

曲伶俐 主编

Xingfa Shiyong  
yu Shehui Wending

# 刑法适用与社会稳定

山东大学出版社

# 刑法适用与社会稳定

主 编 曲伶俐

副主编 李蕴辉 李露 张霞



山东大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

刑法适用与社会稳定/曲伶俐主编.  
—济南:山东大学出版社,2012.10  
ISBN 978-7-5607-4685-2

I. ①刑…

II. ①曲…

III. ①刑法—法律适用—中国—文集

IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 247241 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 20 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

山东新华印务有限责任公司印刷

880 毫米×1230 毫米 1/32 15.25 印张 424 千字

2012 年 10 月第 1 版 2012 年 10 月第 1 次印刷

定价:32.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

## 编写说明

“年度刑法”是一系列针对当前重要、前沿的刑法问题的研讨文集。它依托山东省法学会刑法学研究会,希望通过每年年会的机会,搭建一个百家争鸣、有责任感的学术平台,借此表达深度的思考,唱响时代的先声。它不以任何偏见为由,拒绝某种类型的论文,而强调展开以主题为中心的学术讨论,从而开拓刑法学的新论域,改变既有的问题体系与概念体系。为此,我们选取那些与当下社会生活和刑事法治格局密切联系的刑法学问题作为主题,组织学术与实务工作者进行探讨。其中既包括历久弥新的基本问题,也包括新近的热点问题。在这一方向下,我们将“刑法适用与社会稳定”作为2010年年会的主题,因为社会稳定关乎国家发展之根本。在社会主体利益多元化、社会阶层出现分化、社会结构趋于多样化的新的历史时期,必然带来社会利益矛盾的复杂化,所以,维护社会稳定就成为了经济社会发展的必要条件,作为“保障法”的刑法必然要在维护社会稳定中担当重任。2010年10月30日,山东省法学会刑法学研究会2010年度学术年会在莱芜召开。会议由山东省法学会刑法学研究会、莱芜市中级人民法院和中共莱芜市莱城区委主办,由莱芜市莱城区人民法院承办,来自各高校及公检法司三级实务部门的60多位专家学者参加了会议,提交学术论文42篇。会议主要围绕量刑问题、刑罚问题以及影响社会稳定的相关犯罪等问题展开了深入的探讨。这些论文紧密围绕上述主题,选题集中,达到了推进积累、开拓创新的目的。需要说明的是,由于本次年会论文征集的时间截

至2010年9月30日,此时,《中华人民共和国刑法修正案(八)》尚未公布。因此,文集中有关刑罚问题的研究,有的是作者的增修建议。最后,本文集虽经百般校勘,但仍不免存有挂漏谬误之处,尚祈各位读者不吝赐正!

编 者

2011年11月

# 目 录

## 量刑问题研究

|                                                      |     |     |     |
|------------------------------------------------------|-----|-----|-----|
| 和谐社会视野下的罪责刑相适应 .....                                 | 初炳东 | 王洪刚 | 3   |
| 量刑基准初论 .....                                         |     | 王光明 | 15  |
| 量刑基准的确立 .....                                        |     | 于同良 | 25  |
| 论“减轻处罚”的幅度 .....                                     |     | 马凤春 | 36  |
| 论定罪与量刑程序的相对分离模式 .....                                | 郑 康 | 柳忠卫 | 48  |
| 死刑适用标准问题研究 .....                                     | 刘玉安 | 刘建军 | 59  |
| 对死刑适用标准的反思及探索 .....                                  | 冯殿美 | 李艳伟 | 72  |
| 量刑建议理论与实践若干问题思考 .....                                | 黄鲁滨 | 杨 华 | 86  |
| 量刑建议制度初探 .....                                       |     | 刘修军 | 96  |
| 量刑平衡机制的构建与思考 .....                                   |     | 陈爱军 | 106 |
| 贪污受贿犯罪量刑规范化问题研究<br>——以鲁西南某市六年来贪污受贿案件实证分析为视角<br>..... |     | 郝银刚 | 116 |
| 职务犯罪量刑问题探析 .....                                     |     | 李大欣 | 134 |

