

中国审判理论研究丛书
中国审判理论研究会刑事审判理论专业委员会



刑事法律适用与 刑罚功能发挥



主 编：郑少三 周玉华

THE APPLICATION OF
CRIMINAL LAWS AND
FUNCTIONING OF PENALTY



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国审判理论研究丛书
中国审判理论研究会刑事审判理论专业委员会



刑事法律适用与 刑罚功能发挥



THE APPLICATION OF CRIMINAL LAWS AND FUNCTIONING OF PENALTY

主 编：郑少三 周玉华



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事法律适用与刑罚功能发挥 / 郑少三、周玉华主编. —北京: 法律出版社, 2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4063 - 9

I. ①刑… II. ①郑… ②周… III. ①刑法—法律适用—中国
②刑罚—研究—中国 IV. ①D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 228932 号

刑事法律适用与刑罚功能发挥
郑少三 周玉华 主编

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 耿旭冉
责任编辑 耿旭冉
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司
责任印制 沙磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 30.75
字数 537 千
版本 2013 年 1 月第 1 版
印次 2013 年 1 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 - 5118 - 4063 - 9

定价:79.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编审委员会

主 任：沈德咏

副主任：张 军 万鄂湘

委 员：（按姓氏笔画排序）

公丕祥	王利明	王胜明	江必新	孙佑海	陈卫东
李 林	李少平	张文显	罗东川	郅风涛	赵秉志
奚晓明	徐显明	黄 进	景汉朝		

编辑委员会

主 编：郑少三 周玉华

副主编：张 坚 颜茂昆 崔正军 刘玉安

委 员：（按姓氏笔画排序）

张 军 韩芳丽 黄明春 刘振会

王 磊 杨尚文

编辑部

主 任：张 军 李晓民

成 员：（按姓氏笔画排序）

丁文严 韦钦平 王 磊 代秋影 刘振会

刘淑丽 杨尚文 耿旭冉 韩德强

前 言

2011 年是我国刑事法律制度进行重大变革的一年。2011 年 2 月 25 日,全国人大常委会审议通过了《中华人民共和国刑法修正案(八)》,并于同年 5 月 1 日起正式施行。与此同时,《刑事诉讼法》的修改完善工作也在加紧进行。2011 年 8 月,全国人大常委会对《刑事诉讼法》修正案草案进行了初次审议,并将草案印发广泛征求意见。为了全面贯彻落实《刑法修正案(八)》,积极探索科学的刑事诉讼机制,促进量刑规范化改革不断深入,推动三项重点工作有效开展,刑事审判理论专业委员会委员,特别是各高级人民法院的委员和高等院校的专家委员,围绕刑事审判工作的总体部署,贴紧司法实践的理论需求,开展了多层次、有成效的理论研究活动。

为总结、交流研究成果,推动研究工作不断进步,经中国审判理论研究会批准,刑事审判理论专业委员会 2011 年会暨“刑事法律适用与刑罚功能发挥”专题研讨会在湖北省武汉市召开。全国各级法院的刑事法官和全国各高等院校的专家学者围绕《刑法修正案(八)》的理解与适用、刑事审判程序与制度的完善、量刑规范化的深化与发展、刑事审判参与社会管理创新等问题踊跃投稿,提交了很多理论水平高、实践意义强的论文,为此次会议的圆满成功奠定了良好的基础。研究会秘书处共收到全国法院、高等院校提交的论文 600 余篇,经严格评审,从中选出 48 篇论文,汇编结集进行交流。

最后,谨向广大论文作者及征文活动组织者,向为论文编印付

出辛勤劳动和提供大力支持的山东省高级人民法院、湖北省高级人民法院的领导和有关同志,表示衷心感谢!由于时间仓促、水平有限,编选工作如有疏漏不当之处,敬请各位领导和专家学者批评、指正!

