

A Guide to Criminal Justice

张仲芳/主编

本集要目

【刑法适用】

突发公共事件刑法适用原则研究

死缓减刑制度若干问题探究

【司法实务】

关于公诉集体办案模式的探讨

试论我国起诉变更制度的完善

——兼论起诉效力与审判范围的关系

【证据运用】

英美法上的意见证据规则及其对我国司法的借鉴意义

集资诈骗犯罪案件证据收集应当注意的几个问题

【疑案剖析】

强奸罪司法认定中的两个疑难问题研究

——以两起无罪案件的成功抗诉为切入点

采取“低价购房”形式受贿的法律适用问题

——析裴某受贿、巨额财产来源不明案

总第36集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2008 年第 4 集(总第 36 集)

主 编：张仲芳

副主编：彭 东 王 军 聂建华

黄 河 史卫忠

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2008 年. 第 4 集: 总第 36 集 / 张仲芳主
编. —北京: 法律出版社, 2008. 1
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8036 - 6

I. 刑… II. 张… III. ①刑法—研究—中国②刑事诉讼
法—研究—中国 IV. D924. 04 D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 193290 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法律应用出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2008 年 12 月第 1 版

印张/7 字数/161 千
印次/2008 年 12 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8036 - 6

定价: 19.80 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《刑事司法指南》

2008年第4集(总第36集)

顾问委员会

总顾问:高铭暄 陈光中 王作富 姜伟

顾问:(以姓氏笔画为序)

卡建林 龙宗智 何家弘 张明楷

陈卫东 陈兴良 郎胜 赵秉志

梁根林 阎敏才

编辑委员会

主编:张仲芳

副主编:彭东 王军 聂建华 黄河

史卫忠

编委:(以姓氏笔画为序)

卜大军 卢宇蓉 李树昆 李景晗

张凤艳 张寒玉 张晓津 张希靖

贺湘君 侯亚辉 路飞

通讯编委:崔扬 张道发 殷玉谈 刘永志

周东曙 苑瑞先 吕景文 张书华

乔洪翔 季刚 蒋永良 沈雪中

张厚琪 施忠华 黄秀强 王景凤

鲍峰 刘在贤 刘光圣 丁维群

朱华 罗绍华 李思阳 潘祥均

张树壮 杨永华 陈雪梅 李志虎

陈录 苟军德 孙金梁 焦甸凉

朱会生

执行编委:张希靖

目 录

【刑法适用】

突发公共事件刑法适用原则研究	王强军	朱 健(1)
死缓减刑制度若干问题探究	郭竹梅	郑 磊(12)
绑架罪若干疑难问题探讨	王惠中	柴峥涛(28)
试论诈骗罪中的处分行为	张志强	刘志杰(42)
规范毒品案件死刑量刑标准探析	黄文忠	(60)
私分国有资产罪若干疑难问题研究	罗 猛	(76)

【司法实务】

关于公诉集体办案模式的探讨	李爱君	(104)
试论我国起诉变更制度的完善 ——兼论起诉效力与审判范围的关系	吴小军	(119)
公诉人当庭举证、质证的策略与技巧	鲁建武	(131)

【证据运用】

英美法上的意见证据规则及其对我国司法的借鉴意义	江显和	吴姿虹(143)
集资诈骗犯罪案件证据收集应当注意的几个问题	王耀世	张 晨 王 远(155)

【疑案剖析】

强奸罪司法认定中的两个疑难问题研究

——以两起无罪案件的成功抗诉为切入点 …… 肖立威(177)

采取“低价购房”形式受贿的法律适用问题

——析裴某受贿、巨额财产来源不明案 …… 刘冬根(191)

公司成立后自有资金超过虚报注册资本行为
的定性问题

——析杨某虚报注册资本案 …… 刘澹如(197)

关于非法买卖烟花爆竹制品法律适用的几个问题

——析黄立娟、张凤法非法买卖爆炸物罪案

…………… 郭 琳 李建玲(205)

