

## 中国法学会邮件系统

用户名 密码 

## 信息检索

包含字符 检索内容 检索字段 排序字段 排序方式 

## 一月信息排行 Commun

- 社会转型时期的宪法课题——
- 江苏省法学会法理学与宪法学
- 浙江省法理法史研究会200

法学研究 &gt;&gt; 研究动态

本层分类: | 三级课题 | 研究动态 | 研究文献 | 高层论坛 | 法学奖项

[→ 研究动态](#)

## 中国法学会刑法学研究会2005年年会研讨综述

阅读次数: 1525 2005-12-5 11:10:00

中国法学会刑法学研究会2005年年会于10月28日至30日在湖北省武汉市召开。与会者围绕本届年会事先拟定的三大方面的议题,即刑罚的裁量制度研究、渎职犯罪研究以及刑法修正案(五)的有关问题联系我国现阶段创建和谐社会的现实需要进行了广泛深入的探讨。大会共收到论文324篇,是迄今为止历届年会论文最多的一次。现将与会论文以及研讨的主要观点综述如下:

## 一、刑罚裁量制度研究

## (一) 累犯制度研究

累犯是刑罚裁量中从重处罚的刑罚制度。对累犯制度的研讨主要集中在关于普通累犯成立条件中主体条件的问题、累犯的处罚原则问题以及累犯制度完善问题上。

## 1、关于普通累犯成立条件中的主体条件问题

关于主体条件的问题,主要探讨的是累犯的主体是否包括未成年人以及单位的问题。

绝大多数论者认为未成年人不适用累犯规定的条款。也有论者认为,累犯的主体应包括未成年人。关于单位累犯的问题,有论者在主体问题中论及,有论者在立法建议中论及,有论者则是作了专题论述。主要问题集中在刑法中应不应该设立单位累犯制度。肯定说的主张者认为:对单位犯罪明确承认和规定累犯制度符合适用刑法平等原则;单位再次犯罪的大量事实是刑法确立单位累犯制度的现实基础,增设单位累犯制度具有现实意义;预防单位再次犯罪,保障市场经济健康发展需要刑法确立单位累犯制度。而否定说论者有的认为,单位犯罪的种种特殊性决定了其不符合累犯制度的立法意图。也有论者认为,从累犯制度设立及从严处罚的理论根据上看,刑法不应规定单位累犯;从单位累犯的立法建构上看,设立单位累犯存在立法困境;从司法实践上看,犯罪单位能够轻易逃避单位累犯制度,从而免受从重处罚;从国外立法例看,我国不宜规定单位累犯。本届年会上单位累犯问题是争议较大的问题之一。

## 2、关于累犯的处罚原则

关于累犯的处罚原则之争，主要集中在累犯的从重处罚依据上。有论者认为，累犯从重处罚的依据只能是行为人的危险人身危险性，而不是其他。有论者认为应从累犯的主观恶性和人身危险性来论证累犯从重的刑事责任根据；有论者认为累犯从重处罚的根据，就在于累犯的人身危险性、主观恶性和其他犯罪行为所综合反映的社会危害性，比初犯的更大。也有论者认为累犯从重处罚的根据主要在于其本身所具有的相对于初犯而言更为严重的主观恶性和人身危险性，同时，相对于初犯而言的更为严重的社会危害性，也是从严处罚累犯的辅助性原因。还有论者则从责任主义的刑罚观出发，认为人格责任论所主张的累犯对其犯罪人格的形成所承担的人格形成责任正是累犯从重处罚的根据所在。

## 3、关于累犯制度的完善

有关累犯罪数规定的完善，有论者认为我国现行刑法典中所规定的累犯制度在罪数条件的设置上采取的是：两次以上犯罪就构成累犯。但是，根据我国的法律文化以及累犯制度的设立初衷来看，有必要以三次犯罪作为普通累犯构成条件的罪数条件，并设立再犯的概念，把再犯（两次犯罪）从累犯制度中分离出来区别对待。