中国审判理论研究会
刑事审判理论专业委员会秘书处
2011年12月

目 录

第一编 关注实体:《刑法修正案(八)》的理解与适用

危险驾驶罪适用问题研究	仇拉锁 张 虎	3
危险驾驶:法律属性、实证分析与规则细化	陈 鸣	13
生产、销售不符合安全标准的食品罪司法认定探讨	徐立明 罗开卷	24
试论强迫交易罪的司法认定		
——从与强迫交易罪关联罪名视角出发	陈振辉	34
论拒不支付劳动报酬罪的几个问题	李希慧	41
拒不支付劳动报酬罪的理解与适用	吴 声	50
食品监管渎职罪疑难问题探析	谢望原 何 龙	57
浅析特殊群体犯罪的从宽处罚问题	刘晓云 陈大兴	73
老年人犯罪从宽处罚探究		
——以《刑法修正案(八)》为视角	姚智明 田 森	84
浅析未成年人犯罪的从宽处罚规定		
——以《刑法修正案(八)》为视角	唐建国 陈 清	91
我国缓刑、假释制度的修正探析	刘宪权 王丽珂	100
对修正后我国缓刑适用条件之理解	王 玮	112
反思与重构:我国减刑、假释制度改革探究	冯丽萍	120
从国外社区矫正制度探析我国假释执行的社会化途径	李佳丽	133
制度变迁视野下禁止令制度研究	茅仲华 孙海燕	139
论“三个不得”禁止令制度的司法适用	余 剑	148
论我国刑事禁止令执行模式的构建	刘茂盛	155
许霆案凸显立法缺陷	刘京华	163
有组织的暴力性犯罪的界定		
——以语义分析法为视角	程慎生	173
完善不同种自由刑数罪并罚的立法思考	黄伯青	180

第二编 重视程序:刑事审判程序与制度的完善

浅析“两个证据规定”执行中的若干问题

——以法院审判为视角	杨学成	191
刑事案件中“情况说明”的证据学思考	梁晋忠 支 华	197
非法证据排除程序中检察机关履职问题研究		
——以司法审判为视角	李春刚	202
刑事错案与庭审制度的完善	何家弘	210
论刑事二审审理方式之重构	袁小刚	231
论公诉权与审判权的局部错位		
——以基于同一事实的“轻诉重判”案件为解析对象	覃 波	241
浅论我国刑事简易程序的多元化构建	艾 静	254
完善中国特色少年刑事审判制度	贾冰一	265
论恢复性司法在未成年人刑事审判中的运用	雷 让	278
论量刑均衡理念及其实现机制	崔正军	287
量刑规范化背景下刑事附带民事调解制度的完善	韩芳丽	301
量刑规范化改革若干问题思考	官文生	309
辽宁省法院系统实施量刑规范化情况的调研报告		
辽宁省高级人民法院刑一庭课题组		316
一个充满风险且必须规范的权力		
——论刑罚自由裁量权的合理行使	吴如玉	329
单一还是多元		
——控制量刑自由裁量权的路径选择及体系构建	刘砺兵	342
受虐妇女报复性犯罪量刑问题研究	李 猛 都学敏	353
论法院对疑似精神病人刑事责任能力的评定实践之完善	周长军	363
实践与异变:刑事二审案件承办法官的审判行为实证分析	李世锋	374
亲属如何合法拒证		
——从刑事诉讼法修正案谈开	杨 洁	388
论追缴、责令退赔的程序缺陷及其完善		
——以被害人财产权益的法律救济实证考察为视角	谷 敏 毛小满	401

第三编 推动创新:刑事审判参与社会管理创新的 制度构建与完善

积极应对或消极应付:当前刑事审判的社会责任担当问题研究

——基于当前刑事审判化解社会矛盾工作实际的思考	刘玉安	415
论法律效果与社会效果的价值选择在刑事审判领域的契合	冯爱冰	425

充分发挥“三个功能”实现刑事司法法律效果和社会效果的统一

姜树政 任培良 436

坚持宽严相济是实现刑事审判最佳效果的唯一途径

秦瑞基 443

宽严相济：我国刑事立法的扩展性与谦抑性协调发展之路

——以现行刑法施行以来刑事立法为主要研究对象

郭川阳 449

刑事审判中被害人诉讼权利保护论纲

——以宽严相济刑事政策为视角

黎 军 吴冀湘 刘 征 460

刑事司法法律效果与社会效果的统一

张忻如 469

关于农民工犯罪的综合分析报告

——以某市中心城区农民工犯罪情况为蓝本分析

陈 旗 李治国 张 凯 479

第一编

关注实体： 《刑法修正案(八)》 的理解与适用

危险驾驶罪适用问题研究

仇拉锁 张 虎

为了惩处和遏制飙车、醉驾等危险驾驶机动车行为,加强刑法对民生的保护。2011年2月25日,第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议表决通过的《刑法修正案(八)》第22条第1款对危险驾驶罪作了明确规定,即“在道路上驾驶机动车追逐竞驶,情节恶劣的,或者在道路上醉酒驾驶机动车的,处拘役,并处罚金”。同时,为了协调与交通肇事罪、以危险方法危害公共安全罪的关系,该条第2款规定:“有前款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”充分体现了刑法罪责刑相适应的原则,实现了刑法分则罪名间的合理衔接。