【刑法适用】

突发公共事件刑法适用原则研究

王强军* 朱 健**

目 次

一、引言

二、及时处罚原则

(一)及时处罚原则的价值内涵

(二)及时处罚原则的法理依据

(三)及时处罚原则的司法要求

三、从重处罚原则

(一)从重处罚原则和罪刑均衡的内在统一

(二)从重处罚原则的法理依据

(三)从重处罚原则的司法体现

四、人权保障原则

(一)人权保障是国内外刑事法治的需求

(二)人权保障的路径选择——实体与程序并重

* 北京师范大学刑事法律科学研究院刑法学博士。

** 广东省东莞市人民检察院助理检察员。

【以案释法】

一、引言

自1986年德国社会学家乌尔里希·贝克在《风险社会》一书中首次提出“风险社会”概念后,风险社会就引起世界各国诸多领域研究人员的关注。得出的基本观点是,信息技术、科技进步在带来诸多客观方便的同时,也使整个社会处于越来越多、越来越大的风险之中,并且这种风险具有突发性、不可预见性、迅速扩展性、超民族性、后果灾难性等特征。快速发展的中国也初步具有了风险社会的症状,各种突发公共事件时有发生。如2003年SARS病毒肆虐中华大地、2008年汶川大地震震惊中外等。随着生态的破坏、环境的恶化,还会有更多突发公共事件在不远的将来等待着我们。

在突发公共事件发生和救援期间,“万众一心、众志成城”的奉献爱心者有之,而“趁火打劫,浑水摸鱼”的实施犯罪者亦有之,如在2003年SARS病毒猖獗期间,就出现了诸如生产、销售伪劣的防治、防护产品、物资的犯罪行为;编造与突发传染病疫情等灾害有关的恐怖信息的犯罪行为;贪污、侵占用于预防、控制突发传染病疫情等灾害的款物的犯罪行为等。在2008年汶川大地震期间,出现了诸如盗窃、抢劫、哄抢救灾物资,囤积居奇、哄抬物价等扰乱、破坏灾区市场秩序的犯罪行为,以赈灾募捐名义诈骗、敛取钱财,散布传播各种谣言、制造社会恐慌的犯罪行为等。根据我们的总结,在突发公共事件发生和救援时期,以下8类犯罪属于高发犯罪:(1)故意散布虚假、恐怖灾情信息,严重影响人心稳定的行为;(2)盗窃电力设备和破坏电力、运输、通讯设备,危害救灾和公共安全的行为;(3)制造、销售假冒伪劣商品、有毒有害食品、假药、劣药,严重危害灾区人民群众生命健康的行为;(4)为牟取暴利而哄抬物价、非法经营的行为;(5)利用灾民伤亡,盗窃、抢劫灾民财物的行为;(6)以募捐救灾名义进行的诈骗行为;(7)破坏救

灾设备的行为;(8)在救灾、恢复重建过程中贪污、挪用救灾、募捐款物犯罪,滥用职权、玩忽职守犯罪等。

针对“特殊时期”发生的“特殊案件”,刑法应不应当作出“特殊处理”?在“特殊处理”时,在刑法适用方面应当坚持哪些原则?该问题的处理正确与否,将对以下三个问题产生巨大的影响:一是刑事法治的进程。针对突发公共事件时期出现的犯罪,可以确定的是,刑法在刑事立法、司法和执法等多个方面都应当与“平时时期”有所不同,确立刑法针对“突发公共事件期间的犯罪”的刑事立法、司法和执法原则,这将是刑事法治的一个基本要求。二是民众对国家法治的信赖和认同。突发公共事件时期,全国人民和受灾人民都处于极度的伤痛和恐惧之中,如果刑法对引起“众怒”和“民愤”的犯罪没有及时作出正当的处罚,民众将会对刑事法律维护社会秩序的功能失去信心,对国家刑事司法失去认同感和信赖感。三是刑罚一般预防效果和特殊预防效果的实现。对突发公共事件期间的犯罪的处理原则以及随后的处理效果,不但会影响到刑罚在犯罪分子心中的感应,也会影响到刑罚在普通民众心中的效果。

结合刑法基本原则和宽严相济的刑事政策,我们认为,针对发生在突发公共事件发生和救援时期的特殊犯罪,刑法在适用方面,除了坚持刑法基本原则外,还应当注意以下三项原则:及时处罚原则、从重处罚原则、人权保障原则。

二、及时处罚原则

(一)及时处罚原则的价值内涵

惩罚犯罪的刑罚越是迅速和及时,就越是公正和有益。^①原因很简单,犯罪与刑罚之间间隔越短,在人们心中,犯罪与刑罚这

^① [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2002年版,第65页。

两个概念的联系就会越突出、越强烈,人们会很自然地把犯罪看作是起因,把刑罚看作是不可避免的必然结果。这样就实现了刑罚的一般预防;而也只有使犯罪和刑罚紧密相连,刑罚的及时性所带来的强烈冲击才会将诱惑犯罪人实施犯罪的意念彻底清除,并使其意识到“有犯罪必然有刑罚”。这样就在最短的时间内实现了刑罚的特殊预防。相反,若犯罪和刑罚之间的间隔较长,一方面使刑罚对国民的一般预防效果伴随着时间流逝而减弱;另一方面,也会给犯罪分子以逃脱刑罚制裁的机会,并进而降低刑罚的确定性。这样就应验了西方的那句法律谚语:迟来的正义即非正义。