对于主观条件的完善，有论者认为我国现行的累犯制度，不应建立在“行为中心论”的基础之上，建议采用主观的累犯概念，即建议在刑法规定中增加“人身危险性条件的规定”。

关于主体条件的完善，建议增设未成年人不构成累犯的例外性规定以及增设单位成为普通累犯主体的规定，并应增加提示性规定，即在存在单位犯罪的情况下，自然人符合累犯成立条件的，是累犯。

而有论者以法律后果为视角认为，我国刑法对累犯从重处罚的规定过于简单，不利于司法实践中的操作，建议对累犯处罚的原则作进一步具体的规定。

### （二）自首与立功制度研究

#### 1、自首制度研究

关于自首制度的研讨，主要集中在自首从宽处罚原则的根据问题、自首认定中的疑难问题以及自首制度的完善问题。

##### （1）关于自首从宽处罚原则的根据

关于自首从宽处罚原则的根据问题，有论者提出，应从自首的本质上去认识从宽处罚的根据，认为根据在于是犯罪人犯罪后自动归案，自己把自己交付国家追诉的。有论者认为自首从宽的根据只能从犯罪人人身危险性的减少中得以说明。也有论者认为自首从宽处罚的根据可归纳为两点：其一，基于人身危险性的减轻，实现刑罚目的的需要。其二，

基于司法成本的经济性，实现功利目的的需要。还有论者认为，自首从宽处罚的根据应从三个方面来理解，三个方面根据包括法律根据、政策根据和法理根据。法律根据即刑法第67条之规定。惩办与宽大相结合的基本刑事政策是自首得以从宽处罚的政策根据。自首犯从宽处罚的法理根据，应当从主客观相统一的刑事责任原则上来考量，而重点在于自首行为所反映出的自首犯人身危险性的降低。

### （2）关于自首认定中的疑难问题

关于自首认定中的疑难问题的研讨比较分散。相对集中的问题包括：对一般自首成立条件中的“自动投案”的认定问题、共同犯罪的自首认定问题以及数罪自首的认定问题。关于“自动投案”的认定，有论者认为，因将“犯罪之后”理解为不仅是犯罪既遂之后而投案的，犯罪预备、未遂或中止后而投案的，同样可以成立自动投案。“形迹可疑”的问题是司法实践中认定自首的较为棘手的问题之一，有论者认为罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑被有关部门查询、教育后，主动交代犯罪事实的，应视为归案之前的情况对待。关于共同犯罪自首的认定，争议的焦点是共同犯罪人在投案后，交代了哪些罪行才算如实供述了自己的罪行？对此，有论者认为在共同犯罪中，共犯自首时要供述的“自己的罪行”，除了自己实施的那一部分外，还包括其确实知道，与自己实施的犯罪密不可分的其他共同犯罪人实施的罪行。至于其揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪，则超越了自首的范围，从而应当被认定为立功。并分别就主犯、从犯以及胁从犯的“自己罪行”的认定作了具体的分析。数罪自首的认定，主要争议是，一人犯了数罪，主动投案时仅交代了一罪，或者虽然交代了几罪，但仍有罪行未予交代而在追诉或者服刑中被查出，对于余罪是否能成立自首的问题。大多数论者认为，犯罪人犯有数罪而自首的，对于自首的罪行，按照自首来处理，其效力不及于没有自首的罪行。有论者认为，对异种数罪的自首，只对如实供述的部分犯罪成立自首，之后再与其他犯罪并罚；对于同种数罪的自首，则区分并罚的同种数罪与按一罪处断的同种数罪分别处理。

### （3）关于自首制度的完善

大多数论者对自首制度的完善提出了以下建议：①明确规定单位自首。认为单位自首是客观存在的，如果承认单位具有犯罪能力，那么基于完全相同的道理，也应当认同单位在犯罪后具有自首的能力；②修正准自首的成立条件。认为应将准自首的成立条件规定为：“被关押的人员，如实供述司法机关还未掌握的本人罪行，并接受审查和裁判的……”；③增设首服制度。因为“首服”和“告诉才处理的犯罪”是一对孪生兄弟，只要一部刑法在规定了自首制度的同时，还规定有“告

