



刑法适用研究

赵长青 主编

XINGFA
SHIYONG
YANJIU

重庆出版社 

CHONGQING CHUBANSHE

671007

刑法适用研究

赵长青 主编

XINGFA
SHIYONG
YANJIU

重庆出版社

CHONGQING CHUBANSHE

图书在版编目(CIP)数据

刑法适用研究/赵长青编著. —重庆:重庆出版社, 2000. 9
ISBN 7-5366-5015-9

I. 刑 ... II. 赵 ... III. 刑法-法律适用-研究-中国-文集
IV. D924 04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 26902 号

刑法适用研究

赵长青 主编

责任编辑 郑 玲

封面设计 吴庆渝

技术设计 刘忠凤

重庆出版社出版、发行

(重庆长江二路205号)

新华书店经销

四川外语学院印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 17.25

字数 427 千 插页 3

2000 年 9 月第 1 版

2000 年 9 月第 1 版第 1 次印刷

印数 1—1200

ISBN 7-5366-5015-9/D·212

定价:28.00 元

前 言

1999年7月11~13日,重庆市法学会刑法专业委员会在重庆市南山大帝花园渡假村召开了“刑法适用研讨会”。参加会议的有来自我市各级人民法院、人民检察院、公安机关、科研机构和西南政法大学的专家学者、司法工作者、刑法专业研究生等60余人。本次会议是重庆市刑法学界的又一次盛会,共收到论文65篇,法官、检察官、律师、学者共聚一堂进行学术交流,还特别邀请了重庆市人民检察院、重庆市高级人民法院、重庆市第一中级人民法院的领导同志作了专题报告。

新刑法实施近二年来,在刑法理论研究和贯彻实施新刑法的司法实践中,都取得了可喜的成绩,但也碰到了若干值得探讨的问题。重庆市刑法学界同仁济济一堂,理论与实践相结合,互相交流,共同提高。我们深信,这次研讨会的丰硕成果,定会对我市刑法学研究和司法实践产生积极、重大的影响。

回顾刑法修订后实施近二年来的司法实践,我们深深地体会到,制定一部好的刑法十分不容易,但要正确地贯彻实施这部刑法,需要付出更大的努力。这不仅是一个单纯地对刑法条文进行理解的问题,更重要的是观念更新、理论更新,树立一种适合于贯彻实施新刑法的思想体系的问题。当然,刑法的正确适用,有时会遇到一些人为因素的干扰(诸如行政干预、司法腐败等),但作为司法工作者来讲,更为重要的应是研究刑法理论,练好适用刑法的基

本功。只有这样,才能为正确适用刑法打下坚实基础。

这次参会作者提供的文章中,涉及到对刑法基本理论适用的探讨,而对经济犯罪的适用研究是作者们探讨的重点。一些作者还利用綦江“虹桥”案件典型事例,从刑事立法、刑法理论与刑事诉讼的不同层面进行了剖析。多数文章都有创意和深度,旨在解决刑法适用过程中的一些重大问题,具有较高的学术价值和实务价值。为了发挥这些论文的社会效益,推广本次会议的学术成果,我们特将本次研讨会文章进行了精选和修改,编辑出版了这本《刑法适用研究》的论文集。

本书是一本论文集,在编辑过程中,注重于文字风格、体例的修改,对于文章作者的观点一般没有改动。学术交流,百花齐放,有些文章所持观点是有争论的,我们不强求统一,便于继续争鸣,引导学术研究的深入发展。

本书由重庆市法学会刑法专业委员会会长赵长青教授任主编、重庆市第一中级人民法院院长、刑法专业委员会副会长宋茂荣、重庆市人民检察院副检察长余捷、刑法专业委员会秘书长郭明跃任副主编。本书编辑过程中,还邀请西南政法大学刑法研究生刘山泉、彭洪毅、范红旗作了文字上的修改、校正工作。本书的出版还得到重庆出版社领导和编辑同志的大力支持。在此,我们一并致以诚挚的谢意!

