

*X*ingshifaliyuanlipingxi

刑事法理与案例评析

最高人民法院法律政策研究室编

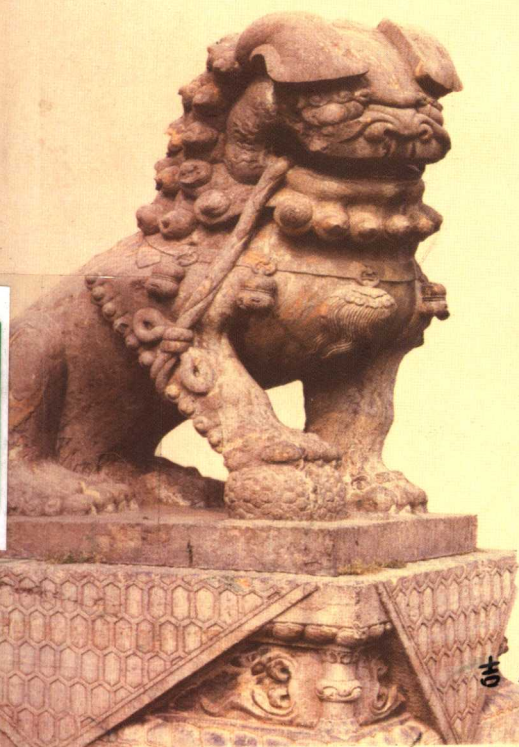
◎当前刑法学研究的热点难点问题

◎轻微犯罪刑事政策的具体运用

◎不必要逮捕研究

◎我国宪政体制下审判监督的必然性及改革探讨

◎美国刑事诉讼中的迅速审理权



吉林人民出版社

第1辑

NO. 1

丛书顾问简介

赵秉志教授

赵秉志,男,1956年生,河南南阳人。北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师。新中国首届刑法学博士。美国杜克大学法学院访问学者。兼任中国法学会刑法学研究会会长,中国法学会常务理事暨学术委员会委员,国际刑法学协会中国分会常务副主席,国务院学位委员会学科评议组法学评议组成员,最高人民法院特邀咨询员,最高人民检察院法律政策研究室顾问,获得国务院学位委员会暨国家教委“做出突出贡献的中国博士学位获得者”、中国法学会首届“十大杰出青年法学家”称号,入选国家人事部“百千万人才工程”、国家教育部“跨世纪优秀人才培养计划”。出版个人专著和论文集《犯罪主体论》(1989)、《刑法研究系列》(5卷本,1996—1997)、《赵秉志刑法学文集》(4卷本,2004)、《刑法基本理论专题研究》(2005)等15部;主编《刑法争议问题研究》(1996)、《海峡两岸刑法总论问题研究》(1999)、《当代刑法理论探索》(4卷本,2003)等专业著作百余部,主编刑法教材10余部。在国内外报刊上发表论文500余篇。主持或参与主持(国)内外科研项目40余项。论著和个人曾30余次获得国家、部委级或院校级奖励。

张明楷教授

张明楷,男,1959年生,湖北仙桃人。1982年毕业于中南财经政法大学(原湖北财经学院)法律系。曾是日本东京大学客员研究员、日本东京都立大学客员研究教授、德国波恩大学高级访问学者和中南财经政法大学(原中南政法学院)教授。现为清华大学法学院教授、博士生导师、中国法学会理事。独著《诈骗罪与金融诈骗罪研究》、《刑法分则的解释原理》、《刑法的基本立场》、《法益初论》、《刑法格言的展开》、《刑法学》、《未遂犯论》、《刑法的基础观念》、《市场经济下的经济犯罪与对策》、《刑事责任论》、《犯罪论原理》等。