诉才处理的犯罪”，那么无论该刑法是否明确规定“首服”的制度，

“首服”制度都是该刑法的必然伴随物；④完善特别自首制度。我国既然已经采取混合式的立法模式，就应对一般自首、准自首和特别自首予以明确地规定和界定。但是也有论者对上述建议提出了异议。也有论者对最高人民法院所发布的《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》中蕴含有违“人性”的思想提出了质疑。

## 2、立功制度研究

### （1）关于立功制度的价值

多数论者认为，我国立功制度的设计，在价值取向上存在着偏重于功利性的倾向，造成了立法的瑕疵和司法的尴尬。认为立功制度既应具有公正的属性，也应具有功利的属性。有论者进一步认为，应在正义的基础上运用功利主义。这样一来，立功制度就不仅关注行为对社会的有益性，而且同时也关注犯罪人的悔罪意识和主观恶性的强弱。

### （2）关于立功的成立条件

有论者根据刑法典第68条的规定或（及）《解释》的规定，对立功的成立条件进行了重构。认为作为立功成立前提条件的主体的“犯罪分子”，应为诉讼法意义上的犯罪嫌疑人、被告人，而不能是罪犯。而“实施了犯罪行为”，是指实施了刑法分则规定的犯罪行为。如果在实施刑法分则规定的犯罪行为过程中出现了犯罪的预备形态、未遂形态、中止形态，依法需要追究刑事责任的，也视为“实施了犯罪行为”；对于时间条件应界定为“从犯罪成立之后至判决、裁定生效前”的时间段是合适的；对于行为条件，可以概括为是犯罪分子实施了对国家和社会有益的行为，并认为没有必要将主观方面单列为立功的成立条件。

### （3）关于立功制度的立法完善

有论者认为关于立功制度应从以下方面进行完善：应纠正功利主义的偏向；明确立功表现；填补处理空档以及合理排列规范。有论者认为，应当完善关于假检举揭发、提供假线索的处罚规定以及关于查证不力甚至不查证的规定；还认为刑法关于自首并有重大立功表现的应当减轻或者免除处罚的规定过于绝对，解决问题的办法只能是修改第63条第1款和第68条第2款。有的论者对单位立功的问题作了较为全面、深入的探讨。

## （三）数罪并罚制度研究

关于数罪并罚制度，既涉及到宏观问题，也涉及到微观问题。

1、关于数罪并罚制度的宏观问题。有论者提出，中国刑法学说中的罪数论体系及其概念主要源于外国刑法学说，明显不适应中国的数罪并罚体制，因此有必要考虑中国刑法和司法习惯不喜好数罪并罚的特

点，建立适合这种特点的罪数论体系。还有论者认为，鉴于限制加重原则的正确适用正在引起愈益增多的人的反思，而技术层面的问题最终又受观念方面的深度制约，因此从基础观念层面对数罪并罚的限制加重原则予以研究，并从数罪并罚原则与刑罚公正思想、限制加重原则与罪刑相适应原则的关系等方面展开论述。还有论者对数罪并罚成立范围之立法检讨，认为关于数罪并罚的成立范围，我国应当摒弃现行的刑罚未执行完毕主义而采裁判确定主义。另有学者就数罪并罚的四种原则（并科原则、吸收原则、限制加重原则和折中原则）之特点、利弊加以评析，并就各刑种并罚应适用的原则及在适用中出现的问题进行了分析。

2、关于数罪并罚制度的微观问题。诸多学者讨论的一个焦点问题是关于牵连犯处罚原则是否适用数罪并罚论。持肯定论的学者认为，为了解决理论冲突、立法矛盾和实践困惑，应当对牵连犯实行数罪并罚。理由主要有：（1）就牵连犯的罪质而言，牵连犯是由数个行为构成的；（2）就牵连犯的社会危害性而言，我们很难主观地断定牵连数罪与普通数罪的客观危害性究竟孰大孰小；（3）就刑罚目的而言，能更好地发挥刑法功能；（4）就发展方向而言，对牵连犯实行数罪并罚，既是我国刑事立法的发展趋势，也是世界各国的呼声。持否定论的学者认为，“数罪并罚论”作为具有独立关系的牵连犯的处罚原则是合理的，但如果把它当作所有牵连犯的处断原则，则有违于双重评价禁止原则和充分评价原则。另外，还有学者围绕如何界定数罪并罚制度中之“数罪”、“法定的时间界限之内”同种数罪的并罚问题等展开具体的研讨。