## 刑罚问题研究

|                                                 |            |     |
|-------------------------------------------------|------------|-----|
| 弁论罪刑之该当 .....                                   | 刘 军        | 149 |
| 我国刑罚本质二元论 .....                                 | 王占启        | 167 |
| 刑罚结构问题研究 .....                                  | 李 震        | 179 |
| 没收财产刑的中西“存”与“废”之原因辨析<br>——为我国没收财产刑的立法现状辩护 ..... | 牛忠志        | 190 |
| 刍议我国缓刑制度之完善 .....                               | 李庆斌        | 200 |
| 论缓刑时剥夺政治权利刑之适用 .....                            | 李 涛        | 210 |
| 从书面审理到开庭审理:减刑假释案件审理方式改革的问题评析.....<br>.....      | 袁素华 徐龙震    | 222 |
| 减刑假释程序改革探析 .....                                | 张传伟        | 230 |
| 浅谈未成年人轻罪犯罪前科消灭制度<br>——和谐语境下的立法推动 .....          | 王 琳        | 241 |
| 试论前科消灭制度 .....                                  | 杜立聪        | 251 |
| 韩国刑罚制度的问题点和改善方向 .....                           | [韩]崔源永 张 霞 | 261 |

## 影响社会稳定的相关犯罪研究

|                                        |     |     |
|----------------------------------------|-----|-----|
| 群体性事件的刑法规制 .....                       | 倪志娟 | 275 |
| 弱势群体刑法保护的理念基础研究 .....                  | 逯 星 | 287 |
| 转型期中国弱势群体犯罪原因探析 .....                  | 刘广平 | 300 |
| 关于酒驾再次严重肇事行为罪名适用的思考 .....              | 杨曙光 | 312 |
| 团伙犯罪案件刑罚裁量之分析<br>——以盗窃、抢劫团伙犯罪为视角 ..... | 李 晶 | 324 |
| 偷逃高速公路通行费行为的法律分析 .....                 | 吕 斌 | 333 |
| 盗窃网络虚拟财产行为的刑法规制 .....                  | 李 静 | 338 |
| 网络犯罪现状分析 .....                         | 元伟杰 | 355 |

|                                          |             |     |
|------------------------------------------|-------------|-----|
| 略论严打“黄、赌、毒”之刑事政策依据 .....                 | 李 露         | 370 |
| 环境犯罪非刑罚处置方式的构建 .....                     | 吕 欣         | 378 |
| 论完善现行水资源刑法保护机制 .....                     | 张 霞 吴修合     | 386 |
| 能动司法实证分析                                 |             |     |
| ——以山东省莱芜市莱城区法院“预防重新犯罪告知承诺制度”为范本<br>..... | 李蕴辉         | 398 |
| 刑事和解基本问题新释                               |             |     |
| ——对相关传统话语的批判性考察 .....                    | 陆诗忠         | 410 |
| 论民事检察和解 .....                            | 张传文 亓恒坤 李翠红 | 426 |
| 混合主体共同贪污犯罪研究 .....                       | 张明威         | 439 |
| 刑法解释方法的再探析 .....                         | 燕立新         | 450 |
| 人格障碍者犯罪之刑事责任分析 .....                     | 张爱艳         | 459 |
| 教唆犯问题研究 .....                            | 狄 雪         | 469 |

## 量刑问题研究



# 和谐社会视野下的罪责刑相适应

初炳东 王洪刚\*

我国《刑法》第5条明确规定了罪责刑相适应原则：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”罪责刑相适应，是刑法的基本原则之一，也被称作“罪刑相适应”、“罪刑均衡”或者“罪刑相当”，它的基本含义是指犯罪与刑罚之间应保持内在的、均衡的对应关系，即指有罪必罚，罚当其罪。

罪责刑相适应具有鲜明的时代特征。正如德国哲学大师黑格尔所说：“刑法都是适应特定时代和特定市民社会而制定出来的。有时轻犯判重刑，有时重犯判轻刑，初看起来是矛盾的，但这都是正常和公正的。社会不可能纵容犯罪，虽然犯罪始终是对抗社会的个别情况。与社会本身的稳定性相比，犯罪是不稳定的和孤立的，它只是自然冲动的产物。如果社会本身动荡不安，稳定性不强，那就必须通过刑罚来树立榜样，因为刑罚本身是反对犯罪的标志和象征。相反，在比较稳定的社会中，犯罪的行为对社会的影响是微不足道的，因此，刑罚就应该轻些。总之，刑罚的轻重是与时代的情况紧密相连的，即不存在一部适用于任