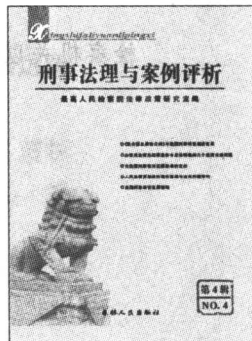
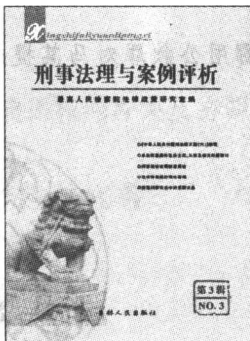
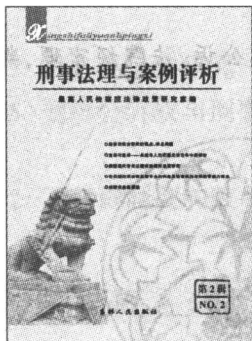
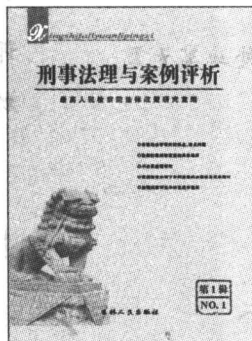


由最高人民法院法律政策研究室编写的连续出版物。主要刊载对司法实践有重要指导意义的典型、重大、疑难案例,邀请参与立法、司法解释起草工作的同志撰写具有指导性的文章,研究司法实践中的新情况、新问题,为办案提供参考。我国虽不适用判例法,但司法机关办理的案件特别是一些典型案件,在司法实践中具有实际的参照作用,对立法、法学研究也具有重要的参考价值。

总定价:72.00 元(4 本)

《刑事法理与案例评析》是由最高人民法院法律政策研究室编写的一套连续出版物。该丛书主要致力于传播刑事法理,解析疑难案例,立足于司法实践,突出权威性、实用性和指导性,为领导决策、司法工作和基层办案提供大量有价值的前沿理论研究成果和具有典型意义的参考案例。设有“刑事法前沿问题研究”、“刑法问题研究”、“刑事诉讼法问题研究”、“检察理论与实务研究”、“域外法治”、“疑案评析”等栏目。是广大法律职业工作者、法学研究人员的重要参考书。

总定价:60.00 元(4 本)



欢迎广大读者购买

吉林人民出版社法律编辑部

地 址:长春市人民大街 7548 号

邮购热线:0431-85378016 邮编:130022

卞建林教授

卞建林,男,1953年10月出生,江苏泰兴,法学博士,博士研究生导师,中国政法大学诉讼法学研究中心主任,中国政法大学研究生院常务副院长。1991年获得博士学位,为我国第一位诉讼法学博士。1993年8月至1994年8月在美国纽约大学法学院作访问学者,1999年8月至2000年8月在美国哈佛大学法学院、耶鲁大学法学院作高级访问学者。目前兼任国务院学位委员会法学学科评议组成员,中国法学会刑事訴訟法学研究会会长,最高人民检察院“百千万”高层次人才培养工程带教导师,中国人民公安大学、国家检察官学院、中南财经政法大学、华东政法学院、福州大学兼职教授,湖南大学、湖南师范大学、湘潭大学特聘教授。主编、撰写和参与撰写的著作、教材、译著数十部,发表学术论文近百篇。主要代表性成果有《刑事起诉制度的理论与实践》、《证据法学》、《刑事诉讼的现代化》、《外国刑事诉讼法学》和《刑事证明理论》等。其科研成果先后获得全国首届中青年诉讼法学优秀科研成果(专著类)一等奖、第二届全国中青年诉讼法学优秀科研成果(论文类)一等奖、司法部法学教材与法学优秀科研成果二等奖、北京市第九届哲学社会科学优秀成果一等奖等。

