚的惩罚目的,并不在于它的事后作用。恰恰相反,它正是以本身特有的方式,发挥着预防犯罪、保卫社会的积极作用。它通过惩罚犯罪,伸张社会正义,恢复人民正义观念中被破坏的均衡感,体现了刑罚对人民的有力保护,显示了社会主义法制的威严。这既可以保护和促进社会生产力,又可以教育、鼓励人民群众,增强他们的法制观念,调动他们同犯罪作斗争的积极性;同时也可以避免一些特定犯罪的发生,维持社会的安定局面,这正是社会主义法律人民性的充分体现,也是社会主义刑罚惩罚目的的特殊意义之所在。

原载《法学杂志》1985年第4期

放弃可能重复实施的侵害是犯罪中止

行为自动放弃可能重复实施的侵害,是不是犯罪中止?这是个争论已久的问题。许多人认为,这不是犯罪中止,理由是这种情况下犯罪行为已经实施终了,其犯罪结果未出现是由于犯罪人意志以外的原因,因而,只能是实施终了的犯罪未遂,不符合犯罪中止的条件。持有这种观点的人援引的案例几乎是一致的:在杀人犯罪中,犯罪分子向被害人开枪射击,第一枪未打中,完全有条件再开第二枪、第三枪,但他不再继续射击,即停止了侵害,犯罪结果没有发生。

表面上看,这个结论似乎很有道理,分析起来却可以发现其中明显的矛盾。

在此案中,既然行为人不开第二枪也是实施终了的杀人未遂,那就是说该人的杀人犯罪活动已经全部完成。那么,如果行为人此时不停止射击,又开了第二枪将被害人打死,应当构成几个罪呢?是否既构成了一个杀人未遂罪,又构成了一个杀人既遂罪?如果行为人第二枪又未打中,第三枪才将被害人打死,是否又构成了两个杀人未遂罪和一个杀人既遂罪呢?这显然是难以说服人的。再比如,假定行为人第一枪即射中了被害人,但未中要害,只造成轻伤。此时他改变主意不再继续开枪,并将被害人送往医院救治,使之未发生严重后果。这种情况是犯罪中止,还是犯罪未遂呢?如是中止,那么,一枪打中致伤而又救治者,是犯罪中止;一枪未打中而放

弃侵害者,是犯罪未遂。二者主观情况相同,可未造成任何后果者却要受到更严厉的处罚,岂不使人难以理解。还有人认为,无论开几枪将人打死,都只能构成一个杀人既遂罪,而开第一枪未中又放弃了开第二枪的行为,则应构成两个罪,第一次行为已经完成而未得逞,是杀人未遂;第二次行为因犯罪人自动放弃,是杀人中止。这种主张不仅前后矛盾,而且可以推导出更奇怪的结论:在第一枪未击中目标的情况下,如果行为人连续射击造成了死亡结果,只构成一个杀人既遂罪;如果行为人停止射击避免了死亡结果,却构成杀人未遂与杀人中止两个罪。这个结论就更难使人接受了。