---

\* 初炳东，烟台大学法学院教授；王洪刚，烟台大学法学院硕士。

何时代的刑法典。”<sup>①</sup>

鉴于此,本文试图重点探讨在当前我国建设社会主义和谐社会的大背景下,在司法实践中如何尽可能地做到罪责刑相适应,从而实现刑事法治法律效果和社会效果的和谐统一。

## 一、构建和谐社会的时代特征

社会主义和谐社会是人类孜孜以求的一种美好愿望,是马克思主义政党不懈追求的一种社会理想。中外历史上都产生过不少有关社会和谐的思想。进入 21 世纪以后,中国共产党十六大和十六届三中全会从全面建设小康社会、开创中国特色社会主义事业新局面的全局出发,明确提出了构建社会主义和谐社会的战略,党的十六届四中全会进一步提出了构建社会主义和谐社会的任务。“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处”是社会主义和谐社会的主要内容。民主法治,“就是社会主义民主得到充分发扬,依法治国基本方略得到切实落实,各方面积极因素得到广泛调动”;公平正义,“就是社会各方面的利益关系得到妥善协调,人民内部矛盾和其他社会矛盾得到正确处理,社会公平和正义得到切实维护和实现”<sup>②</sup>。以上几个方面相互联系,相互促进,不可分割,共同构成社会主义和谐社会的基本要求。和谐是世界上最美好的状态,有着人世间最珍贵的价值,是人们向往和追求的理想境界。2009 年 3 月,最高人民法院把落实宽严相济的刑事政策写入了最高人民法院《三五改革纲要》,这体现了和谐社会对刑事政策的必然要求。现代法治立足于平等、人道与宽容之基础,刑事法治无不应该包容这种和谐精神。

---

① [德]黑格尔:《法哲学原理》,杨东柱、尹建军、E 哲译,北京出版社 2007 年版,第 103 页。

② 本书编写组:《以科学发展观统领经济社会发展全局》,中共党史出版社 2006 年版,第 36 页。

和谐社会的科学内涵是指实现了人际和谐和人与自然和谐的社会。<sup>①</sup>在当今时代背景下,如何构建社会主义和谐社会的刑事法治?笔者认为,主要应该从以下几个方面思考、入手,处理好几组关系:一是人与自然的关系,即走人与自然的和谐发展之路,发展循环经济,保护好和改善生态环境,坚决严厉打击破坏自然资源、生态环境的犯罪活动。二是人与政府、人与人之间的关系,反映在刑事法律中则表现为如何处理好国家与犯罪人、被害人的关系,特别是要注意对刑事被告人人权的保障,更不能忽视对被害人利益的保护。三是人与政府,人与社会的和谐关系,把宽严相济的刑事政策贯彻到刑事法治之中,促进人与社会的和谐。

## 二、和谐社会视野下的刑事政策——宽严相济

坚持以人为本的科学发展观,树立社会主义法治理念,全力构建社会主义和谐社会,已经成为我国当前理论探索、社会实践的重要课题和时代主题。在构建社会主义和谐社会的背景下,我国现阶段强调实行宽严相济刑事政策。决策者期望通过该政策的运用,实现既有力打击和震慑犯罪,维护法治尊严,又尽可能减小社会对抗面,最大限度地预防和减少犯罪,化解社会矛盾,维护社会和谐稳定,变消极因素为积极因素,以实现法律效果和社会效果的有机统一。

贯彻宽严相济的刑事政策,尽可能地做到罪责刑相适应,一方面要求根据犯罪的严重程度和犯罪人的人身危险性大小,实行区别对待、有宽有严;另一方面要求宽严互济、宽严适度,又反对过分严厉和宽大无边。<sup>②</sup>在司法实务中,应从以下方面把握:

### 1. 确定宽严重点。落实宽严相济的刑事政策,首先应该从不同的

<sup>①</sup> 参见桑玉成:《论和谐社会的政治基础》,载《复旦大学学报》2005年第4期。

<sup>②</sup> 参见黄华生、喻晓玲:《宽严相济刑事政策解析》,载赵秉志主编:《和谐社会的刑事法治》上卷,中国人民公安大学出版社2006年版,第229页。

角度,对犯罪进行类型化的划分,进而确定宽严的重点。可以考虑从犯罪性质、犯罪危害的大小、犯罪人的人身危险性的程度、犯罪的法定刑、犯罪情节等方面划分。

2. 严中有宽,宽以济严。刑法是治理社会的最后一道屏障,因此,对通过分类确定应该从严处理的犯罪,“严”是前提,但从严也不是无所节制,尤其对那些严重的犯罪需要留有余地,对其具有的从宽情节,必须予以从宽处理,这也有利于犯罪人将来的回归社会。