宋英辉教授

宋英辉,男,1957年5月出生,河北省人,法学博士,北京师范大学刑事法律科学研究院副院长兼刑事訴訟法研究所所长,刑事訴訟制度改革研究中心主任,教授,博士研究生导师,中国法学会刑事訴訟法学研究会副会长,中国犯罪学会常务理事,《法制日报》社专家顾问。1982年毕业于河北省师范学院,获哲学学士学位;1989年毕业于中国政法大学研究生院,获诉讼法学硕士学位,并留校任教;1992年于该校获得诉讼法学博士学位。国家检察官学院、中国刑事警察学院、西南科技大学、天津商学院等兼职教授。1995年获“杰出青年法学家”提名奖(中国法学会终评委员会),1997年入选北京市“培养跨世纪理论人才百人工程”。获全国首届中青年诉讼法学优秀论文一等奖、全国第二届中青年诉讼法学优秀科研成果专著一等奖、第二届全国青年优秀社会科学成果奖专著奖、北京市第四届哲学社会科学优秀成果二等奖等。

编辑说明

《刑事法理与案例评析》的前身是最高人民检察院法律政策研究室在上世纪九十年代编辑的《报刊文摘》(内刊),九十年代中期,《报刊文摘》更名为《刑事法理与案例评析》,并逐步扩大了其在检察系统、司法实务部门和法学界的发放、赠阅范围,影响越来越大。《刑事法理与案例评析》创刊十几年来,一直秉承传播刑事法理、解析疑难案例的宗旨,立足于司法实践,突出权威性、实用性和指导性,为领导决策、司法工作和基层办案提供了大量有价值的前沿理论研究成果和具有典型意义的参考案例,深受司法实务部门特别是广大基层干警的普遍欢迎,在法学界也产生了一定的影响。

为进一步推动刑事法律前沿问题的理论研究工作,增强司法实务部门人员理性思维能力,更好地调动广大司法人员研究、剖析典型疑难案例的积极性,促进研究成果转化;同时,注重用正确的刑事法理念与典型案例指导和规范司法、执法工作实践,提高执法水平和办案质量,最高人民检察院法律政策研究室决定与吉林人民出版社合作出版《刑事法理与案例评析》丛书。

《刑事法理与案例评析》由最高人民检察院法律政策研究室组织编辑,法律政策研究室陈国庆主任、穆红玉副主任担任主编。为保证理论性和权威性,特别邀请当今我国刑事法学界具有代表性的赵秉志教授、张明楷教授、卞建林教授、宋英辉教授四位杰出的法学家担任丛书顾问。

《刑事法理与案例评析》根据实际和需要,设置“刑事法前沿问题研究”、“刑法问题研究”、“刑事诉讼法问题研究”、“检察理论与实务研究”、“域外法治”、“疑案评析”等栏目。

我们热忱欢迎广大专家、学者和从事立法、司法实践工作的同志,特别是基层司法机关承办案件的同志为《刑事法理与案例评析》撰写有关文章、案例,共同把丛书办得更好,并力争办成精品。

来稿请寄:最高人民检察院法律政策研究室检察委员会秘书处(通信地址:北京市东城区北河沿大街147号,邮政编码:100726),并同时随信附上WORD文档软盘一份。欢迎发送电子邮件投稿至:zhouhuiyong@hotmail.com。特别提示,撰写案例评析要求在格式上分为四个部分:一是主要案情(要求案情叙述简略,详略得当,并注意将案例中的真实姓名、单位隐去或者作必要技术处理);二是分歧意见(要求对不同观点进行简明扼要的列举,理由精炼,点到为止,力戒牵强附会);三是评析意见(要求观点明确,理由充分,结合案情与法学理论详细分析、论证,此部分为案例评析重点);四是处理结果(要求案件的处理结果一般与作者的评析意见结果相一致)。

由于我们水平有限,本丛书难免有不当之处,敬请广大读者批评指正。对本丛书的编辑工作有何意见和建议,也欢迎随时向我们提出。

最后,感谢吉林人民出版社对本丛书编辑出版工作的大力支持。

最高人民检察院法律政策研究室

2006年11月

刑事法理与案例评析

第1辑

最高人民法院
法律政策研究室编

顾问 赵秉志 张明楷
卞建林 宋英辉
主编 陈国庆 穆红玉
编辑 罗庆东 周惠永
马滔 谢晓歌

责任编辑 刘士琳
吉林人民出版社出版 发行
社址 长春市人民大街7548号
邮编 130022
邮购热线 0431-85378016
发行热线 0431-85378021