#### （四）缓刑制度研究

关于缓刑制度的研讨，涉及的主要内容是缓刑制度的完善和缓刑制度的比较研究问题。

1、关于缓刑的完善问题。有论者认为，量刑与行刑是罪刑关系运动的两个阶段，从时间上来说，缓刑发生在量刑阶段，将其归之于量刑制度似乎并无不可，但缓刑是在刑罚量定的基础上，对其执行方法的确认，它不涉及刑罚之量定的问题，而只与刑罚的执行有关，在逻辑上应当将其归之于行刑制度。还有的学者认为，我国现行立法所规定的缓刑制度还过于简单、笼统，存在诸多方面的不足，如适用条件、考察制度等，并且，在实际的适用过程中，还存在许多不尽如人意之处，并从缓刑考察制度所存在的一些问题入手，提出一些具体建议。还有的学者从行刑社会化的视角探讨了我国缓刑监督考察制度的完善问题。还有的学者从公正和功利的角度出发，认为要想充分发挥缓刑的功能，同时又防止缓刑的适用过于随意以致丧失公正性，缓刑制度的立法完善与司法改

进势在必行，并且在考察了缓刑立法存在的缺陷和司法适用中存在的问题后，提出具体的建议。还有的学者以对某区人民法院自2001年以来的有关缓刑适用情况的调查数据为依据，并以这种典型调查为基础归纳出当前司法实践中缓刑适用的主要特点和主要问题，在此基础上提出完善缓刑问题的若干建议。还有的学者从理解“原判刑法就不再执行”含义角度出发，进一步探讨了缓刑执行的完善问题。还有的学者认为为了正确适用缓刑，应以我国刑法的规定为基础，结合司法实践，对我国的缓刑制度适用中的疑难问题从刑法完善角度进行探索。

2、关于缓刑制度的比较研究问题。有学者依据2005年1月7日通过的我国台湾地区刑法部分条文修正案，对修正幅度较大的缓刑制度进行详细介绍，并且发表了自己的评论。还有学者结合世界各国对于缓刑制度的立法规定和理论研究成果，对缓刑的种类、缓刑的适用条件、缓刑的考验期及考察机关、缓刑的撤销等问题进行详尽的比较研究，以此来进一步推动我国缓刑制度的研究。

## 二、实务问题研究

### （一）关于渎职罪的一般问题

#### 1、渎职罪的主体

97刑法颁行之日起，对国家机关工作人员本质与范围的理解争议不断，主要有“身份说”（具有国家干部身份的人）；“公务说”也称“职能论”（是否从事公务）；“身份与公务兼具说”；三位一体的“新公务论”等不同观点。有论文认为，中国共产党、政协组织不属于国家机关。但多数认为将中国共产党、中国人民政治协商会议组织等都排斥在外，显然于我国实际情况不相符合。不少学者认为，国家机关工作人员具体包括：（1）在国家机关中从事公务的人员；（2）经合法授权而从事公务的人员；（3）受国家机关委托从事公务的人员。

#### 2、渎职罪的客体以及渎职罪的前提或原案问题

有学者认为，渎职罪的犯罪客体应是国家机关工作人员应正确履行自己相应职责的义务；客体要件是国家机关工作人员不正确履行自己职责时所指向的具体的人或物的存在状态，它反映了国家机关工作人员应尽职责履行自己职责的义务的客体。此外，有论文认为，渎职罪本案的构成，须以前提罪在实质上确定或者原案在实质上成立为基础，即根据司法机关掌握的证据，行为人实质上涉嫌构成相关的原罪，就可以相应渎职罪立案。

#### 3、渎职罪的数罪问题

有学者认为，故意罪过的渎职罪特别是有徇私动机的渎职犯罪，往往与受贿行为交织。传统刑法理论认为属于牵连犯形态，应当实行从一

重处。但是晚近以来，我国刑事立法和司法解释对于牵连犯的处罚，既有按照从一重罪，也有实行数罪并罚的，如果考察的“牵连犯”中的数个犯罪构成之间不符合想象竞合犯或吸收犯的特征，则对行为人应当实行数罪并罚。