（二）及时处罚原则的法理依据

在突发公共事件时期,受灾人民和全国人民正陷于“天灾”所带来的前所未有的恐惧和伤痛之中。此时,如果对发生在受灾地区的犯罪没有及时给予刑罚处罚,将会产生以下四方面恶果:(1)对于全国人民来讲,将会对国家的法治状况产生怀疑和不信任,并有可能引发民间力量私力救济的泛滥;(2)对于受灾民众来讲,将会使原本已经极其恐惧和伤痛的心灵感到无助、无奈,对未来的生活失去信心;(3)对于犯罪分子来讲,将会使其产生“特殊时期无法律”的错误认识,从而强化犯罪意念,进一步实施更为严重的犯罪或在以后发生突发公共事件时期再次犯罪;(4)对潜在犯罪分子和不稳定分子来讲,对特殊时期、特殊犯罪的不及时处罚,会感染和强化潜在犯罪分子和不稳定分子的犯罪意念,从而加入实施犯罪的队伍。故此,在突发公共事件时期,刑法及时处罚那些备受全国人民和受灾人民关注的刑事犯罪,一方面可以阻止犯罪分子实施更为严重的犯罪;另一方面可以阻止潜在犯罪分子实施犯罪。

（三）及时处罚原则的司法要求

及时处罚原则在国家政法机关对如何处理突发公共事件时期犯罪行为的会议和通知中已经有所规定。如四川汶川地震后,中

央政法委书记周永康在中央政法委员会第4次会议上提出:“各级政法机关特别是灾区政法机关要严密防范、严厉打击……依法快侦、快破、快诉、快判,震慑违法犯罪,安定人心。要最大限度地把警力和治安保卫力量摆到社会面上,加强对灾区的治安巡逻、控制工作,切实增强灾区人民群众的安全感。”最高人民法院在四川汶川大地震发生后的第15天,即2008年5月27日,发出了《关于依法做好抗震救灾期间审判工作 切实维护灾区社会稳定的通知》,通知要求:依法严惩危害抗震救灾和灾后重建的各种犯罪活动,坚决维护灾区社会稳定。坚持特殊时期、特殊案件、特殊办理的方针,对那些严重危害抗震救灾和灾后重建工作进行的犯罪行为,要在法定期限内快审、快判,力争在最短的时间内使灾区人民群众感受到人民法院维护灾区稳定和打击犯罪的决心与力度,震慑潜在的犯罪分子,预防其他犯罪的发生。最高人民法院院长王胜俊提出,在灾害期间,对构成犯罪的,要依法及时审理和判决,使灾区人民切实感受到人民法院维护灾区稳定和依法惩罚犯罪的决心。最高人民检察院检察长曹建明在随后举行的最高人民检察院党组传达贯彻中央政法委第4次会议精神的会议上提出:对于在赈灾过程中在灾区出现的犯罪应当快捕快诉,震慑犯罪、安定人心。因此,在突发公共事件时期,及时查处和惩罚刑事犯罪是维护社会秩序、保障公民权利的需要,也是党和政府特殊时期刑事政策的基本要求。

三、从重处罚原则

(一) 从重处罚原则和罪刑均衡的内在统一

人们常说,同样犯罪同样处罚。这一论断因具有一副正义和公正的外表,非常容易获得观察者的认可。而我们认为,一个一成不变的法律,不考虑犯罪时期、犯罪地点、犯罪时的大环境而追求同罪同罚,这是对罪刑均衡的片面理解,是无效的,有时甚至是有害的。因为对发生在不同时期的犯罪处以同等的刑罚,那么人们

将找不到更有力的手段来预防和制止潜在的造成较大危害的犯罪,人们经过流血牺牲而缓慢形成的道德情感和法律信仰也将会遭到破坏。

也正是基于这一点考虑,边沁在其《立法理论》一书中指出:不应该对所有相同之罪适用相同之刑,必须对可能影响感情的某些情节给予考虑。相同的名义之刑不是相同的实在之刑。年龄、性别、等级、命运和许多其他情节应该调整相同之罪的刑罚。如果罪刑是对人身伤害,同样的财产刑对富人将无足轻重,而对穷人则沉重不堪。应该看到,罪刑相称不应该是这种数学化的对称,应当避免法律的过分细微、复杂和模糊。但是为了更好地鼓励人们对预备犯罪之恶的憎恨,可能牺牲彻底的相称性。^① 故此,针对突发公共事件时期的犯罪从重处罚并不违反罪刑均衡。即便是以主张“刑罚宽和”而著称的贝卡里亚也认为,针对不同时期的犯罪,刑罚在程度上应当是不同的,“刑罚的规模应该同本国的状况相适应。在刚刚摆脱野蛮状态的国家里,刑罚给予那些僵硬心灵的印象应该比较强烈和易感。为了打倒一头狂暴地扑向枪弹的狮子,必须使用闪击。”^②