一、危险驾驶罪的背景分析

(一)危险驾驶机动车行为入罪的必要性分析

1. 危险驾驶机动车行为入罪是由其社会危害性决定的

随着我国经济社会的快速发展,人民生活水平日益提高,对私家车的旺盛需求极大地促进了我国汽车工业的发展,全国机动车保有量和驾驶员人数连年猛增。^①但与此同时,因驾驶员无视交通法规导致的人身伤亡事故也日益增多。特别是近年来,醉酒驾驶呈多发、高发态势,飙车事件也频见报端,由此引发的恶性交通事故时有发生。^②不仅严重扰乱了公共交通秩序,危害道路交通安全,而且对公众的生命健康和财产安全构成了严重威胁,人民群众对此深恶痛绝,要求立法严惩的呼声日高。据公安机关统计,仅2009年1~8月,全国发生酒后驾车肇事2162起,造成893人死亡;醉酒驾车肇事1044起,

^① 据公安部交管局统计,截至2010年9月底,我国机动车保有量已达1.99亿辆,其中汽车8500多万辆,每年新增机动车2000多万辆;机动车驾驶人达2.05亿人,其中汽车驾驶人1.44亿人,每年新增驾驶人2200多万人。载 <http://news.163.com/10/1101/03/6KCGTMS40001124J.html>。

^② 例如,成都孙伟铭醉驾案,2008年12月14日,孙伟铭中午大量饮酒后醉酒驾车行驶,先后与四辆轿车相撞,致4人死亡,1人重伤的严重后果,四川省高级人民法院终审以以危险方法危害公共安全罪判处被告人孙伟铭无期徒刑,剥夺政治权利终身;次年6月30日发生的南京张明宝醉驾案,张明宝酒后驾驶轿车在回家的路上先后撞倒9名路人,撞坏6辆路边停放的轿车,造成5死4伤的严重后果,包括一名尚未出生被撞出母体的婴儿,南京市中级人民法院一审以以危险方法危害公共安全罪判处被告人张明宝无期徒刑,剥夺政治权利终身;再如杭州胡斌飙车案,2009年5月7日晚,被告人胡斌驾驶非法改装的三菱轿车与同伴在市区道路上超速行驶并互相追赶,将人行横道上行走的被害人谭卓撞死,杭州市西湖区人民法院一审以交通肇事罪判处被告人胡斌有期徒刑3年。

造成409人死亡。^①上述数据虽未涉及飙车肇事,但常见多发的酒后及醉酒驾驶的严重社会危害性足以令人触目惊心。

从犯罪的本质特征和刑法的谦抑性出发,只有当行政、民事等制裁手段不足以遏制一种违法行为的社会危害性时,才有必要通过刑事制裁对其予以规制,借助于刑罚的威慑和教育功能实现打击犯罪和保护社会的目的。危险驾驶罪的应运而生,正是因为危险驾驶机动车行为的社会危害性已经达到了必须利用刑法予以规制的严重程度。

2. 危险驾驶机动车行为入罪是保护民生的迫切需要

以前,司法实践中对造成严重后果的飙车醉驾行为依法以交通肇事罪、以危险方法危害公共安全罪定罪处罚,入罪门槛较高,需要飙车醉驾行为导致致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的结果,而对没有发生严重危害后果的飙车醉驾行为,依照《道路交通安全法》,只能以行政处罚了之。长期的执法实践已经证明,由于拘留、罚款等行政处罚较轻,并不能对飙车醉驾行为起到有效的震慑作用,以致飙车醉驾行为人有恃无恐,飙车醉驾行为愈演愈烈。同时,我国酒文化浓厚,饮酒及醉酒驾驶造成的危害后果极其严重,不仅造成大量人员伤亡和巨额财产损失,而且严重影响到公众的出行安全感。因此,公众普遍认为应当加大对飙车醉驾的处罚力度,只有这样,才能有效警示驾驶人谨慎驾驶。