上述观点的不妥之处,在于它否定了犯罪行为的整体性、连续性,将一个犯罪行为的各个组成部分彼此割裂、孤立起来。事实上,枪杀行为与该行为中的某一具体动作并非一回事。如果将扣动一次枪机就视为一个完整的犯罪行为,那么,连续扣动三次枪机,杀死三个人,是一个犯罪行为,还是三个犯罪行为呢?如果用自动枪械杀人,扣动一次枪机就可以射出一梭子弹。当行为人刚刚扣动枪机,射出第一颗子弹而未击中目标时,立刻改变主意,掉转枪口将其余的子弹射向别处,而避免了危害结果,这种情况又是不是犯罪中止呢?在“枪杀”案件中,由于犯罪行为与结果发生的时间间隔通常都很短促,犯罪行为的内部过程往往表现得不够明显,所以常常被人忽略。换上另一种情况,向题就会更清楚些:如果犯罪分子持刀杀人,第一刀未砍中,第二刀举起后又放下,并与被害人言归于好,是否应属犯罪中止?例如,某甲与某乙有仇,一日两人相遇又发生冲突。某甲被某乙侮辱后顿起杀心,拿起镰刀向某乙掷去,被乙躲过而未砍中。甲拾起镰刀追赶乙,乙刚跑几步被树枝绊倒,正值甲赶到,乙处于无力防卫的境地。可此时甲举起镰刀又觉不忍下手,放过了乙。为此乙备受感动,二人化敌为友。这种情况,恐怕难以否认是犯罪中止。可它与前述第一枪未打中而放弃第二枪的行为又有什么区别?又如,某人偷开保险柜实施盗窃,第一次没有打开,刚欲再动手时,因担心事后被查获要坐牢,便放弃第二次开锁的行为,悄然离开。这种情况显然也不是犯罪未遂,与前面列举的放弃第二枪的情况,也同样没有区别。可见,前述“枪杀”案例的结论是经不起推敲的。

问题的关键是,任何一个完整的犯罪行为,都是由多种具体动作或单个行为组成的行为整体,是一个连续性的完整过程,这个过程的具体内容,是由主观罪过的内容所决定的。一个杀人的故意,产生一个杀人行为。那么,从这个行为着手实施直到将人杀死,每一个具体动作或单个行为,都应包含在这个杀人行为之中。

例如,先向被害人砍了两刀而致伤,在被害人逃跑后又追赶砍了八刀而致重伤,然后又拖进河里溺死。其中,十次举刀砍向被害人,追赶被害人,又将其拖进河里等一系列行为,都属于一个总的杀人行为,出于一个杀人故意,服从于一个杀人的目的,缺一不可可能出现犯罪结果。如果将这些彼此联系、互相接续的具体行为割裂、孤立起来,杀人行为如何确定呢?难道砍一刀就属于一个杀人行为,而追赶被害人就不是杀人行为了?难道砍十刀而未死,就可以构成十个杀人未遂罪?只有将被害人拖进河里的一个单个行为,才构成杀人既遂罪吗?如果没有犯罪人的追赶行为,何以致被害人以重伤?没有被害人重伤的前提,又何以能将其拖进河里?同样道理,第一枪而未打中,又连开数枪将人杀死,也只能视为一个杀人行为。因为数次开枪,都是出于同一故意,服从于同一目的,属于同一杀人行为的必要环节。所以,无论是可能继续实施的行为,还是可能重复实施的行为,都属于整个犯罪行为的一部分,都是完成整个犯罪活动的必要环节。不能由于重复实施行为之间各自的相对独立性而否定这些行为之间的内在联系,否定它们对于完成整个犯罪活动的接续作用。实质上,“重复实施”与“继续实施”这两个概念的界限,也并不是不可逾越的,在一定意义上,重复也是一种继续。例如,在水中将人溺死,是需要一定时间的。某甲为了复仇,将被害人的头按进浅水塘中,决心将其溺死,但中途又后悔,放开被害人,使死亡结果没有发生。这种情况下,某甲自动放弃的显然是可能继续实施的行为,应属于犯罪中止。某乙也因复仇而企图将人溺死,只是与某甲的手段略有不同。他揪住被害人的头发,将其一次又一次地往浅水塘里浸,按了几次以后,又打消了杀人的念头而放开被害人,使死亡结果没有发生。这种情况下,恐怕难以否认也是犯罪中止,但这时他所放弃的是可能重复实施的行为?这是可能继续实施的行为。如果是重复,那么,这种重复是否也是一种继续呢?再仔细分析起来,它与连续扣动数次枪机,捅数次刀子,旋动几次保险锁,又有什么本质区别呢?