(二)从重处罚原则的法理依据

针对发生在突发公共事件时期的特殊犯罪,从重处罚主要是以下两方面的因素使然:第一是宽严相济的刑事政策;第二是量刑中影响民众情感的特殊情节。

1. 宽严相济的刑事政策

马克昌教授对宽严相济刑事政策的界定是:该严则严,当宽则

① [英]吉米·边沁:《立法理论》,李贵方等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第378页。

② [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2002年版,第51页。

宽;严中有宽,宽中有严;宽严有度,宽严审时。最后8个字是“宽严有度,宽严审时”,意思就是说,刑罚的宽严必须与当时的社会情况相结合,刑罚的宽严应当根据一定的社会情况来确定。刑罚的宽严总是根据一定的社会情况确定的。由于某种犯罪大量增多,社会治安形势严峻,对该种犯罪要从严惩处,什么犯罪突出就重点打击什么犯罪;某种犯罪大量减少,社会治安形势缓和,对该种犯罪则应不再从严处罚,也不再作为重点予以打击。否则,离开社会治安形势,该严惩的犯罪予以从宽处理,该从宽处理的犯罪却予以严惩,这就不可能收到预期的效果,而只会落得成都武侯祠对联中所说的“不审时,即宽严皆误”。所以,罗干在讲话中也曾经特别指出:“我们要立足于当前社会治安实际,审时度势,用好这一刑事政策。”^①突发公共事件发生和救援时期,在受难地区,人们的生产、生活受到了极大的破坏,人们的心理受到了几近毁灭性的创伤,当地治安状况陷入了前所未有的真空,在这个时间、这个地点实施犯罪,将会造成与平时时期相比更为严重的危害,基于宽严审时原则,应当对这些特殊时期的特殊犯罪从重处罚。

2. 量刑中的影响民众情感的特殊情节

我们知道,人类和动物的区别的一个重要方面就是,人会因其他人的快乐而感到高兴,也会因其他人的痛苦而感到难过。当具有这种性情的只是一个单独的个人时,它被称为友谊;当它因为处于痛苦中的人而发生时,它就被称为怜悯或同情;而怜悯和同情是相互协作的基础,是人类文明的基础,也正是怜悯和同情使得人类社会得以延续和繁荣。边沁曾指出,在量刑时必须对可能影响感情的某些情节给予考虑。这里面影响同情和怜悯的情节是刑罚量定时首先应当给予考虑的。突发公共事件发生和救援时期,全国

^① 马克昌:“宽严相济刑事政策刍议”,载《人民检察》2006年10月(上),第17页。

人民和受灾地区民众一方面陷入了极度的悲痛和恐惧之中;另一方面,他们又化悲痛为力量,万众一心、众志成城,奉献爱心,重建家园。而犯罪人在这个特殊时期、特殊地点实施犯罪,一方面表明其拒绝奉献自己的爱心,从而丧失了人类最基本的怜悯、同情之心;另一方面还表明行为人具有了最令人发指的乘人之危的犯罪之心。对这类严重伤害民众情感的犯罪从严查处是符合民众的愿望和情感需求的。

(三)从重处罚原则的司法体现

从重处罚原则也在国家政法机关的有关解释和通知中得到体现。针对2003年SARS猖獗期间出现的犯罪,最高人民法院和最高人民检察院联合发布了《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,该解释总共有18个条文,其中就有9个条文规定了“从重处罚”,^①如该解释第2条规定:“在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间,生产、销售伪劣的防治、防护产品、物资,或者生产、销售用于防治传染病的假药、劣药,构成犯罪的……以生产、销售伪劣产品罪,生产、销售假药罪或者生产、销售劣药罪定罪,依法从重处罚。”这彰显了对突发公共事件时期犯罪的从重处罚的思想。在四川汶川大地震发生后,最高人民法院发出了《关于依法做好抗震救灾期间审判工作 切实维护灾区社会稳定的通知》,通知要求,针对赈灾时间、赈灾地区发生的刑事犯罪,应当坚持特殊时期、特殊案件、特殊办理的方针,对抗震救灾和灾后重建期间发生的七类犯罪行为

