

2014-2

本
辑
要
目

◆ 热点案件透视

缓刑适用应受责任刑的制约

——国内迄今最大基金老鼠仓案：

马乐利用未公开信息交易案/叶良芳

◆ 疑难案件探讨

减轻处罚附加财产刑应规范适用

——杜某贩卖毒品案/涂俊峰

◆ 重大案件争鸣

醉酒后在公共场所持刀连续捅刺致多人死伤的行为

宜定性为故意杀人罪

——李某酒后在公共场所持刀随意扎刺多人案/喻海松

◆ 京西法治沙龙

危害食品安全犯罪司法认定及立法完善探讨

——王某某等销售有毒、有害食品及不符合安全标准的食品案/王硕蕾

◆ 司法解释研究

关于如何执行没收个人全部财产问题的研究意见/黄应生

北京师范大学刑事法律科学研究院◇主办

刑事法判解研究

总第33辑

赵秉志◆主编

人民法院出版社

2014年第2辑(总第33辑)

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解研究. 2014年第2辑. 北京: 北京师范大学刑事法律科学研究院, 2014

北京: 北京师范大学刑事法律科学研究院, 2014

《刑事法判解研究》

ISBN 978-7-310-37120-1

Ⅰ. ①刑… Ⅱ. ①赵… Ⅲ. ①刑法—判例—研究—中国

Ⅳ. ①D924.02

刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办

赵秉志 主编

主任 赵秉志 北京师范大学刑事法律科学研究院

副主任 柯云腾 林国威 主编 赵秉志

委员 (以姓氏笔画为序): 王作堂 王世伟 王利明 王敏 王新 王克勤 王克勤 王克勤

出版发行 中国人民大学出版社

地址 北京市东城区东黄城根北街2号

电话 (010) 62510172

010-62510172

010-62510172

010-62510172

010-62510172

010-62510172

010-62510172

010-62510172

010-62510172

010-62510172

010-62510172

010-62510172

010-62510172

010-62510172

人民法院出版社

ISBN 978-7-310-37120-1

32.00元

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解研究. 2014 年. 第 2 辑: 总第 33 辑/赵秉志主编;
北京师范大学刑事法律科学研究院主办. —北京:
人民法院出版社, 2015. 12

ISBN 978 - 7 - 5109 - 1350 - 1

I. ①刑… II. ①赵… ②北… III. ①刑法 - 判例 - 研究 - 中
国 IV. ①D924. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 235586 号

刑事法判解研究

2014 年第 2 辑(总第 33 辑)

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办

赵秉志 主编

责任编辑 丁丽娜

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编 100745

电 话 (010)67550608(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

客服 QQ 2092078039

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 270 千字

印 张 15.5

版 次 2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 1350 - 1

定 价 38.00 元

《刑法法判解研究》

学术顾问

高铭暄 陈光中 王作富 储槐植 樊崇义
张 军 南 英 黄尔梅 朱孝清 孙 谦

编辑委员会

主 任 赵秉志
副 主 任 胡云腾 陈国庆
委 员 (以姓氏拼音为序)

戴长林 高贵君 高憬宏 李希慧
卢建平 裴显鼎 彭 东 宋英辉
王尚新 杨万明 张智辉 周 峰

主 编 赵秉志
副 主 编 左坚卫
编 辑 廖 明 郭雅婷 王 帅 赵 远

图书在版编目(CIP)数据

刑事法例研究. 2014年. 第2辑. 总第33辑. 王康主编.

北京: 中国政法大学刑事法律科学研究所, 2014.

特邀编辑 (以姓氏拼音为序)