重庆市法学会刑法专业委员会

1999年8月于重庆歌乐山

目 录

前言	(1)
----------	-----

第一编 刑法基本理论适用研究

一、论死刑的适用	赵长青 (3)
二、试论单位犯罪中的意志	宋茂荣 (26)
三、论无限防卫权的有限与无限	邓长征 郑祥银 (36)
四、对刑法中国家工作人员界定的理解和探讨	胡一进 (40)
五、重刑犯假释制度适用的思考	姚晋新 (46)
六、刑法中的国家机关工作人员研究	吴 平 (49)
七、缓刑适用的问题与对策	陈绍斌 (63)
八、论刑事附带民事诉讼中被告人对被害人的赔偿	青 晖 张志军 (73)
九、关于我国单位犯罪立法的几点思考	黄爱国 (83)
十、我国犯罪概念的再探讨 ——兼评我国刑法典第 13 条之立法	牛忠志 韩忠义 (88)
十一、罪刑法定原则与法官刑事自由裁量权的 冲突	刘宇平 (97)
十二、关于罪刑法定原则的现实主义分析 ——兼论刑法条文的伸缩性包容性	王培斌 (105)
十三、对罪刑相当原则的再思考	彭洪毅 (123)

十四、共同犯罪中的犯罪形态辨析	罗润华 (130)
十五、缓刑制度研究	王大军 (138)

第二编 经济犯罪适用研究

十六、略论生产、销售伪劣产品罪的概念	朱启昌 (149)
十七、浅谈受贿罪的客观要件	郭宝云 (159)
十八、关于受贿罪若干问题的探讨	余捷 (165)
十九、受贿罪的量刑情节应有具体标准 ——有感于“虹桥”垮塌林世元受贿案的 死刑判决	严崇伟 (176)
二十、试析私分国有资产罪的构成特征	张建南 (181)
二十一、职务侵占罪的司法认定	蒋文烈 吴比 (187)
二十二、论生产、销售不符合卫生标准的食品罪	白雪飞 (196)
二十三、论刑法中违反公司法的职务犯罪	梁田 (203)
二十四、金融犯罪的主体与客体研究	李永升 (209)
二十五、论洗钱罪	李昌林 (222)
二十六、隐瞒境外存款罪	陈胜才 (244)
二十七、试论我国刑法中保险诈骗罪的犯罪 构成	马之诚 (249)
二十八、浅谈票据诈骗罪	袁晓琼 侯渝 (257)
二十九、我国证券犯罪立法初探	范红旗 (262)
三十、对金融犯罪中若干问题的认识	王利荣 (271)
三十一、论外汇犯罪	刘山泉 (280)
三十二、票据诈骗罪浅析	王晓琴 (289)
三十三、对当前我市治理“金融三乱”工作中一个 典型问题的刑法思考	周国文 (296)

三十四、论集资诈骗罪的认定	张武举 陈思聪 (301)
三十五、论虚假广告罪	龚义年 (311)
三十六、浅析保险诈骗罪的特征	冒长路 (319)
三十七、破产犯罪研究	刘 刚 (324)
三十八、单位行贿犯罪刍议	曹世海 (341)
三十九、试论将贪污贿赂犯罪列为洗钱罪的“上游 犯罪”的必要性	黄常明 (348)

第三编 危害公共安全等类型犯罪适用研究

四十、略论工程重大安全事故罪的几个 问题	李元鹤 韩 强 张 波 (357)
四十一、论黑社会性质的有组织犯罪	林育均 (367)
四十二、毒品犯罪认定及处罚的几个问题	冉孟辉 (383)
四十三、玩忽职守犯罪研究	黄泽林 王兴民 (389)
四十四、抢劫杀人案件定性研究	陈绪金 (396)
四十五、毒品数量的法律规定及适用	何 莉 (405)
四十六、强奸罪两论	朱建华 (415)
四十七、我院辖区内毒品犯罪案件的特点及审判实务 总结	吴 雯 (426)
四十八、环境污染犯罪的刑事归责原则 ——谈严格责任在刑法中的引入	刘山泉 (434)
四十九、强奸罪的若干问题研究	邓 超 (444)
五十、徇私舞弊不移交刑事案件罪若干问题探析	张 璟 (457)

第四编 案例及其他问题研究

- 五十一、“虹桥案”一审判决引发的法律思考 李培泽 (467)
- 五十二、公开、公平、中立, 确保审判公正
——“虹桥”案件的审理与审判方式改革
..... 蒋文烈 (472)
- 五十三、对一起商业秘密案的粗浅分析 杨 洪 (481)
- 五十四、对 23 名抢劫死刑犯的犯罪特点和原因
分析 况金庸 (486)
- 五十五、曾某是否构成保险诈骗罪 冒长路 代 萍 (490)
- 五十六、刑事裁判文书重大改革的成功尝试
——评云南高院对“烟草大王”褚时健案的刑事
判决书 罗书平 (493)
- 五十七、云南省高级人民法院刑事判决书
..... [1998] 云高刑初字第 1 号 (500)
- 五十八、关于虹桥案件的几点思考 何泽宏 (510)
- 五十九、当前青少年游乐型违法犯罪的特点
原因及治理对策 向锡元 郝 利 (524)
- 六十、戮力拒毒
——对合川市涉毒犯罪成因的调查 ... 龙锦华 (528)
- 六十一、发挥检察职能 抓好犯罪预防 王弘剑 (533)
- 六十二、死刑犯背插“死囚签”游街示众现象评析
..... 袁洪涛 张洪阁 (538)