3. 宽中有严,严以济宽。对于确定从宽处理的如轻罪、未成年人犯罪、过失犯罪,固然应该以宽为主,但是“宽”也绝对不是一宽到底、宽大无边,对那些情节严重或累犯犯罪人,也应依法惩处,警惕刑罚虚无主义的态度。

4. 宽严适时。刑事司法政策的运行离不开具体的社会大环境,宽严要审时度势,与时俱进。当前我国正处于社会转型期,犯罪的总体形势依然严峻,重特大刑事案件发案率较高。尤其是近些年来,人民内部的各种利益冲突引发的刑事案件亦出现高发趋势,客观上要求必须不断地研究社会治安现状,适时调整宽严重点,将犯罪控制在社会能够容忍的范围之内,为和谐社会建设提供良好的法律环境。

### 三、和谐社会视野下罪责刑相适应的具体实现

(一)严厉打击危害和谐社会的严重刑事犯罪、统一我国死刑适用的标准

1. 严厉打击危害和谐社会的严重刑事犯罪。宽严相济刑事政策中的从“严”,主要是指对于罪行十分严重、社会危害性极大、依法应当判处重刑或死刑的,要坚决地判处重刑或死刑;对于社会危害大或者具有法定、酌定从重处罚情节,以及主观恶性深、人身危险性大的被告人,要依法从严惩处。在审判活动中,通过体现依法从“严”的政策要求,震慑犯罪分子和社会不稳定分子,达到有效遏制犯罪、预防犯罪的目的。

当前,对于危害国家安全犯罪、恐怖组织犯罪、邪教组织犯罪、黑社

会性质组织犯罪、故意危害公共安全犯罪等严重危害国家政权稳固和社会治安的犯罪,对故意杀人、故意伤害致人死亡、强奸、绑架、拐卖妇女儿童、抢劫、重大抢夺、重大盗窃等严重暴力犯罪和严重影响人民群众安全感的犯罪,对走私、贩卖、运输、制造毒品等毒害人民健康的犯罪,要作为严惩的重点,依法从重处罚。尤其对于极端仇视国家和社会,以不特定人为侵害对象,所犯罪行特别严重的犯罪分子,该重判的要坚决依法重判,该判处死刑的要坚决依法判处死刑。对于国家工作人员贪污贿赂、滥用职权、失职渎职的严重犯罪,黑恶势力犯罪,重大安全责任事故、制售伪劣食品药品所涉及的国家工作人员职务犯罪,发生在社会保障、征地拆迁、灾后重建、企业改制、医疗、教育、就业等领域的严重损害群众利益、社会影响恶劣、群众反映强烈的国家工作人员的职务犯罪,发生在经济社会建设重点领域、重点行业的严重商业贿赂犯罪等,要依法从严惩处。当前和今后一段时期,对于集资诈骗、贷款诈骗、制贩假币以及扰乱、操纵证券、期货市场等严重危害金融秩序的犯罪,生产、销售假药、劣药、有毒有害食品等严重危害食品药品安全的犯罪,走私等严重侵害国家经济利益的犯罪,造成严重后果的重大安全责任事故犯罪,重大环境污染、非法采矿、盗伐林木等各种严重破坏环境资源的犯罪等,要依法从严惩处,维护国家的经济秩序,保护广大人民群众的生命健康安全。要依法从严惩处累犯和毒品再犯,凡是依法构成累犯和毒品再犯的,即使犯罪情节较轻,也要体现从严惩处的精神。尤其是对于前罪为暴力犯罪或被判处重刑的累犯,更要依法从严惩处。<sup>①</sup>

对严重刑事犯罪的严惩,必须充分考虑被告人的主观恶性和人身危险性。对于事先精心预谋、策划犯罪的被告人,具有惯犯、职业犯等情节的被告人,或者因故意犯罪受过刑事处罚、在缓刑、假释考验期内又犯罪的被告人,要依法严惩,以实现刑罚特殊预防的功能。司法实践中应该注重综合运用多种刑罚手段,特别是重视依法适用财产刑,有效惩治犯罪。对于法律规定有附加财产刑的,要依法适用。对于侵财型

<sup>①</sup> 参见最高人民法院:《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》,2010年2月9日。