ISBN 978-7-5109-1350-1

陈超 广东省揭阳市中级人民法院院长

龚培华 上海市金山区人民检察院检察长

黄祥青 上海市第一中级人民法院副院长

孟燕菲 最高人民检察院法律政策研究室处长

万云峰 广州市中级人民法院刑一庭庭长

翁跃强 浙江省人民检察院控申处处长

吴光侠 最高人民法院研究室案例指导处处长

詹复亮 最高人民检察院反贪总局业务指导处处长

张温龙 福建省石狮市人民检察院检察长

周加海 最高人民法院研究室副主任

邹开红 北京市人民检察院办公室主任

责任编辑 王康

网络地址 <http://www.courtbook.com.cn>

电子邮箱 courtpress@sohu.com

出版单位 中国政法大学刑事法律科学研究所

总发行 新华书店

开本 787×1092毫米 1/16

字数 270千字

印张 15.5

版次 2014年12月第1版 2014年12月第1次印刷

书号 ISBN 978-7-5109-1350-1

定价 38.00元

总主编 王康

副总主编 王康

编委 王康

编委 王康

编委 王康

编委 王康

编委 王康

编委 王康

编委 王康

编委 王康

卷首语

经过长期努力，司法机关对“疑罪从无”的观念已经有所接受。具体反映在社会影响广泛的念斌投毒杀人案于2015年被终审判决无罪等刑事司法事件上。本辑【名案法理研究】栏目刊登的周建军、杨芳撰写的《中国死刑改革与民意背反问题思考》，以李昌奎强奸、故意杀人案为例，对当前中国限制、废除死刑的制度改革与民意之间存在的较为严重的背反问题进行了揭示和反思。作者认为，中国死刑制度的改革应当充分考虑到多元社会力量的要求，提升公共政策的回应能力，树立一种依法渐进废除死刑制度的进路。

2015年，中国股市惊心动魄的跌宕起伏反映出该领域潜伏的巨大风险。中国股市的种种乱象亟待治理，否则，它将会循环往复地上演非理性暴跌暴涨，最终真正危及中国经济甚至社会稳定。本辑【热点案件透视】刊登了叶良芳教授对我国迄今最大基金老鼠仓案——马乐利用未公开信息交易案的剖析文章。该文选择了应如何适用缓刑这一独特视角，这是因为法院对这起社会影响恶劣，危害严重且民愤很大的案件的被告人马乐适用了缓刑。这样的刑罚裁量结果是否正当、是否合法，值得思考。该栏目还刊登了吴宜远等作者撰写的两篇文章，对曾引起社会很大反响的空姐李晓航“网络海外代购”走私案的定罪量刑问题进行了探讨。

本辑的【疑难案件探讨】栏目刊登了13篇案例研讨文章，分别探讨了以下刑事实体法和程序法问题：（1）在减轻处罚的情况下，如何正确适用附加财产刑；（2）如何选择适用涉及禁止令的法律；（3）驾校学员醉酒驾驶，陪驾教练不加制止，继续陪练，酿成事故，对学员和教练的行为应当如何定性；（4）对“恶意透支”行为，应当如何认定其实施的时间点；（5）如何认定假冒注册商标罪，对这类案件推行的“三审合一”审理模式有何优势；（6）如何认定侵犯公民个人信息罪；（7）如何认定入户抢劫中

“户”及入户目的；(8) 入户盗窃既未遂形态如何认定；(9) 在新信息技术突飞猛进的时代背景下，如何加强对网络犯罪的刑法规制；(10) 如何判断“毒品代购”行为，对这类行为应当如何定性；(11) 为赚取毒品吸食多次主动代购毒品应如何定性；(12) 交通事故认定书在刑事诉讼中能否作为证据使用，应当归为何种证据；(13) 抢劫罪的证据审查、事实认定与法律适用问题。

在北京市石景山区人民检察院的大力支持下，从本辑开始，我们新开设了【京西法治沙龙】专栏，用于刊登检察机关一线办案人员撰写的案例研究文章。本辑刊登了石景山检察院工作人员撰写的5篇文章，这些文章大多出自案件承办人员之手，短小精炼，对案件中存在的疑难问题捕捉准确，解答到位，对理论研究和实务操作均具有很好的参考价值。石景山区人民检察院多年来一直重视办案质量，采取多种形式提升办案人员的专业水平，收效十分显著。我们在对该院表示祝贺的同时，还应当对他们大力支持理论与实践相结合的刑事法学术研究活动表示衷心的感谢！

在【冤错案件反思】栏目，刊登了王小芳撰写的对赵作海“杀人”冤案的反思文章。作者认为，赵作海案以及其他诸多冤假错案所引发的强烈社会反响提示我们，当下维护司法公正、正常司法秩序，树立司法权威紧迫而重要。当深入到冤家错案的案情当中，我们会明了冤家错案发生的内在机理，会发现人权保护意识以及法律适用抵牾的短板，这与中国依法治国国家战略强力推进、社会主义法律体系基本形成、国家软硬实力大幅提升的社会现实，形成强烈的反差。