“枪杀”案例之所以被经常引用,并不在于它确有说服力,而在于它以枪杀行为的某种特殊性,掩盖了犯罪行为的内部连续性,造成一种假象,以致使援引者及他人产生了误解:似乎凡属枪杀,都理当一枪毙命,扣动枪机,行为即告结束,所以才得出“实施终了未遂”的结论。实际上,枪杀行为也不都是一次完成的,数枪毙命的情况倒更为普遍,开一枪何以必定能体现出一个完整的杀人行为呢?假如第一枪未打中或打中而未死,但行为人误认被害人已经死亡而停止侵害,确属实施终了的未遂,因为这时行为人自认为目的已经达到,整个犯罪行为已经完成,不

需要再继续实施侵害了。结果行为人打出第一枪后,明知被害人未死,欲打第二枪时被抓获,显然就是未实施终了的未遂。因为这时行为人的犯罪目的没有达到,杀人的故意还在继续,还想将这个行为进行到底,所以,整个犯罪行为并未完成。那么,当行为人明知第一枪打出后被害人未死,又有条件开第二枪、第三枪,直到将犯罪行为进行到底时,自动放弃了再次开枪的行为,没有造成死亡结果,怎么能说杀人行为已经实施终了,否认是犯罪中止呢?可见,判定犯罪行为是否实施终了,也必须从犯罪行为的整体性出发,不能只根据某一单个行为或动作(如扣动枪机)是否完成,而应当根据犯罪的整体行为是否完成。在一般情况下,如果某一单个行为虽已完成,但犯罪目的尚未实现,行为人明知其预期的犯罪结果没有发生并不可能发生,犯罪的整体行为就没有完成,犯罪行为就未实施终了。这时,就会存在犯罪未遂与犯罪中止的两种可能,只要行为人自动放弃犯罪,无论他放弃的是可能继续实施的行为,还是可能重复实施的行为,都应视为犯罪中止。

犯罪中止与犯罪未遂的区别,在我国刑法的规定中是非常明确的。我国刑法规定:“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。”“在犯罪过程中,自动中止犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的,是犯罪中止。”可见,犯罪中止与犯罪未遂的根本区别在于停止犯罪活动的自动性和防止犯罪(预期)结果发生的自动有效性。这个区别揭示了犯罪中止的最基本特征,也反映了中止犯的悔悟或怯懦心理,表明其犯罪意念已经受到抑制,其主观危险性明显地小于未遂犯。行为人自动放弃可能重复实施的侵害,是在他完全有可能进行连续打击,将犯罪进行到底的情况下,采取的不希望犯罪结果发生的行为。该行为虽然发生于初次侵害受阻之后,却处于整个犯罪活动完成之前;阻抗犯罪的外在因素虽已出现,却并未足以成为犯罪“未得逞”的原因,停止侵害仍然出于犯罪者本人的意志。所以,他完全符合犯罪中止的法定条件。

上述情况表明,在许多情况下,判断某一行为究竟是犯罪中止还是犯罪未遂,必须划清一个十分重要的界限:阻碍犯罪继续进行和犯罪结果发生的外在因素的出现,同这种因素能否成为犯罪“未得逞”的原因,绝非一回事。也就是说,必须查明这些因素与犯罪“未得逞”之间有无因果关系。只有二者之间具有因果关系时,这些因素才能成为犯罪“未得逞”的原因,从而成为认定犯罪未遂的根据。否则,不论这些因素存在或出现多少,都不足以成为认定犯罪未遂的根据。而这个界限正是常常容易被混淆的。