#### 4、渎职罪的立法缺陷与完善

有学者认为我国渎职罪的立法缺陷主要表现在以下方面：一是列举式立法模式的局限性。二是犯罪主体的立法缺陷。主张借鉴《联合国反腐败公约》将渎职罪的主体由“国家机关工作人员”修改为“国家公职人员”或“公务员”。三是法定刑的缺陷：渎职犯罪涉及35个罪名无一适用资格刑的规定。四是同类型故意犯罪与过失犯罪法定刑同一的缺陷。认为故意犯罪比过失犯罪的社会危害性大，应当规定相应较高的法定刑。还有学者对于跨越《刑法修正案》的渎职行为如何适用法律，“重大损失”、“特别重大损失”如何把握等难点问题提出了各自的观点。

### （二）关于滥用职权罪与玩忽职守罪

#### 1、滥用职权罪的罪过形态

关于滥用职权罪主观罪过形式有六种不同的观点：一是过失说；二是间接故意或过失说；三是间接故意说；四是直接故意说；五是复合罪过说（间接故意加过于自信的过失）；六是故意说。有论文着重指出，新刑法新增滥用职权罪的本意是便于区别原玩忽职守罪，而且从我国刑法与《联合国反腐败公约》相协调的角度看，应采取“故意说”。

#### 2、滥用职权罪的行为方式

关于滥用职权罪的行为构成的分歧，集中体现在不作为能否成为该罪的行为方式上，对此有肯定说与否定说。

肯定说的主要理由是：首先，与不作为之理论通说相符；其次《联合国反腐败公约》也包括作为与不作为两种滥用职权，为与此协调，滥用职权应当包括不作为。否定说的理由有以下几点：其一、文义上“滥用”是“胡乱地或过度地使用”，有权“不”用谈不上“滥用”。其二、滥用职权罪的行为是复式的结构，各种具体行为只是表象的、下位的行为，滥用职权才是上位的、总括性的行为；具体行为可以是不作为，但总括性行为不可能由不作为构成。其三、对于滥用职权罪的“放弃职责，故意不履行职务”，放弃职“责”并不是放弃职“权”；故意不履行职“务”，恰恰是通过故意滥用职“权”才得以实现。还有的认为，如果是纯粹放弃职责应该做而不做，则不再属于滥用职权而属于玩忽职守。另有人认为，滥用职权的客观行为表现从规范意义上看，是不作为；从事实层面上看，既包括作为也包括不作为。

### 3、“重大损失”在本罪中的性质

目前学界有学者认为“重大损失”只是客观处罚条件，另有学者认为属“客观超过要素”。有论文认为，重大损失应是本罪的必要构成要件，而非客观超过要素或客观处罚条件。

还有论文论及我国刑法第397条第1款的规定中的“重大损失”与“情节特别严重”的关系，认为，“重大损失”为本罪的结果要件，而“情节特别严重”为本罪加重处罚要件。在滥用职权罪中这种不同类型标准被混同使用，相应就出现了规范性断层。所以，滥用职权罪中结果要件的“重大损失”应修改为“情节严重”。

### 4、滥用职权罪的立法完善

有论文建议：将滥用职权与玩忽职守罪的条文分立；将行政执法人员滥用职权作为特定条款统一规定；将该罪分解为故意和过失犯罪；客观方面的规定采用叙明罪状；刑罚方面增加附加刑。另有人主张，在犯罪模型上将所有故意的一般性渎职行为统一拟制为滥用职权罪，将所有过失的一般性渎职行为统一拟制为玩忽职守罪。

针对目前惩治“瞒报谎报”于法无据的弊端，即对于那些不涉及严重刑事犯罪、或者司法工作人员以外的国家机关工作人员的瞒报谎报行为，要追究其刑事责任却于法无据的现状，有论文建议对严重“瞒报谎报”行为予以刑法惩治。

### 5、玩忽职守罪的主观方面

传统观点认为，玩忽职守罪主观方面只能是过失。但有论文认为，玩忽职守罪不仅包括过失而且包括间接故意。还有极少部分学者主张，玩忽职守罪的罪过形式不仅是过失和间接故意，也应该包括直接故意。