可以说,本次《刑法修正案(八)》增设危险驾驶罪,顺应了社会公众的司法需求,是立法对民意的积极回应,彰显了刑法对民生的特别保护。

3. 危险驾驶机动车行为入罪是西方国家应对汽车时代带来的危险的普遍做法

机动车作为工业革命的产物,大大方便了人们的出行,但其作为一种高速交通工具,如驾驶不当便会对公共安全构成威胁。当前,酒驾是全球面临的一大社会难题,据世界卫生组织的事故调查显示,50%~60%的交通事故与酒后驾车或醉驾有关,酒后驾车或醉驾已被列为车祸致死的主要原因。^②在已步入汽车时代的西方发达国家,因危险驾驶行为导致的大量人员伤亡引起了各国的关注,各国纷纷通过刑事立法对危险驾驶行为予以处罚。例如,英国刑法中与危险驾驶相关的罪名就有放任驾驶罪、体内有过量酒精时驾驶或意欲驾驶罪、

^① 最高人民法院“关于醉酒驾车犯罪案件法律适用问题新闻发布稿”,载 http://news.ifeng.com/mainland/200909/0908_17_1340107.shtml。

^② 佚名:“各国使出‘必杀技’从严处罚‘醉驾’”,载 <http://auto.163.com/10/0824/09/6ERG747A00081TPJ.html>。

在不适宜的状态下驾驶或意欲驾驶罪和在不适宜状态下控制车辆罪,并配有罚金和短期监禁刑;德国《刑法典》第316条规定,由于饮食酒或者其他麻醉品陷入不能安全驾驶车辆的状况而驾驶车辆的,处以一年以下自由刑或者罚金;^①韩国《道路交通安全法》不断加大对醉酒驾车的处罚力度,2009年10月起实行的新条文中,对“酒后驾驶及拒绝酒精检测”的处罚规定由此前的2年以下有期徒刑和500万韩元罚款,提高至3年以下有期徒刑和1000万韩元以下罚款;日本《道路交通安全法》规定,对于醉酒驾车者处以5年以下有期徒刑或100万日元以下罚款;饮酒驾车者处以3年以下有期徒刑或50万日元以下罚款;对于醉酒驾车司机的同乘者和供酒人,也要处以3年以下有期徒刑或50万日元以下罚款;对饮酒驾车司机的同乘者和供酒人则处以2年以下有期徒刑或30万日元以下罚款。^②美国各州对于酒后驾车的认定和处罚不尽相同,不过适用最广的是当场吊销执照和入狱6个月到1年不等;香港法律规定,酒精含量超过0.02%即可认定为酒后驾车,触犯酒后驾驶条例的司机,一经定罪最高可被判罚25000港币及监禁3年,首次被定罪者更会被停牌最少3个月,并强制司机参加驾驶改进课程。^③总的来说,虽然各国对酒驾等危险驾驶机动车行为的处罚范围和力度不同,但对危险驾驶机动车行为科以刑罚却是西方各国的通例。

当前,我国正快速驶入汽车时代。可以说,增设危险驾驶罪也是我国为应对汽车时代所带来的危险所作的必要选择。

(二)危险驾驶罪的重要意义

意义如下:

(1)增设危险驾驶罪,严密了法网,进一步完善了我国交通违法行为处罚体系。即对饮酒驾驶及其他违反《道路交通安全法》的行为,依法给予行政处罚;对醉酒驾驶或者追逐竞驶、情节恶劣的行为,依法以危险驾驶罪定罪处罚;违反交通运输管理法规,因而发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,依法以交通肇事罪定罪处罚;驾驶机动车危害公共安全的,依法以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

(2)增设危险驾驶罪,对于重塑我国深厚的酒文化、培养民众良好的交通

① 张军主编:《刑法修正案(八)条文及配套司法解释理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第162~163页。

② 佚名:“日本严惩酒后驾车同乘供酒者并罚”,载 <http://news.163.com/09/0823/09/5HD27SU1000120GU.html>。

③ 宁利涛:“酒驾处理各国有别日本司机酒驾乘客同罪”,载 <http://auto.sohu.com/20110512/n307356284.shtml>。

伦理,有着强大助推作用。^① 特别是通过刑罚的威慑作用,有助于使驾驶员自觉养成“饮酒不开车、开车不饮酒”的良好驾驶习惯。

(3)增设危险驾驶罪,有利于推动和谐社会建设,是人民群众平安出行的重要保障,符合人民群众的利益诉求,是刑法对民生的特别保护。

(4)增设危险驾驶罪,加重了对飙车醉驾行为的处罚力度,提高了行为人的违法成本,有助于改变过去醉驾等危险驾驶机动车行为屡禁不止的被动局面。危险驾驶罪施行以来,效果十分明显。据公安部统计,从5月1日至15日,全国共查处醉酒驾驶2038起,较去年同期下降35%;因醉酒驾驶发生交通事故死亡人数和受伤人数同比分别下降37.8%和11.1%。^②