在【司法解释研究】栏目，刊发了最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部有关负责人就《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定（试行）》的答记者问文章，帮助有关部门正确适用禁止令相关规定，确保非监禁刑执行效果；刊发了最高人民法院为了打击拒不执行判决、裁定等犯罪而发布的10起拒不执行人民法院判决裁定犯罪典型案例；同时，还刊登了由最高人民法院研究室刑事处的研究人员执笔的三项研究意见：关于如何执行没收个人全部财产问题的研究意见，关于磷化铝是否属于刑法规定的毒害性物质的研究意见，以及关于刑法第二百五十三条之一第二款有关内容理解问题的研究意见，有助于从事刑事法律工作的人员对有关问题的了解和把握。

目录 CONTENTS

(86) 著文类	案要相贵永高, 广研——
(88) 刘志王王康某董官有毒, 有害食品及、案能光才出前编某研	——
(78) 和瑞港、文并吴是否涉骗合同作骗罪案被面供主冒题贵能丰	——
(89) 李瑞案中“情书较轻”酌减感前入个月公路对某某况, 某某丰	——
(201) 藏立中公司“的员工侵占发起火实际履行出资的数额修其案件	——
【名案法理研究】	宝利利威杰理案未刑在查(人180)
中国死刑改革与民意背反问题思考	——
——李昌奎强奸、故意杀人案	周建军 杨芳(1)
【热点案件透视】	宝利利威杰理案未刑在查(人180)
缓刑适用应受责任刑的制约	——
——国内迄今最大基金老鼠仓案: 马乐利用未公开	——
信息交易案	叶良芳(16)
海外代购的罪与罚	——
——空姐李晓航走私案	吴宜远(33)
也谈海外代购行为的刑法规制	——
——空姐李晓航走私案	石东洋 雷传平 陈文举(49)
【疑难案件探讨】	——
【实体法问题】	——
减轻处罚附加财产刑应规范适用	——
——杜某贩卖毒品案	涂俊峰(54)
如何选择适用涉及禁止令的法律	——
——李某销售假药案	李洪杰(61)

学员醉驾、教练陪驾的行为定性

——杨飞、高永贵醉驾案 侯文静(68)

“恶意透支”行为认定中的时间问题

——杨某鹏信用卡诈骗案 董莹 王志远(80)

假冒注册商标罪的认定及审理模式探讨

——李清贵假冒注册商标案 吴凡文 张淑丽(87)

侵犯公民个人信息犯罪的司法认定

——李某某、张某某侵犯公民个人信息案 贾长森(96)

入户抢劫中“户”及入户目的的认定

——董某抢劫案 林洁(105)

入户盗窃既未遂形态如何认定

——花荣盗窃案 沈言(109)

新信息技术与网络犯罪的刑法规制

——郑某等非法控制计算机信息系统案 吴沈括 侯日欣(115)

“毒品代购”行为的判断及其定性探讨

——赵某、韩某贩卖毒品案 艾阳 张益(124)

为赚取毒品吸食多次主动代购毒品如何定性

——马文龙犯贩卖毒品案 姜金良 仇兆敏(131)

【程序法问题】

交通事故认定书在刑事诉讼中的适用

——陈某交通肇事案 郝丽佳(139)

抢劫罪的证据、事实与法律适用

——毕某等人涉嫌抢劫案 廖明(146)

【重大案件争鸣】

醉酒后在公共场所持刀连续捅刺致多人死伤的行为宜定性为

故意杀人罪

——李某酒后在公共场所持刀随意扎刺多人案 喻海松(152)

【京西法治沙龙】

危害食品安全犯罪司法认定及立法完善探讨

——王某某等销售有毒、有害食品及不符合安全标准的

食品案 王硕蕾(161)

“一房二卖”行为是否涉嫌合同诈骗罪

——袁某某合同诈骗案 朱逸秋(170)

绑架罪中“情节较轻”的认定

——刘某某绑架案 高 岑(175)

“设立中公司”的员工侵占发起人实际履行出资的财物如何定性

——吴某某职务侵占案 赵晓敏 王红梅(180)

如何区分私分国有资产与共同贪污

——张某某、桑某某、刘某某私分国有资产案

..... 王怡辰 张 剑(185)

【冤错案件反思】

刑事冤案视角下的人权保障问题探讨

——赵作海“杀人案” 王小芳(191)