### 6、玩忽职守罪的客观方面

对于玩忽职守罪的行为方式，普遍认为是典型的不作为，表现为消极懈怠、不履行或放弃履行自身职责的行为。如何认定玩忽职守行为造成重大损失的截止期限，主要有三种观点：一种观点认为应在人民检察院立案侦查时；另一种观点认为应在案件起诉后法院开庭审理前；第三种观点认为，行为人的行为造成了危害结果，在采取了一切手段仍无法挽回经济损失的情况下即可认定。

### 7、玩忽职守罪的立法完善

有论者认为，为有效遏制玩忽职守犯罪，促使公职人员恪尽职守，依法履行自己的职责，应规定玩忽职守犯罪的危险犯。还有论者认为，应根据实际情况，合理加重对特定岗位的公职人员的玩忽职守罪这类重过失犯罪的处罚。

## 1、关于徇私舞弊

关于徇私舞弊的研究，主要集中于徇私舞弊的地位、性质、内涵、罪数判断等问题。不少学者立足于现行立法，从字义、论理的规范角度进行了分析；还有学者从应然的视角对其去留进行了考量。

(1) 徇私舞弊的地位。关于它在徇私舞弊型犯罪中的地位，多数学者认为它是必须具备的构成要件；有学者肯定其在刑法解释角度上的构成要件地位，但主张应“将多余的解释掉”；有学者则认为徇私舞弊不是这类犯罪的犯罪构成要件，并主张修改现行法条，删除“徇私”、“舞弊”的规定。关于它是主观的构成要件，还是客观的构成要件，多数学者认为应区别对待，即“徇私”属主观的构成要件，“舞弊”属客观的构成要件。

(2) 徇私舞弊的性质。主要是徇私的性质，刑法学界历来有“犯罪动机说”、“犯罪目的说”两种观点。众多学者对此进行了细致地研究，肯定徇私是动机。同时，有学者还就此指出，刑法理论研究不能习惯于用各种既定的理论命题判断刑事立法合理与否，归纳方法更有利于刑法理论的创新与发展。

(3) 徇私舞弊的内涵。学者都肯定徇私包含徇情之义，但对于“私”的理解仍不尽相同。有些学者认为徇私包括徇个人之私和徇单位、集体之私。有学者认为徇私不限于徇自己之利益，也包括徇行为人之外的第三者的利益；第三者可以是小团体、小集体，但不宜包括单位。有学者认为对“徇私”的“私”应作引申理解，如果行为人并非为了单位利益，而是为了所谓“小集体”、“小团体”的特定的单位成员的私情、私利的，可以认定为“徇私”。还有学者则从国家公权力的视角，认为刑法意义上的徇私是基于行为人具有某种公权力但因徇私而渎职的行为，所谓徇私，既指徇私利，也指徇私情；既指徇个人之私，也包含徇单位之私、徇小团体之私。

(4) 徇私舞弊的罪数判断。集中于行为人因受贿而徇私舞弊犯罪的，应如何定罪处罚。刑法理论中历来存在牵连犯、想象竞合犯、法条竞合犯等不同的观点，对此，众多学者详细梳理、评析了以往的观点。有学者认为应成立法条竞合关系，不应实行数罪并罚。有学者认为应具体情况具体分析，如果行为人因收受他人财物而实施渎职行为，应构成徇私舞弊型渎职个罪与受贿罪的法规竞合犯形态；如果行为人因索取他人财物而实施渎职行为，则构成徇私舞弊型渎职个罪与受贿罪的牵连犯形态，无论属于上述那种犯罪形态均应以一罪认定处罚。有学者认为在“牵连犯形态说”和“两罪并实行数罪并罚说”之间进行取舍是比较合理的，且两种说法的共同存在并没有矛盾。有学者则认为应严格遵循罪

刑法定原则，在现行刑法规定下，对于司法工作人员收受贿赂，有徇私枉法等渎职行为的，不能再以数罪并罚处理，其罪数形态应属于想象竞合犯。

## 2、关于徇私枉法罪的司法及刑法理论

(1) 徇私枉法罪司法。有学者从具体案例出发，对当前徇私枉法案件的特点及其原因进行了深入的探讨，并提出了相应的解决对策；有学者则结合一个典型的案例，阐述了有关该罪的司法认定问题。