众所周知,在犯罪过程中,犯罪人的内心活动是异常复杂的,常因各种不同因

素的出现而发生变化。意外的时机或有利条件,可以坚定犯罪信心,促进犯罪行为的实施和完成。例如,被害人的挑唆或者怯懦表现,犯罪对象的意外出现等,可以使犯罪人恼羞成怒或有恃无恐,不计后果地将犯罪进行到底。相反,意外的启示或者不利条件,也可以抑制犯罪意念,使犯罪人放弃或停止犯罪行为。例如,被害人的请求、斥责或竭力反抗,犯罪对象的难以接近,各种自然因素干扰等,可以使犯罪人悔悟、迟疑或知难而退,打消犯罪的念头。然而,这些因素对于犯罪人心理变化的影响,与它们对于犯罪结果发生的直接阻碍作用,在性质上是大大不相同的。这恰恰是区别犯罪的中止与未遂的一个重要根据。有一个思想迷信的杀人犯正在举刀杀害自己的父亲时,突然雷声大作。他便以为自己的行为为天理所不容,随即放弃恶念,停止了杀害行为。这里,雷声的作用是直接阻止了犯罪结果的发生?还是首先产生了对犯罪人的心理刺激,改变了犯罪人的主观意志,再由犯罪人自动放弃了犯罪呢?显然是后者。那么,雷声的出现就不能成为犯罪“未得逞”的原因,而只是促使行为人中止犯罪的一种外在条件。又如,一个盗窃犯在会计室行窃,当他将一捆钞票拿在手里正欲离开时,会计室的窗户突然被风别开。他猛然吃一惊,钞票掉在地上。镇静一下之后,准备捡起钞票尽快离开。就在他将手再度伸向钞票的一刹那,监狱铁窗的影子在他的脑际闪过,法网难逃的极度恐惧感使他全身战栗,终于放弃了钞票,缩回手匆忙逃离现场。在这个案件中,如果没有风刮开窗户的意外情况,盗动行为就会顺利完成。所以,不可否认,“风刮开窗户”这一外在因素的出现,对于盗窃行为未能达到既遂起了重要作用。但是,它却并非这次盗窃行为“未得逞”的直接原因。它的作用仅仅在于:在客观上,它延长了犯罪过程并使这一过程复杂化;在主观上,它加剧了犯罪人的恐惧感并使其内心矛盾复杂化。而因作案时间延长所造成的两次行为的间隔,恰恰又给犯罪人增加了内心选择的机会,使他终于放弃了第二次侵害行为。可见,在这种情况下,犯罪人经过内心斗争后在主观上作出的最后抉择即他决定不再继续实施盗窃行为的主观意志,才与他放弃第二次侵害的行为具有直接、必然的联系;而“风刮开窗户”这一外在因素,与上述行为之间则仅仅具有一种间接、偶然的联系。所以,它与犯罪“未得逞”这一结果之间没有因果关系,也同样不能成为犯罪“未得逞”的原因。

事实上,重复侵害的情况并非仅在个别犯罪中才有。在许多犯罪中,都会遇到与犯罪人主观意志相对抗的外在因素的阻碍,犯罪行为正是在不断克服这些阻碍的过程中进行的。这个过程本身则表现了侵害与反侵害这两种力量的反复抗

争。如何解释这种抗争的胜负,是正确区分犯罪的中止与未遂的又一个重要界限。

谁都不会否认,杀人犯无不想一击便置人于死地,但实际上大都是在连续侵害下才能得逞;盗窃犯最希望得到他人财物时犹如探囊取物,但伸手即得者毕竟寥寥无几,往往都要通过一系列行为,克服一连串障碍,才能最后达到窃取财物的目的;而强奸犯、抢劫犯又会有几个不遭到被害人的反抗呢?甚至风、雨、雷、电、光线等各种自然因素,也常常会成为实现犯罪目的的障碍。正如犯罪行为的整体性一样,阻抗犯罪的外在因素也不是单一、孤立和一次出现的。例如,被害人的反抗,第三者的干预,各种自然因素的干扰,犯罪人作案手段、工具的限制,行为的误差,以及其自身生理条件的限制等。这些阻抗犯罪的各种因素,如同任何作用力都会必然引起的反作用力一样,总是与犯罪行为同时发生,并贯穿于整个犯罪过程中。它们可能多次出现,也可能相互交织,同时出现,形成一种合力,与犯罪行为相抗争。抗争的结局无非有三种:一是阻抗作用无效,犯罪达到既遂;二是阻抗作用战胜,犯罪未遂;三是这种阻抗作用虽然在客观上尚不能迫使犯罪无法进行,却使犯罪人的心理状态发生变化,促使他自动放弃了继续犯罪的念头。由于这种抗争的反复进行,并非一举就能决定二者的胜负,正如一枪未中还可以打第二枪,一刀未砍中要害还可以砍第二刀一样。犯罪阻抗作用的效果如何,只能以整个犯罪过程的终局而论。在这个终局到来之前即在犯罪人认为有可能并有必要将犯罪进行到底的情况下,如果他自动停止犯罪,避免或防止了犯罪结果发生,就表明对这种行为起决定作用的是犯罪人的主观意志,而不是那些阻抗犯罪的外在因素,尽管这些因素曾经阻碍过犯罪的顺利进行。犯罪人放弃可能重复实施的侵害,正是属于这种抗争的第三种结局。它表现为一种特殊形态的犯罪中止,如前面所列举的,在犯罪的阻抗作用影响下的犯罪中止。