【司法解释研究】

正确适用禁止令相关规定 确保非监禁刑执行效果

——最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部有关

负责人就《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子

适用禁止令有关问题的规定(试行)》答记者问 (199)

最高人民法院为打击拒不执行判决、裁定等犯罪发布

新司法解释 (204)

关于如何执行没收个人全部财产问题的研究意见 黄应生(220)

关于磷化铝是否属于刑法规定的毒害性物质的

研究意见 周海洋(224)

关于刑法第二百五十三条之一第二款有关内容理解问题的

研究意见 刘 涛(227)

【编者按】当前，我国限制、废除死刑的制度改革与民意之间存在着较为严重的背反问题，政府和司法机关、学术界都在努力推动旨在严格控制和减少死刑的改革，民众却呼吁要适用死刑。这在李昌奎强奸、故意杀人案件中表现得尤其突出。根据民主政治原理，民意是公共政策的基础。因此，我国死刑制度的改革应当充分考虑到多元社会力量的要求，提升公共政策的回应能力，树立一种依法渐进废除死刑制度的进路。本栏目刊登了周建军教授与杨芳法官合作撰写的以李昌奎案为例的反思性文章，就二者的关系以及如何改善废除死刑的立法民意和政治基础等问题展开探讨。

中国死刑改革与民意背反问题思考

——李昌奎强奸、故意杀人案

周建军* 杨芳**

【基本案情及裁判结果】

被告人李昌奎，男，1982年6月17日生，汉族，云南省巧家县人，小学文化程度，职业为农民。李昌奎因感情纠纷一直想报复王某。2009年5月14日，李昌奎之弟李某某与王某之母陈某因琐事发生打架，李昌奎得知后便从西昌赶回巧家县。同月16日13时许，李昌奎在茂租乡鹦哥村放牛坪社遇见王某及其弟王某某（时年3岁）。李昌奎因两家的纠纷同王某发生争吵并抓打，抓打中李昌奎

* 昆明理工大学法学院教授。

** 云南省高级人民法院法官。

将王某的裤裆撕烂，并用手将王某掐晕后抱到王庭金家厨房门口实施强奸。王某被强奸后醒来跑向堂屋，李昌奎便提起一把条锄打击王某头部致王当场倒地。在将王某拖入另一个房间后，李昌奎又提起王某某的手脚将其头猛撞该房间门方，并将王某某置于王某右侧。然后，找来一根绳子，分别将王某、王某某的脖子勒紧，再逃离现场。经法医鉴定王某、王某某均系颅脑损伤伴机械性窒息死亡。李昌奎外逃后于2009年5月20日14时30分到四川省普格县城关派出所投案。案发后经巧家县茂租乡社会矛盾调处中心调解，李昌奎家属付给被害人家属安葬费21838.50元，并提供一块土地用于安葬二被害人。

2009年5月20日，李昌奎因本案被刑事拘留，并于同年6月3日被逮捕。

2010年7月15日，云南省昭通市中级人民法院判处李昌奎犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯强奸罪，判处有期徒刑五年，决定执行死刑，剥夺政治权利终身。

2011年3月4日，云南高级人民法院判决维持云南省昭通市中级人民法院刑事附带民事判决对被告人李昌奎强奸罪的定罪量刑及故意杀人罪的定罪部分；撤销对故意杀人罪的量刑部分，改判李昌奎犯故意杀人罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。

2011年7月16日，云南省高级人民法院认为，因本案存在适用法律错误，决定另行组成合议庭进行再审。2011年8月22日上午8点开始，云南省高级人民法院在昭通市组织了对李昌奎案件的再审。云南省高级人民法院再审判处李昌奎死刑。

2011年9月29日，经最高人民法院核准，李昌奎在云南省昭通市被执行死刑。^①

【本案死刑适用与民意背反状况】

本案二审由死刑立即执行改为死缓后，经媒体报道，引起舆论强烈批评。民众普遍认为，云南省昭通市中院认定李昌奎犯罪“情节特别恶劣，手段特别残忍，后果特别严重，罪行极其重大，社会危害极大”的定性非

① 基本案情系综合云南省昭通市中级人民法院刑事附带民事判决书〔（2010）昭中刑一初字第52号〕、云南省高级人民法院刑事判决书〔（2010）云高法终字第1314号〕、云南省高级人民法院刑事判决书〔（2011）云高再终字第7号〕总结归纳而来。