和贪利型犯罪,更要注重通过依法适用财产刑使犯罪分子受到经济上的惩罚,剥夺其重新犯罪的能力和条件。切实加大财产刑的执行力度,确保刑罚的严厉性和惩罚功能得以实现。对于被告人非法占有、处置被害人财产不能退赃的,在决定刑罚时,应作为重要情节予以考虑,体现从严处罚的精神。

2009年,我国政府对发生在新疆乌鲁木齐的“七五事件”依法从严处理就充分体现了宽严相济的刑事政策“严”的一面。案情如下:

2009年7月5日20时左右,新疆维吾尔自治区首府乌鲁木齐市发生了以广东省韶关港资旭日玩具厂群体斗殴事件为导火线的暴力骚动。暴徒在乌鲁木齐多处猖狂地对群众及商铺进行打砸抢烧严重暴力犯罪,事件造成184人死亡、828人受伤,并造成重大财产损失。

此事件是一起典型的境外指挥、境内行动,有预谋、有组织的打砸抢烧事件。2009年10月12日,新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院依法对乌鲁木齐“七五”打砸抢烧严重暴力犯罪事件的三起重大犯罪案件的7名被告人进行一审公开开庭审理并当庭宣判。阿不都克里木·阿不都瓦伊提、艾尼·玉素甫、阿卜杜拉·麦提托合提、阿迪力·肉孜、努尔艾力·吾休尔、阿力木·麦提玉素普等6名罪行极其严重的被告人被判处死刑,剥夺政治权利终身;被告人塔衣热江·阿布力米提因具有重大立功表现,被依法从轻判处无期徒刑,剥夺政治权利终身。

2. 统一死刑的适用标准,注重考虑其社会效果。总体上说,我国刑法总则规定的对罪行极其严重的犯罪适用死刑,是比较恰当的。至于司法实践中死刑适用的问题主要是由于死刑的适用标准不统一造成的。笔者认为,我国刑法死刑适用标准的重构,应当在刑法分则的相关规定和司法实践上做文章。

所谓的“罪行极其严重”,其内涵应该包含两个方面:其一,从“罪

行”的角度来讲,既包括主观恶性,又包括客观危害;其二,从“极其严重”的角度来讲,应当是在综合比较全国的不同时期、不同地区、不同性质的犯罪,同种性质的不同个案,共同犯罪中的不同被告人的犯罪行为的基础上,归纳为社会危害最为严重的犯罪。具体而言,笔者建议应统一我国死刑适用的标准,以利于司法实践的具体操作。

另外,对犯罪人适用死刑,除考虑其法律效果外,还必须考虑其社会效果,看死刑的适用是否有利于当前和谐社会的建设。如果对某犯罪人适用死刑将会带来极大、不良的社会效果,就应该谨慎地适用。

## (二)从宽处罚客观危害性、人身危险性不大的犯罪

宽严相济刑事政策中的从“宽”,主要是指对于情节较轻、社会危害性较小的犯罪,或者罪行虽然严重,但具有法定、酌定从宽处罚情节,以及主观恶性相对较小、人身危险性不大的被告人,可以依法从轻、减轻或者免除处罚,同时配合做好社区矫正,加强教育、感化、帮教、挽救工作。不是必须判处监禁刑的,应尽量适用缓刑或者判处管制、单处罚金等非监禁刑。被告人的行为虽已经构成犯罪,但犯罪情节轻微,或者未成年人、在校学生实施的较轻犯罪,或者被告人具有犯罪预备、中止、从犯、胁从犯、防卫过当、避险过当等情节,也可以考虑免于刑事处罚,但必须做好善后、帮教工作,或者交由有关部门进行处理,争取更好的社会效果。

法院在量刑时,对于自首的被告人,除了罪行极其严重、主观恶性极深、人身危险性极大,或者恶意地利用自首规避法律制裁的犯罪人以外,一般均应依法从宽处罚。对于较轻犯罪的初犯、偶犯,应当综合考虑其犯罪的动机、手段、情节、后果和犯罪时的主观状态,酌情予以从宽处罚或者免于刑事处罚。即使依法应当予以刑事处罚的,也应当尽量适用缓刑或者判处管制、单处罚金等非监禁刑;对于未成年人犯罪,在具体考虑其实施犯罪的动机和目的、犯罪性质、情节和社会危害程度的同时,司法机关还要充分考虑其是否属于初犯,归案后是否悔罪,以及个人成长经历和一贯表现等因素,坚持“教育为主、惩罚为辅”的原则和“教育、感化、挽救”的方针进行处理。对于偶尔盗窃、抢夺、诈骗,数额