所以,无论是阻抗犯罪的外在因素出现,还是这些因素对于犯罪行为的暂时性阻却,都不是确认犯罪未遂和否定犯罪中止的真正理由。如果将这些因素同那些使犯罪“未得逞”的“意志以外的原因”混为一谈,统统视为认定犯罪未遂的根据,仅仅因为犯罪行为第一次受阻,就认定犯罪未遂而排除了犯罪中止的可能性,不仅混淆了原因与条件的关系,并且,在许多犯罪中就必然会出现无数次未遂。相应地,犯罪中止也就名存实亡了。

此外,从我国刑事政策的角度考虑,将放弃可能重复实施的侵害以犯罪未遂论,也不利于有效地预防犯罪。我国刑法规定对于中止犯应当免除或者减轻处罚

的意义,就在于根据犯罪分子主观危险性的不同程度,区别对待;并鼓励和促使犯罪分子悬崖勒马,自动停止犯罪活动,以减少和减轻对社会的危害。在中止行为出现之前,犯罪分子往往会产生激烈的思想斗争。例如,在报复杀人中,第一枪没有打中目标,行为人犹豫于是否要再开一枪的时候,往往要在两种结局——满足复仇欲与免受制裁之间作出抉择。如果否认放弃可能重复实施侵害行为的中止性质,对于这种行为不能予以免除或者减轻处罚,不仅抹杀了中止犯与未遂犯在主观危险性上的差别,并且会截断行为人的退路,促使他孤注一掷,完成犯罪活动。所以,对于成立犯罪中止的条件限制过于死板,客观上也可能起到鼓励犯罪分子将犯罪行为进行到底的消极作用,是不符合我国刑罚目的的要求的。

原载《现代法学》1986年第3期

论法人犯罪

田文昌 吴世龙

最近几年,在经济领域犯罪中,出现一个令人瞩目的问题,一些法人组织趁改革之机,钻政策法律不够完善的空子,从事严重的经济犯罪活动,甚至达到令人触目惊心的地步。法人犯罪问题已经日益成为司法实践和法学理论研究必须认真对待的重要课题。

我国传统的刑法理论不承认法人作为犯罪主体,现行刑法中没有明确规定法人犯罪的刑事责任。在刑法理论界,学者们认识不一,观点不同,分歧很大。笔者认为法人犯罪客观上是存在的,法人不仅能够成为犯罪主体,并且能够承担刑事责任。

—

法人犯罪是指法人决策机构决定或授意,法人代表或代理人在其职务范围内,以法人名义并为法人利益所实施的一种特殊形式的犯罪。它具有以下基本特征(构成要件):(1)法人犯罪的主体是法人,法人作为独立的法律人格实施犯罪行为。(2)法人实施犯罪行为是经法人决策机构决定和批准的。因法人犯罪具有主观罪过,实践中,法人走私、贪污、行贿受贿、投机诈骗、假冒商标、偷税抗税等犯罪只能由故意构成。