目录

CONTENTS

刑事法前沿问题研究

4 当前刑法学研究的热点难点问题 /赵秉志等

刑法问题研究

41 轻微犯罪刑事政策的具体运用 /种松志等
54 刑法关于偷税罪的规定亟需修改完善 /金雪梅

刑事诉讼法问题研究

57 不必要逮捕研究 /张远南
65 刑事公诉权与刑事自诉权的冲突及协调 /马吉林
72 不起诉制度的改革与立法完善 /熊皓

检察理论与实务研究

80 我国宪政体制下审判监督的必然性及改革探讨 /李满圈

目 录

CONTENTS

- 96 检察员应当具有对上诉案件不开庭
审理建议权 /丁忠炎

域外法治

- 98 美国刑事诉讼中的迅速审理权 /蓝向东编译

疑案评析

- 110 为避免影响生意将死于旅馆的房客
抛尸入河的行为是否构成犯罪 /陈运光
- 114 洗车工将客户汽车内的手机拿走卖
掉的行为应如何认定 /刘 斌
- 120 税务人员与他人合谋利用下岗税收
优惠政策牟利的行为应如何认定 /李 萍
- 123 利用在国有和个人公司双重任职之便
将国有公司应收的部分货款以物相抵
其个人公司从中营利的行为该如何认
定 /邓 楠 李红培

图书在版编目(CIP)数据

刑事法理与案例评析.第1辑/

最高人民法院法律政策研究室编.
—长春:吉林人民出版社,2007.1
ISBN 978-7-206-05154-8

I.刑… II.最… III.①刑法—法的理
论—研究—中国②刑法—案例—分
析—中国 IV.①D924.01②D924.05
中国版本图书馆 CIP 数据核字
(2006)第 146244 号

长春市永恒印业有限公司印刷

720×970 毫米 16 开本 8 印张 90 千字
2007年1月第1版2007年1月第1次印刷
定价:15.00 元

当前刑法学研究的热点难点问题

——中国法学会刑法学研究会2006年学术年会论文综述

□ 赵秉志 李希慧 何荣功 彭凤莲

中国法学会刑法学研究会结合我国现阶段刑事法治建设的实际情况,以“和谐社会的刑事法治”为2006年全国刑法学术年会的主题,并在此主题下设立了理论与实务两个方面的议题,理论议题为“宽严相济的刑事政策与刑罚的完善”,实务议题为“商业贿赂犯罪研究”和“刑法对非公有制经济的平等保护”。刑法理论界和实务界的专家学者围绕上述两个方面的三个议题向年会提交了245篇学术论文,对相关问题进行了比较深入细致且有新意有深度的探讨。下面就三个议题对专家学者提交的年会论文予以概要综述。

一、宽严相济的刑事政策与刑罚的完善

宽严相济是我国在维护社会治安的长期实践中形成的基本刑事政策,这一政策体现了以人为本、公平正义的理念和罪刑法定原则、罪责刑相适应

赵秉志,北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、法学博士、博士生导师,中国法学会刑法学研究会会长,国际刑法学协会中国分会常务副主席;李希慧,北京师范大学刑事法律科学研究院中国刑法研究所所长、教授、法学博士、博士生导师,中国法学会刑法学研究会秘书长;何荣功,北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员;彭凤莲,北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员,安徽师范大学教授。

应原则的精神,对于我国有效地打击犯罪和保障人权具有重要的意义。我国在司法实践中应当如何科学把握这一刑事政策,在贯彻宽严相济的刑事政策过程中,我国现有的刑罚制度需要做出何种调整和完善,是我国当前必须解决的重大课题。为此,中国法学会刑法研究会将其确定为2006年全国刑法学术年会的理论议题。本次年会有128篇论文对和谐社会刑事法治的宏观问题、宽严相济的刑事政策的内涵、根基、作用、宽严相济刑事政策的实现途径以及刑罚改革问题进行了深入、细致的研讨。