第一编

刑法基本理论适用研究

关于死刑的适用，我国宪法早有原则性规定，刑法也有明确规定。因此，应当认真研究适用死刑和适用死缓的条件和标准，严格把握死刑和死缓的界限，对死刑“少杀、慎杀”原则是极为重要的问题。

一、正确评价死刑功能，是决定其少杀、慎杀的关键

死刑权，有时被称为“国家授予人于死之权”或“国家授予人于死之权”。死刑权是国家刑罚权的重要组成部分，所以死刑的本质应被界定为死刑。那么，国家为什么要对犯罪分子判处死刑？但是，由于死刑是剥夺犯罪分子生命的刑罚，犯罪分子一旦被判死刑，就“一死万难生”，其权利有丧失，财产权、资格权便随之丧失，因此死刑是剥夺财产、是剥夺、是剥夺的刑罚。

如何评价我国死刑、死缓刑罚的存在价值？如何评价国家适用死刑、死缓刑罚的正当性？是取决于一个国家对死刑采取何种刑事政策的立场和原则。

在漫长的封建专制主义社会中，统治者对死刑的使用，往往出于报复、惩罚、威慑、人权观念的兴起与普及，人的自身

一、论死刑的适用

赵长青

死刑，是人类历史上最为古老的刑罚，也是剥夺犯罪分子生命的最严厉的刑罚。当今世界有些国家废除了死刑，有些国家仍保留着死刑。我们国家从目前的政治、经济实际出发，在现行刑法中保留了死刑，但又规定了特殊的死刑缓期执行制度。因此在我国，认真研究适用死刑和适用死缓的依据和标准，严格划清死刑和死缓的界限，对贯彻“少杀、慎杀”政策是极为重要的课题。

一、正确评价死刑功能，坚决贯彻少杀、慎杀政策

说到底，刑罚无非是使犯罪人受到痛苦和剥夺，“强迫他人处于与人类行为方式相矛盾的环境之中”^①，所以刑罚的本质应该是惩罚。那么，毫无疑问死刑的本质也就是惩罚。但是，由于死刑是以剥夺人的生命权为内容的刑罚，犯罪分子一旦被判处死刑，就“人死万事空”，其他的自由权、财产权、资格权便消失殆尽，可见死刑是刑罚种类中最极端、最严厉的惩罚。

如何评价死刑这种严厉刑罚的存在价值？如何评价国家适用死刑同犯罪作斗争的功能？是取决于一个国家对死刑采取什么刑事政策的基础和前提。

在漫长的 18 世纪前的历史长河中，还没有人对死刑的效用提出过质疑。在近代资产阶级人权观念的兴起与普及，人的自身

价值的发现与苏醒的基础上，产生了对死刑抨击的思想与理论。特别是1764年，意大利刑法学者切查列·贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》一书中，首次在理论上系统地论证了死刑的不人道性、残酷性与不必要性之后，由此揭开了绵延达200多年的死刑存废之争的序幕。在这个过程中，人们才开始认真地探索死刑的功能问题。死刑对社会发展、犯罪预防有无功能，有多大的功能，形成了两种不同的思潮；死刑存置论者主要认为，死刑是伦理正义的必然要求，死刑可以达到一劳永逸的除害效果，死刑具有最大的威慑作用；死刑废除论者则主要认为，废除死刑是教育刑论的必然产物，废除死刑是纠正死刑存置缺陷的实践依据，废除死刑符合刑罚发展的最终目标。两种思潮对死刑功能的看法是绝然不同的，凡是赞成死刑的人，都是宣称死刑有很大的预防功能，而反对死刑的人，则坚信死刑根本没有预防犯罪的功能^②。