常准确。报复行凶，李昌奎把王某掐晕后对其进行了强奸，之后用锄头打击其头部，又将年仅3岁的王某某活活摔死，最终还担心王家姐弟未死亡，又用绳子勒二人的脖子，强奸杀人甚至连3岁的孩童都不放过，这样恶劣行凶，自首、悔罪均不足以减轻其罪行，也不能成为从轻或减轻处罚的理由，云南高院的“免死牌”于法无据，应当要依法严惩，改判死刑立即执行。而对本案判决结果具有实际影响力的法官田成有副院长（云南省高级人民法院副院长、审委会成员）则指出：“我们不会因为大家都喊杀而轻易草率地剥夺一个人的生命。……之所以采取死缓，也是基于最高人民法院曾经有明确规定，对于婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪，适用死刑一定要十分慎重。”^①在决定判处该案当事人死缓的各种因素中，相关的政策因素比例不仅占到四分之三，而且居于事实上的主导地位。

由于二审判决宣告以后，主张判处该案被告人死刑立即执行的民意迅速高涨。迫于压力，云南省高级人民法院启动了审判监督程序，撤销已经生效的二审判决（死缓），宣告本案被告人死刑立即执行。

〔法理研究〕

中国限制、废除死刑的制度改革始终都存在着严重的民意背反问题。2011年2月，全国人大常委会修订出台的《中华人民共和国刑法修正案（八）》一次性取消了13个罪名的死刑^②，舆论普遍认为中国限制、废除死刑制度的努力取得了重大的进展，并将进一步开创死刑制度改革的良好局面。然而，在同年发生的李昌奎再审案件、药家鑫故意杀人案中，源于传统农耕文化，基于以眼还眼、以牙还牙报应思想，多表现为喊打喊杀、不杀不足以平民愤的民意都以一边倒的方式迫使司法机关判处有关当事人死刑。以李昌奎案件为例：2009年5月16日，因求婚遭拒和邻里纠纷，李昌奎强奸、杀害同村女青年王某之后，又将王某年仅3岁的弟弟王某某杀害。2011年9月，历经两年，经过一审死刑、二审死缓和再审死刑的判决，李昌奎最终被执行死刑。从制度建设的层面来看，李昌奎案件不仅反映中国社会普遍存在着旺盛的死刑需求，而且标志着民意的强大逻辑——甚至可以迫使司法力量为之改变既有的生效判决。因此，民意对中国死刑制度改革的影响更为

① 《云南省高院：不能以公众狂欢方式判一个人死刑》，载《中国青年报》2011年7月8日。

② 2011年修订《中华人民共和国刑法》之前，挂死刑的罪名多达67个。

深远,二者之间存在的背反问题,尤其值得研究。

一、背反的标志:李昌奎案件

囿于经济发展不均衡、传统文化浓厚等特点,中国的死刑制度改革采取的是以限制、废除死刑为目的的渐进改革方式。1979年,基于“绝不废除死刑,但要少杀”的刑事政策,《中华人民共和国刑法》仅规定了28个死刑罪名。但是,通过一系列的单行刑法,死刑罪名增加到70多个。1997年,受“严打”刑事政策的影响,修订后的刑法中的死刑罪名仍然高达68个。^①相应地,含死刑的罪名的分布也非常宽泛,不仅严重的暴力犯罪、贪腐犯罪大多配置有死刑,甚至于多达十几种经济犯罪也配置了死刑。此后,中国社会加大了限制适用死刑的努力。2006年,中国的最高立法机关修改了《中华人民共和国人民法院组织法》,将死刑的核准权统一收归最高人民法院行使。2007年3月,中国代表在联合国人权委员会正式作出承诺:“近期审核死刑的适用范围,且该范围有望缩小,直至最终废除死刑。”^②2011年,中国的最高立法机关一次性削减了13个罪名的死刑。以此为标志,中国社会不仅正式确立了以限制和最终废除死刑为目的的进路,而且取得了重大的突破。