(一) 有关刑事法治的宏观问题

1. 和谐社会刑事法治的基础与价值

对于刑事法治和谐精神的基础,有论者指出,平等、人道、宽容是现代制度立足点,刑事法治也不例外。刑事法治的运作过程中所展现的刑事法律关系间的人性化、宽容性和妥协性,正是刑事法治的和谐精神所在。在现代刑事司法中,这种和谐精神主要通过国家与个人之间关系的和谐化以及个人与个人之间关系的和谐化的方式予以体现。

对于刑法的价值追求,有论者指出,和谐社会是刑法的价值追求。通过刑法实现构建和谐社会的目标,需要确保无罪的人不受刑事追究,贯彻落实无罪推定的原则;需要通过程序公正和保障犯罪人的合法权利等措施,对犯罪人达到教育感化的目的;需要保证刑事法律在实践中得到公正、良好的适用。

2. 和谐社会刑事法治与刑法的谦抑性和机能

我国在构建和谐社会刑事法治的过程中应当如何体现刑法的谦抑性?有论者指出,和谐社会的刑事法治应该建立在和谐的刑法机能、刑法原则与和谐的国家和个人关系之上,因此,刑法谦抑性的内容也应当从重视刑法的法益保护机能向重视刑法的人权保障机能转变,从重视刑法的法益保护原则向重视刑法的责任原则和罪刑法定原则转变,从以国家为中心的刑法向以个人为中心的刑法转变。

对于刑法的机能,有论者指出,和谐社会需要刑法充分发挥维持社会秩序机能,但当维持社会秩序机能与保障自由机能发生冲突的时候,从和谐社会“以人为本,保障人权”的终极目标出发,应当优先选择保障自由机能。

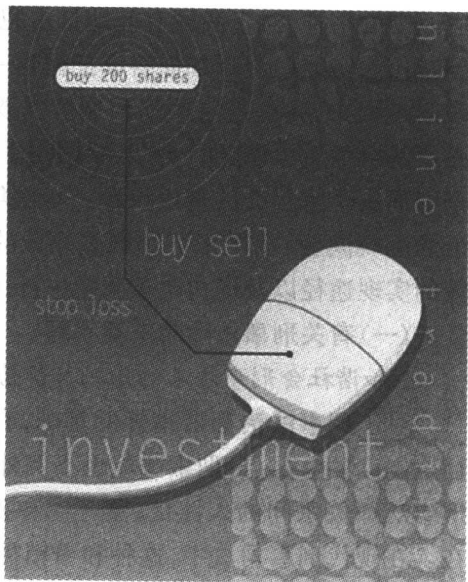
3. 和谐社会中的刑事法律体系

针对我国现行的刑事法律体系,有论者指出,我国当前的刑事法律体系虽然在宏观结构上实现了标准化、在价值取向上赋予了人性化、在内容规定上具有了现代化,但也存在不足。针对我国刑事法律体系的不足,论者们提出如下建议:(1)有的认为,刑法在构建和谐劳动关系中应有所为,有必要适时扩大刑法调整劳动关系的范围,将恶意拖欠打工者的工资、虚假招工、拖欠职工养

老保险基金、医疗保险基金以及职工失业保险基金的交纳等具有严重社会危害性的行为予以犯罪化。(2)有的认为,刑法在分则的具体规定中,应当凸显出保护弱势群体利益的原则。为了实现人与自然的和谐发展以及我国社会的可持续发展,我国刑法应当更加突出地体现保护环境的思想。(3)有的认为,鉴于我国当前反腐的严峻形势、自然环境恶化加剧、网络迅猛普及发展、破坏市场经济犯罪手段翻新等情况,我国刑法应当进一步凸显惩治功能,完善保护自然环境的规定,完善打击网络犯罪的规定,严密保护市场经济的刑法网。(4)有的认为,为了保证刑事司法效率,刑法应尽量减少犯罪构成中的主观目的要件的规定,纠正法条明确化走极端的倾向。