笔者认为，死刑之所以能够产生、发展、盛行数千年的历史，至今大多数国家刑法中还保留死刑，这个事实本身就说明了死刑存在的合理性与必要性，也说明了死刑在惩罚与预防犯罪中的特殊功能。从特殊预防的角度看，死刑以剥夺犯罪分子的生命为己任，犯罪分子被判处死刑并交付执行之后，该犯罪分子这个有生命的个体便从社会上永远消失，当然也就不可能重新犯罪。它与自由刑、财产刑、资格刑的特殊预防功能相比，死刑是最彻底的、最放心的、一劳永逸的。从一般预防的角度看，同其他刑种一样，死刑的一般预防作用的发挥也是建立在执行死刑的威慑作用基础之上的。死刑是剥夺生命的刑罚，生命是人的价值体系中最宝贵的、失而不可复生的。从生死观意义上讲，人都具有趋利避害、向乐避苦的本质和想生不想死的求生本能，刑罚的严厉程度，迫使犯罪分子不得不考虑犯罪的代价，一般心理正常的人是不会以生命为赌注而进行犯罪的，故死刑理应具有最强烈的威慑效果。

恰当评价死刑功能，是正确适用我国刑法中死刑刑罚的关键。笔者认为，既不能否认死刑的功能，也不能过高评价死刑的功能，有的学者认为：“刑罚的威慑效果，一般来说，是同刑罚的严厉性呈正比例关系的，即刑罚越严厉，其威慑力越强烈；刑罚越宽缓，其威慑力便越弱。因此，我们可以推知，死刑应当具有最强烈的威慑效果。”^③这种观点，从逻辑推理上来讲是无可非议的，但对于预防犯罪这样一种复杂的社会问题来讲，绝不是一个单纯的严厉刑种可以解决的。远的不说，就以我国从1983年实行“严打”以来的现实经验为证，十多年不断增设死刑罪名、判处死刑的犯罪分子数量大幅度增加，并没有起到“刑罚越严厉，其威慑力越强烈”的效果，对于威慑遏制严重犯罪更没有出现“同刑罚的严厉性呈正比例关系。”所以，我们决不能得出这样一种结论，杀人越多，威慑力越大，犯罪也就会越少。犯罪这种社会现象，是社会综合病态的一种反映，必须从政治、经济、法律、文化教育等诸方面齐抓共管、综合治理，才可能有效地预防犯罪，刑罚的威慑力只是其中一种因素。我们国家传统法文化中的“乱世用重典”影响极深，有的人甚至把这种思想推崇到“平世也用重典”的极端，导致我国死刑立法膨胀，居高不下。当前，在我国1997年10月1日实施的《中华人民共和国刑法》的413个罪名中，已规定多达70个死刑罪名^④的现实情况下，如果再不能走出评价死刑功能的误区，就不能正确掌握适用死刑的标准，贯彻少杀、慎杀的刑事政策。

在我国，现在还没有主张废除死刑的观点，死刑存废的论争在我国还没有出现。^⑤但在存置死刑的同时，严格限制死刑适用则为绝大多数学者所认可、支持和赞同。如何限制死刑，当然应从立法和司法两方面进行限制。但死刑政策则是对死刑限制的灵魂、统帅，有什么样的死刑政策即有什么样的死刑立法，从而也会产生为其所用的死刑司法。

我国学者对死刑政策的研究主要集中在两个问题上：一是我国现阶段的死刑政策是什么？一是目前和在今后一个时期我们应当确立什么样的死刑政策。对现阶段的死刑政策，有代表性的观点认为是“保留死刑，但严格限制死刑，坚持少杀、慎杀。”^⑥近來，有学者通过对 1979 年刑法典颁布施行以后大量补充死刑立法进行研究后认为，我国的现行死刑政策已由“限制死刑”向“对严重刑事犯罪分子注重适用死刑”转变，具体标志是：（1）严重刑事犯罪中的死刑罪名不断增多；（2）严重刑事犯罪的死刑适用标准有所降低；（3）严重刑事犯罪的死刑适用人数比以前增多；（4）国家一直强调对严重刑事犯罪进行严惩，而严惩就有多判一些死刑的含义。^⑦更有学者认为，我国现行的刑事立法奉行的是“崇尚死刑，扩大死刑”的指导思想，因而，现阶段的死刑政策应表述为“强化死刑”。^⑧对我国今后应确立什么样的死刑政策，还要不要树立“少杀、慎杀”的指导思想，意见虽不一致，但多数学者认为，我国 1979 年刑法典所确立的“限制死刑、少杀、慎杀”的政策既符合当时的立法实际，亦与国际社会限制死刑的潮流一致。实践证明，增设死刑并不足以抑制高犯罪率，也不足以遏制重大暴力恶性犯罪案件上升。因此，应当对我国一度强化死刑的政策进行反思，重新树立“少杀、慎杀”的指导思想，回到“限制死刑”的政策上来。笔者认为，扩大死刑是重刑观点、死刑万能思想的反映，这种观点既不符合我们国家的一贯刑事政策，在实践和理论上也是有害的，坚持少杀、慎杀政策才是我们的唯一选择。