二、危险驾驶罪的犯罪构成解析

从犯罪构成上看,危险驾驶罪的犯罪主体是一般主体,即已满16周岁、具有辨认和控制自己行为能力的自然人都可以成为本罪的犯罪主体;本罪的客体是道路交通管理秩序和公共安全,即本罪侵害的是道路交通管理秩序及不特定多数人的生命、健康和财产权益;本罪的主观方面是故意,即明知醉酒驾驶和追逐竞驶行为会危害道路交通管理秩序和公共安全,却在内心里持积极追求或者放任危害结果发生的态度;本罪的客观方面包括两种行为:一种是实施了在道路上驾驶机动车追逐竞驶,情节恶劣的行为;另一种是实施了在道路上醉酒驾驶机动车的行为。本文将重点解析危险驾驶罪的客观构成要件。

(一)道路的认定

新近修订的《道路交通安全法》第119条规定:“道路是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方,包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。”关于“公路”,2009年1月1日起施行的《公路管理条例》第36条规定:“公路是指经公路主管部门验收认定的城间、城乡间、乡间能行驶汽车的公共道路,包括公路的路基、路面、桥梁、涵洞、隧道。”关于“城市道路”,1996年6月4日颁布的《城市道路管理条例》第2条规定:“城市道路,是指城市供车辆、行人通行的,具备一定技术条件的道路、桥梁及其附属设施。”关于“在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方”,一般认为,这些地方具有较强的公共性,社会机动车可以自由通行或者在管理下自由通行,典型的如广场、公共停车场。

^① 叶良芳:“危险驾驶罪的立法证成和规范构造”,载 <http://www.studa.net/xingfa/110621/14335173.html>。

^② 公安部:“醉驾执‘刑’半月醉酒驾驶同比下降35%”,载 http://news.ifeng.com/mainland/special/zuijiaruxing/content-2/detail_2011_05/17/6454871_0.shtml。

笔者认为,危险驾驶罪作为一种危害道路交通安全的行为,对道路的界定应当与《道路交通安全法》中的规定相衔接,即危险驾驶罪中的“道路”包括公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方,包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。问题在于,如果在单位管辖范围内但不允许社会机动车通行的地方实施危险驾驶机动车的行为,该如何定性,尚无法律明文规定。

(二)追逐竞驶、情节恶劣的认定

1. 追逐竞驶的认定

从字面上理解,“追逐”即追赶、追击的意思,“竞”即竞争、竞赛的意思。追逐竞驶就是指驾驶机动车在道路上追赶、竞赛,危害道路交通安全的交通违法行为。常表现为在高速行驶中频繁、突然、强行变道并线,在车流中穿插追逐、相互别挡、企图超越其他车辆的行驶状态,其动机一般是为了寻求刺激、争强好胜、发泄情绪、赌博竞技等。

(1)追逐竞驶的主体

最高人民法院编著的《刑法修正案(八)条文及配套司法解释理解与适用》一书中认为,追逐竞驶的主体至少在两人以上,如果一个人在道路上驾驶机动车飙车的,不能认定为追逐竞驶。^①那么两个以上的行为人之间是否应当有意思联络呢?有学者认为,通常的追逐竞驶者并没有与追逐竞驶对象的意思联络,只要驾驶者意图使自己的车辆超过其他车辆或者行人,而采用违反交通管理法规的方法实施且情节恶劣的即可构成“追逐竞驶”。^②笔者也认为,不管是数人合意追逐竞驶还是一个人以其他车辆为目标自行追逐竞驶,都必须要有一个人以上的追逐竞驶对象,至于驾驶人之间是否有意思联络则在所不问,只要事实上形成追赶、竞赛的行驶状态即构成追逐竞驶。如果没有追逐竞驶对象,一个人开车在空旷的公路上飙车,就不构成犯罪。如果因此发生重大交通事故,应当以交通肇事罪定罪处罚。

需要说明的是,飙车意指驾车高速行驶,通常表现为数人驾驶机动车竞速比赛,在行为表现上与追逐竞驶有共通之处。但二者也有区别,追逐竞驶必须有一个以上的追逐竞驶对象,而飙车一人也可以单独实施,不需要飙车对象。

^① 张军主编:《刑法修正案(八)条文及配套司法解释理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第170页。

^② 莫洪宪、杨文博:“危险驾驶罪之具体认定”,载《检察日报》2011年3月14日第3版。