^① 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2003年5月14日)第2条、第3条、第3条第2款、第6条、第7条、第9条、第11条、第12条、第14条。

应依法从重处罚。^①

四、人权保障原则

(一)人权保障是国内外刑事法治的需求

人权保障是实现法治道路上一个必须攻克的课题,也是各国和国际社会处理政治、经济、法律等问题时优先予以考虑的问题。而在人权的法律保障中,刑法由于其所保护利益的广泛性、重大性及其制裁手段的严厉性,使得刑法领域的人权保障具有特别重要的意义,成为了衡量各国人权保障状况的“晴雨表”。而刑法自古就是调整两对矛盾:第一对矛盾是善良公民、被害人与犯罪人;第二对矛盾是社会保护和人权保障。针对前一对矛盾,人权保障的观念要求我们必须切记:刑法不仅是善良公民的大宪章,也是犯罪人的大宪章;针对后一对矛盾,人权保障的观念要求我们切记:刑法是一把双刃剑,用之得当,则社会和个人两受其益,用之不当,则社会和个人两受其害。

(二)人权保障的路径选择——实体与程序并重

针对突发公共事件,我们在刑法适用上应当坚持“及时、从

^① 一、盗窃、抢夺、抢劫、故意毁坏用于抗震救灾的物资、设备设施,以及以赈灾募捐名义进行诈骗、敛取钱财,拐卖灾区孤残儿童、妇女等犯罪行为。二、为牟取暴利,囤积居奇、哄抬物价、非法经营、强迫交易等严重扰乱灾区市场秩序,影响灾区人民群众正常生产生活的犯罪行为。三、故意编造、传播、散布不利于灾区稳定的虚假、恐怖信息,严重影响抗震救灾和灾后重建工作开展的妨害公务、聚众扰乱社会秩序、公共场所秩序、交通秩序、聚众冲击国家机关等犯罪行为。四、在灾区生产、销售或者以赈灾名义故意向灾区提供伪劣产品、有毒有害食品、假药劣药等犯罪行为。五、国家工作人员贪污、挪用抗震救灾款物、滥用职权或玩忽职守危害抗震救灾和灾后重建工作顺利进行,严重损害党和国家形象的犯罪行为。六、破坏电力、交通、通讯等公共设施的犯罪行为。七、妨害传染病防治等危害公共卫生的犯罪行为。参见最高人民法院2008年5月27日作出的《关于依法做好抗震救灾期间审判工作切实维护灾区社会稳定的通知》。

重”原则,但同时我们也应当看到,无论是罪刑法定原则,还是所有的法律、司法解释、会议通知,都强调“及时、从重”必须在“依法”的前提下进行。突发公共事件时期的刑事犯罪,由于其处于一个特殊时期、特殊地点,使得这些犯罪比和平时期的犯罪具有更强烈的关注程度;又由于聚集了过多的情感因素,引起了“众怒”和“民愤”,这样就在对其贯彻“及时、从重”处罚原则时,极有可能会超越刑法的樊篱而侵犯人权。因此,我们在坚持“及时、从重”的同时,必须坚决摒弃“乱世用重典”和“刑罚工具主义”的思想,应当在坚持人权保障的法治理念下,有理、有据、有节地适用刑罚。坚持依法惩治和对犯罪人予以人权保障,具体应当从以下三个方面着手:

1. 定罪方面

无论针对何时、何地、何种犯罪行为,也无论我们采取什么样的刑事政策,我们必须切记:刑法是刑事政策不能逾越的樊篱。必须严守罪刑法定的原则,对于刑法没有明文规定为犯罪行为的,绝对不能定罪处罚,严格防止以特殊时期刑事政策需要的名义,曲解法律,入人于罪。

2. 量刑方面

针对发生在突发公共事件时期的特殊犯罪,即便是要从重处罚,也应当根据《刑法》第62条的规定,在法定刑的限度以内判处刑罚,而不是一味地判处该罪的最高刑。正如马克昌教授所强调的,要宽严有度。宽严有度,即对犯罪人的处理,不论“宽”或“严”都必须“以事实为根据,以法律为准绳”,在法律范围内进行。

3. 正当程序方面

程序是法治和恣意而治的分水岭。正义不仅要实现,而且应当以人们看得见的方式实现。看得见的方式具体就是指刑事诉讼程序以及被告人在程序中所享有的权利。尽管对突发公共事件时

期的犯罪行为应当及时处罚,但应当严格遵守刑事诉讼程序,保障犯罪人的诉讼权利(比如辩护权、上诉权等),严守程序公正,让犯罪人切实从内心认罪服法。

(责任编辑:张希靖)