从刑事立法上限制死刑，在 1997 年刑法典的修订过程中，我国学术界和广大司法工作者都作出了艰苦的努力，发表过大量的文章，提出过不少的建议，虽然在死刑罪名数量上，与原刑法相比（包括 1979 年刑法和以后的补充、修改决定在内）没有明显的减少，但在死刑适用对象上（如删除了未满 18 周岁的犯罪

分子可以判处死缓的规定)和死刑适用条件上和标准上作了重大的修改。特别是对过去适用死刑特别多的一些罪名,如抢劫、盗窃、强奸、故意伤害(重伤)等罪名的适用条件上,取消了弹性情节,限制了适用范围,科学地规定了可以判处死刑的标准。这样一来,虽然死刑罪名个数减少不多,但实际适用死刑的人数将会明显减少,这是限制死刑立法上的一大进步。我国 97 刑法实行罪刑法定原则,既然死刑罪名已经法定,即使对限制死刑罪名数量有不同的看法,那也是今后继续讨论的问题。当务之急,是把“少杀、慎杀”的死刑政策如何落实到死刑司法上去。

从现有学术研究的情况看,对于如何从刑事司法的角度限制死刑,贯彻少杀、慎杀政策,人们还未给予应有的关注,更谈不上充分、深入的研究。多年实践经验证实,死刑司法对杀人多少起着关键性的作用。“徒法不足以自行”,事实又恰恰是这一关键性的问题更多,多年“严打”使一些司法人员形成了重刑观念的思维定势,实践中把介于杀与不杀之间的人杀掉了的事并非个别。尤其是在我国刑法分则条文中,规定的死刑罪名及范围宽泛的情况下,如何从刑事司法上限制死刑适用,则是急需填补的空白,也是目前研究死刑的重中之重。

在死刑适用中如何贯彻“少杀”政策,是指在法定死刑罪名的范围内,科学地理解立法精神,“凡介在可杀不可杀的人一定不要杀,如果杀了就是犯错误”^⑨。坚持少杀,就是“杀人愈少愈好”^⑩。“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”^⑪。毛泽东等老一辈革命家所倡导的少杀政策,也是我们党和国家一贯所坚持的政策。当今,我们在刑事司法中,不仅要贯彻这一政策,而且要执行得更好,杀人更少,才符合中国国情和世界死刑思想的发展趋势。

在死刑适用中如何贯彻“慎杀”政策,是指在死刑罪名构成要件范围内,严格坚持判处死刑的标准和程序,防止滥杀、错

杀。人死不能复生，错杀不可挽回。错杀不但严重侵犯人权，而且给我们党和国家威信造成巨大的损失，甚至被错杀者的亲友、家属对立情绪几代人都难以消除，对社会稳定埋藏着极深的隐患。当前特别要继续消除执法者的死刑万能思想，那些不坚持死刑条件，甚至人为地降低死刑标准，拔高犯罪情节，无限上纲，任意穿凿，把可杀不可杀的杀掉，把罪证不确凿的杀掉，会给现行社会带来极大的危害，所以，死刑案件必须是罪证确凿的铁案，符合标准，经得起法律和历史的检验。

贯彻死刑中的少杀、慎杀政策，关键在转变执法者的观念。这里我们不妨借用马克思的一句话来作为本文这部分的结束语：“历史和统计学非常清楚地证明，……利用刑罚来感化或恫吓世界从来就没有成功过。”^⑩

二、严格掌握死刑标准，坚持慎杀

1997年10月1日起实施的新刑法分则共10章，其中9章都规定了死刑共涉及70个罪名，占总罪名414个的16.9%。^⑪

（一）死刑立法罪名分布与打击重点

1997年新刑法分则共10章，除渎职罪外，其余9章都有死刑罪名的规定，其中死刑罪名分布及打击重点的情况是：

第一章危害国家安全罪的12个具体罪名中有：1. 背叛祖国罪（102、113）；^⑫2. 分裂国家罪（103、113）；3. 武装叛乱、暴乱罪（104、113）；4. 投敌叛变罪（108、113）；5. 间谍罪（110、113）；6. 为境外窃取、刺探收买、非法提供国家秘密、情报罪（111、113）；7. 资敌罪（112、113）等7个死刑，占本章罪名的58.3%。

第二章危害公共安全罪的42个具体罪名中有：1. 放火罪（115）；2. 决水罪（115）；3. 爆炸罪（115）；4. 投毒罪（115）；5. 以危险方法危害公共安全罪（115）；6. 破坏交通工具罪