(3)法人犯罪是以法人名义,为法人利益,由法人代表或代理人在其职权范围内所实施的行为。非上述人员所实施的行为或上述人员超越职权所实施的行为,不能构成法人犯罪。(4)法人犯罪的客体同自然人犯罪的客体一样,是为刑法所保护的并为犯罪行为所侵害的社会主义社会关系。法人犯罪不同于以法人名义进行的自然人犯罪,经过法人决策机构的决定或授意,为实现法人的利益,并以法人名义所实施犯罪,这是法人犯罪与自然人犯罪的根本区别。

法人是现代社会经济交往中的重要主体,法律赋予其一定的权利并要求其承担相应的义务。事实上,法人进行经济活动总是具有双重性质的:一方面,法人依照法人章程进行正常的业务范围内的经济活动,行使权利,履行义务,使社会的经济关系和经济秩序得以稳定和发展;另一方面,法人又有可能背离法律规定的权利和义务,违反法人章程和超出业务范围,为法人谋取非法利益,破坏社会正常的经济交往。有一种观点认为,社会主义法人不可能离开其本质属性去实施违法犯罪行为。笔者认为,法人独立的经济地位和经济利益决定了法人行为本位属性。法人由于不能正确处理国家及其他经济组织的利益关系,就有可能作出危害国家、社会和他人的违法乃至犯罪的行为。这个问题在实践中已得到了验证。

同法人作为民事法律关系主体按其意志参与民事流转关系一样,法人犯罪仍有其主观意志性。法人的意识和意志是特殊形式的意识和意志。这种特殊性表现在法人的意思表示是通过法人机关来实现的,而法人机关又是自然人组成的。作为法人神经中枢的法人机关决定和指挥法人的一切活动。因此,法人机关的决策和要求决定了法人活动的方向和形式,也决定了法人活动的合法性与违法性。法人机关的意志,就是法人的意志,在这种意义上,法人与法人机关是不可分割的统一权利主体。诚然,自然人在法人决策中起着决定性作用,法人意志的产生和实现也是靠自然人来完成的。但在这里自然人的意志和行为并非代表其个人,而是形成和实现着法人的意志,实施是法人的行为,因而这种行为的后果也应由法人承担。这里法人与自然人之间存在不可分割的必然联系。在法人犯罪中,法人决策机构的故意和过失是构成犯罪的主观要件,这种故意和过失虽然也是通过自然人的行为表现出来,但其形成的条件和意志内容却与自然人犯罪不同,它所反映的必须是法人的意志,而不是自然人的意志。传统的刑法学理论认为法人没有意志与行为而不能犯罪的观念有待进一步更新和发展。

惩罚法人犯罪并不违背罪责自负原则。法人依照法人机关的决策从事正常的经济活动。法人的犯罪行为仍然是在法人机关的决策支配下施行的。因此,仅

仅追究个别责任人员乃至主管人员的刑事责任并没有完全体现罪责自负原则。在法人犯罪中,法人主管人员、直接责任人员直接策划、组织和具体实施了犯罪行为,他们对法人犯罪负有直接责任,对其追究刑事责任是理所当然的。同时,法人以其经济力量和独立身份实施犯罪,为法人谋取非法利益,亦应承担相应的刑事责任,否则无法弥补法人犯罪造成的巨大经济损失。实践中,法人由于法人机关的正确决策而取得某项成绩,可以获得利益或奖励,同样,法人由于法人机关的错误决定而违法犯罪时,也要承担相应的责任。这样不仅可以体现出权利与义务的一致性,也可以加强法人组织成员的集体责任感,使其更加珍视并充分行使自己的民主权利,对法人组织负责并实行监督,抵制法人违法犯罪。

惩治法人犯罪不仅符合罪责自负原则,而且有利于实现我国刑罚的目的。由于法人犯罪具有主观意志性,那么惩治法人犯罪就会使这种犯罪意志受到压抑和遏制,起到教育和威慑他人的作用,有利于预防、减少犯罪。