然而,李昌奎再审被判处死刑的情况与中国限制、废除死刑的努力之间发生了严重的背反。对相关背反情形的深入研究将对中国死刑制度改革的推进起到拨云现日的作用。

众所周知,中国仍然处于渐进废除死刑的过程中,《中华人民共和国刑法》仍然保留了较多的死刑规定。其中,《中华人民共和国刑法》第二百三十二条规定:“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑;情节较轻的,处三年以上十年以下有期徒刑。”因此,李昌奎因强奸、故意杀人的犯罪行为被判处死刑抑或死缓都符合《中华人民共和国刑法》的规定。但是,在李昌奎二审被判死缓、再审被判死刑的过程中,存在以下的背反因素:

1. 渐进废除死刑的政策与民意的背反。在李昌奎案件中,争议最大的

① 根据2002年3月26日起施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》,取消了配置有死刑的“奸淫幼女罪”的罪名。相应地,死刑罪名也由68个减少到67个。

② [英]罗吉尔·胡德:《死刑废止之路新发展的全球考察》,载赵秉志主编:《死刑改革的域外经验》,中国法制出版社2011年版,第1页。

就是民意的地位和作用。一方面,云南省高级人民法院二审主要依据婚姻家庭类刑事案件一般不得判处死刑立即执行的刑事政策,判处李昌奎死缓;另一方面,迫于民意的压力,该法院又启动再审程序,改判李昌奎死刑立即执行。因此,在该案的审判中,出现了民意与限制、废除死刑的政策之间冲突。这种冲突,不仅违背了正当的政策作用的范式,还有可能引发死刑适用的反弹。

2. 有错必纠的政策与正当程序的背反。由于立法中存在大量的死刑罪名,因此死刑的限制、废除存在突出的司法路径依赖。从司法路径的角度来讲,程序的独立性及其人权考量对死刑的限制适用具有重要的意义。但是,中国的刑事诉讼立法及其政策具有有错必纠的传统。正如李昌奎案件所表现出来的:一旦民意认为不判处李昌奎死刑是“错误的”,即便判决已经生效,也会根据有错必纠的政策启动审判监督程序加重对被告人的惩罚,从而引发有错必纠的刑事政策与正当程序的背反。

二、渐进废除死刑的政策与民意的背反

在中国,刑事政策的地位和作用都很突出。关于死刑制度改革,主要受到两类刑事政策主张的影响:一类是执政党早期提出来的,“少杀、慎杀”的刑事政策;一类是渐进废除死刑的刑事政策。1948年1月,毛泽东在《关于目前党的政策中的几个重要问题》中指出:“必须坚持少杀,严禁乱杀。主张多杀乱杀的意见是完全错误的,它只会使我党丧失同情,脱离群众,陷于孤立。”^①革命年代,法制尚未建立,形势特别紧迫,死刑的适用是非常频繁的。因此,在当时,“少杀、慎杀”刑事政策的提出的确起到了减少死刑适用的意义。然而,少杀也是要杀,慎杀并没有讲清楚需要慎重到什么程度。从现代法治抑或限制、废除死刑的角度来讲,这个政策的局限性是很明显的。

以死刑适用的条件为例:1998年10月5日,中国在纽约联合国总部签署了《联合国公民权利和政治权利国际公约》(以下简称《公约》),《公约》第6条第2款的规定:“在未废除死刑的国家,判处死刑只能是作为对最严重的罪行的惩罚”。很明显,“少杀、慎杀”的政策并不符合《公约》明确规定的,死刑仅能适用于“最严重的罪行”的条件。为此,上个世纪九十年代以后,国内纷纷提出了一系列渐进废除死刑的政策主张:“中国现

① 《毛泽东选集》(第四卷),人民出版社1991年版,第1271页。

阶段保留死刑并对死刑采取严格限制和慎重对待的措施是正确的和明智的，是符合现阶段中国社会的实际情况及其发展进步的要求的，是合乎中国人民的意愿的；中国现阶段的死刑制度应当继续坚定不移地朝着‘有严格限制的保留’之方向发展和完善。”^①“随着中国限制和减少死刑适用之近期目标的逐步实现，中国的死刑立法和死刑适用将显著减少。进而放眼未来，中国应当将全面而彻底地废止死刑作为其死刑制度改革的远期目标。”^②概而言之，在中国死刑制度改革的进程中，相关的刑事政策始终起到了关键性的引导作用。