(2) 徇私枉法罪的刑法理论。对徇私枉法罪的刑法理论研究，主要集中于该罪的犯罪主体（司法工作人员）的范围认定及对有罪的人的判断，对枉法追诉的理解等方面。关于犯罪主体，众多学者对司法工作人员是否包括司法机关内部的专职鉴定人、记录人员、鉴定人员、人民陪审员、内勤人员、受司法机关委托从事司法工作的人员等，以及这些人员在何种情形下可成为徇私枉法的主体进行了细致的界定。有学者还建议刑法应将人民监督员列为本罪主体。有些学者还认为单位可以成为本罪的主体。关于如何判断有罪的人，刑法理论上历来存在“法院宣告有罪说”、“批捕说”、“涉嫌犯罪说”三种观点。有学者指出有罪的人不完全是指法院判决确定有罪的人，同时在各个阶段上所确认的犯罪嫌疑人和被告人也包括在内。有学者认为我国现行刑法中“有罪的人”的规定不够科学，应改为“犯罪嫌疑人、被告人”。有些学者认同“涉嫌犯罪说”的观点，主张前案嫌疑人是否属于“有罪的人”，主要是看“当时”的证据材料，而不是嫌疑人实际上是否犯罪，以及是否为法院最终判决所确认。有些学者则主张从实质上来认定和把握“有罪的人”，客观上实施了犯罪行为，有犯罪事实的人都是“有罪的人”。关于枉法追诉，有学者认为包括在没有立案的情况下，徇情枉法、徇私枉法所采取的强制措施，不受追诉的内容应当包括定罪与量刑两方面的内容。有学者认为本罪中的“追诉”只应包括立案、侦查、采取强制措施、起诉活动。此外，还有学者对“利用职务上的便利”、徇私枉法罪的罪数形态、徇私枉法罪的共同犯罪等问题进行了研究。

## 3、关于民事、行政枉法裁判罪及其他犯罪

有学者以类型思维为视角，对民事、行政枉法裁判罪客观方面的几个问题进行了探讨，有学者则研究了该罪的存在范围、共同犯罪及罪数形态。此外，有学者还对法官渎职犯罪、税收渎职犯罪及徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪进行了研究。

### (四) 《刑法修正案（五）》有关问题研究

#### 1、关于信用卡犯罪

有些学者研究了修正案（五）对信用卡犯罪的修正问题，认为窃

取、收买或者非法提供他人信用卡信息资料的行为应为妨害信用卡管理罪，没有必要单独设定罪名，并详细论述了妨害信用卡管理罪的构成特征、司法认定及刑事责任问题。有学者研究了修正案中的“使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的”行为，认为对这种行为应按妨害信用卡管理罪定罪处罚；此外，盗窃并使用以虚假身份骗领的信用卡的行为不能按盗窃罪定罪处罚。有学者认为使用以虚假身份骗领的信用卡的行为构成信用卡诈骗罪，如果行为人又使用了该骗取所得信用卡的，则实际上实施了两个犯罪行为，分别触犯了两个罪名，即妨害信用卡管理罪和信用卡诈骗罪。还有观点认为，不仅盗窃信用卡的先行行为不构成盗窃罪，盗窃信用卡并使用的行为亦不成立盗窃罪；主张“使用”不包括出售行为。有学者详细归纳了修正案（五）对信用卡犯罪的修正之处，并对这些修正进行了深入的阐述。有学者则从应然的角度对修正案（五）关于信用卡犯罪的立法进行了一系列的审视，指出其不足，并提出了完善的建议。此外，还有学者还对修正案（五）的立法背景进行了思考，有学者则将目光延伸至网络信用卡诈骗。这些都表现了我国学者对信用卡犯罪的研究正日益深入。

## 2、关于过失损坏军事通信罪

有学者根据《刑法修正案（五）》，对过失损坏军事通信罪的立法与理论进行了研究，详细论述了该罪的构成特征及其司法认定问题。

陈家林 郭泽强 蒋羽扬 徐立

[【返回】](#)