二

国外刑法理论关于法人犯罪问题存在不同的观点。主要有:(1)否认说。认为法人是个人权利义务的集合体,法人的权利义务实际上是无主体的权利义务。因此,法人没有犯罪能力,不能承担刑事责任。(2)拟制说。认为法人是法律上拟制的人格。所以,法人可能有法律允许以外的意志和行为能力。因此,法人不能构成犯罪主体。(3)实在说。认为法人同自然人一样,有意志能力与行为能力,因此,法人也有犯罪能力,能够承担刑事责任。^①

各国的刑事责任立法对于法人犯罪及其刑事责任的规定,也有三种不同的情况:(1)刑法明确规定法人与自然人一样都是犯罪主体,承担相应的刑事责任,如英美法系国家。(2)刑法上只规定了自然人犯罪的刑事责任,但在所谓行政刑法中规定法人犯罪及其刑事责任,如日本等国。(3)只承认自然人为犯罪主体,而不承认法人是犯罪主体,如意大利、苏联等国。^②

承认法人犯罪是英美普通法的一个原则。早在19世纪40年代,英美刑法就开始明确规定追究法人犯罪的刑事责任。近几十年来,随着资本主义商品经济的不断发展,垄断和竞争的日益尖锐、复杂化,法人犯罪问题日益突出,相关的刑事

^① 陈广君:《论法人犯罪的几个问题》,载《中国法学》1986年第6期。

^② 何秉松:《关于法人犯罪的初步研究》,载《中国法制报》1986年3月3日。

立法也在不断加强。早在1898年,英国法律中就有“关于刑罚的适用,如果没有特别规定,法人一概予以处罚”的规定,当然刑罚仅指罚金刑而言。1925年和1948年的英国刑事法律都肯定了这一原则。美国纽约州1909年的刑法规定了法人犯自然人徒刑之罪的,处5000美元以上罚金。

在当代英美关于法人刑事责任理论中,比较流行的是同一理论和犯罪理论。同一理论认为,法人刑事责任的基础是,一定的自然人(其行为能够代表法人行为的人)的行为实际上就是法人的行为。最理论的实质是替代责任。它认为法人应对其雇员的意图和行为负责,从本质上讲,雇员的意图和行为(在职权范围内为着法人利益的行为)应归属于法人。

大陆法系国家的刑法恪守自罗马法以来“法人无犯罪能力”的传统原则,不承认法人构成犯罪。自19世纪以来,随着商品经济的不断发展,法人犯罪问题亦日趋突出。在这种情况下,有些学者主张规定法人犯罪问题,在一些法律中也有体现追究法人犯罪的刑事责任的规定。有些大陆法系国家在商法、行政法等法律规范中通过变通方式规定了法人的刑事责任。荷兰刑法虽然只规定了自然人才受刑罚,但在特别法中又规定可对法人施以刑事追诉并处以刑罚。日本近年来在税法、环保法方面明确规定了对法人犯罪的处罚。例如,在大气污染防治法、水污染防治法、噪声控制法中明确规定,因产品质量、食品卫生等原因引起严重后果的,除对法定代表人、代理人及其他责任人员追究责任外,对法人也要判处罚金。类似生命刑和自由刑,有些国家刑法还规定对法人公告解散和停止业务活动的条款。

在刑法理论上,建立在罪刑相应基础上的旧派刑法学,根据客观主义刑法理论关于刑罚的伦理谴责性原则,认为不能对法人适用刑法。新派刑法理论从刑罚的目的是教育、改造和预防犯罪的原则出发,肯定法人可以负刑事责任。英国刑法学家威廉斯指出,法人的刑事责任是把功利主义应用于刑法的一个典型,它不是以公正的理论为基础,而是基于遏制犯罪的需要。

三

我国宪法第5条规定,“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究”。这一具有最高法律效力的原则性规定,指出了一切违法行为都必须予以追究,而违法与犯罪之间并没有不可逾越的鸿沟。违反行政、民事、经济等法律的,应予追究,违反刑法、构成犯罪的,则更应予以追究。由此可见,法人作为犯罪主