根据云南省高级人民法院〔（2010）云高法终字第1314号〕刑事判决书，李昌奎二审被判死缓（即应当判处死刑，但可以立即执行的情况）的原因主要有三点：（1）被告人李昌奎在犯罪后到公安机关投案，并如实供述其犯罪事实，属自首；（2）在归案后认罪、悔罪态度好；（3）赔偿了被害人家属部分经济损失。但是，根据《中华人民共和国刑法》和当时的《中华人民共和国刑事诉讼法》的相关规定，自首是法定可以从轻处罚（可以从轻是选择性从轻处罚的因素）的情节，而悔罪、向被害人及其家属赔偿损失属于酌定从轻的政策范畴。^③事实上，对本案法定刑的决定影响更大的是“要慎重处理因婚姻家庭矛盾激化引发的案件的死刑适用”的刑事政策。

根据我们的实际调查，结合媒体的广泛报道，对本案具有实际影响力的法官田成有副院长（云南省高级人民法院副院长、审委会成员）指出：“我们不会因为大家都喊杀而轻易草率地剥夺一个人的生命。……之所以采取死缓，也是基于最高人民法院曾经有明确规定，对于婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪，适用死刑一定要十分慎重。”在决定判处该案当事人死缓的各种因素中，相关的政策因素不仅占比达四分之三，而且居于事实上的主导地位。与之相对立的是源于传统农耕文化，基于以眼还眼、以牙还牙报应思想，多表现为喊打喊杀、不杀不足以平民愤的民意。二审判决宣告以后，主张判处该案被告人死刑立即执行的民意迅速高涨。迫于压力，云南省高级人民法院启动了审判监督程序，废除已经生效的二审判决

① 赵秉志：《关于死刑存废及其发展趋势的思考》，载《法律科学》1991年第1期。

② 赵秉志：《中国死刑制度改革前景展望》，载《中国法学（中英文版）》2012年第1期。

③ 1992年修改的时候，才将悔罪、赔偿损失吸收为法定的从轻处理的依据。

(死缓),宣告本案被告人死刑立即执行。不难看出,当代中国,渐进废除死刑的政策已经成为学者、精英官员的共识,并逐渐影响到立法、司法等各个层面。在此过程中,渐进废除死刑的政策与民意之间发生了严重的背反——民意的爆发足以迫使司法机关撤销一个原本合法的判决,并按照民意的要求改判被告人死刑——这不仅是中国死刑制度改革现状的标志,也是中国法治建设及其司法改革的重大现实问题。

(一) 进路之一:民意与政策的调适

根据民主政治原理,民意是公共政策的基础。在中国,刑罚改革关系到刑罚制度的输出和犯罪抗制的整体局面,构成重大的公共利益,属于公共政策的重要范畴。尤其死刑问题,不仅绝大部分民众都有自己的死刑观点,个案的死刑适用也能很轻易地引发同仇敌忾抑或异口同声的民众情绪。^①因此,民意与政策(包括死刑政策)之间并非截然对立的关系,而是同一事物所包含的正反两个方面的必然属性。相应地,中国渐进废除死刑的政策与民意的背反也是中国死刑制度改革所包含的两个貌似完全相反,实则对立统一的属性。

首先,民意是公共政策的基础,具有突出的利益导向和一定的偏好特性。说到底,民意是指民众的利益反映。作为重大公共问题之一的死刑制度改革,不能不考虑民意的偏好。但是,民意具有突出的利益导向和偏好特性。所谓民意的利益导向,不仅是指民意的根本在于民众的利益,具有以利益为根本的规定性,而且包含了以利益引导民众的可能性。然而,民众也不是铁板一块,考虑到相关主体的多元性和利益的变化性,以利益为根本导向的民意必然具有异质的特性。换言之,民众的利益和导向都不可能是固定、静止的,具有一定的偏好^②特性。

以药家鑫案件为例:2010年10月20日22时许,药家鑫(当时为某外国语大学音乐学院大三的学生)驾车撞倒了在非机动车道上骑电动车的被害人张某。担心张某记住他的车牌号,药家鑫持尖刀在张某胸、腹、背等处

① 周建军:《刑事司法政策原理》,清华大学出版社2011年版,第230页。

② 偏好原本是一个微观经济学的概念,是指人们选择能够负担的最佳物品的情感或倾向。普遍认为,偏好是非直观的,具有主观、相对的特性,既有明显的个体差异,也表现出一定的群体特征。需要特别说明的是,引起偏好的因素中,感性因素多于理性因素。