4. 和谐社会的刑事司法

(1)刑事司法的衡平观念。有论者提出我国社会正处于社会矛盾突显、刑事案件高发的时期,在刑事司法中引入“衡平理念”,强调刑事案件的依法惩治和妥善裁处,对于实现刑事司法形式正义和实质正义,法律效果与社会效果的统一,具有特殊的意义。论者认为,刑事司法衡平标准就是定罪的准确与量刑的适当,定罪与量刑结果能够使犯罪人认罪伏法,能够为社会理解认同。针对衡平理念具体运用的问题,论者提出现代刑事司法应当



坚持刑事程序公正与实体公正统一的理念,刑事普遍正义与个案正义并重的理念,服从刑法、兼顾情理的理念以及尊重证据、考虑民愤的理念。

(2)和谐社会的刑事审判。有论者强调,和谐社会概念的提出,对我国的刑事审判工作提出了新的更高的要求。为此,我国的刑事审判必须坚持依法惩治各类犯罪,全力维护社会稳定;必须坚守民主法治原则,确保刑事审判公正;必须正确处理政策与法律的关系,努力实现法律效果和社会效果的统一;必须更新刑事司法理念,努力实现法律价值的平衡;必须深化刑事审判方式改革,推动刑事审判机制和制度的创新。

(3)司法中重刑化倾向的控制对策。有论者指出,和谐社会中的刑罚应是理性的而不是冲动的,是轻缓的而不是严酷的,是充满人道精神的而不是野蛮的、报复的。因此,在司法中要控制重刑化倾向,具体来说,要从控制经济犯罪及侵财型犯罪的死刑适用入手,降低死刑适用率;提高对缓刑、管制刑和罚金刑等非监禁刑的适用率;加强量刑指导、加强对自由裁量权的合理规制。

5.和谐社会刑事法治的构建途径

构建和谐社会的刑事法治是一项庞大的社会工程,需要做出多方面的努力,需要采取各种科学有效的措施。论者们提出的具体措施有:第一,培植现代刑事法理念,合理设定刑法圈;第二,科学配置刑罚量,建立理性犯罪防控体系;第三,重新审视现代刑事政策的价值;第四,重视现代刑事政策的谦抑宽容理念;第五,在司法实践中密切关注犯罪个案;第六,重视规范意识的培养,强调刑法公正;第七,科学认识打击犯罪与保障人权的关系以及惩罚犯罪与预防犯罪的关系。

6.其他问题

学者们对刑事法治宏观问题的论述,还涉及以下问题:有论者以惩治恐怖主义犯罪为视角,探讨了刑事法治观念在构建和谐社会中的作用;有论者以和谐社会刑事法治为背景,探讨了犯罪的概念和特征问题;还有论者指出,国际社会也需要和谐,国际刑事法治是构建和谐世界的底线保障。

(二)宽严相济的刑事政策问题

宽严相济是我国现阶段惩治与预防犯罪必须坚持的刑事政策。有51篇论文研讨了和谐社会与刑事政策的选择、宽严相济刑事政策的内涵、宽严



相济刑事政策确立的根基、宽严相济刑事政策在和谐社会中的作用等问题。

1. 和谐社会与刑事政策的选择

有论者指出,和谐社会应当是以人为本、宽容和睦、协调有序的社会,对于犯罪不仅要打击,更要重预防、教育。宽容的对待犯罪,是和谐社会刑事政策的必然选择。有学者说,基于和谐社会的基本要求,我国刑事政策必须要进行必要的改革:要树立以人为本的现代刑事政策观;要坚持法制化、科学化、国际化的原则推进刑事政策体系建设;要重视观念的转变。有的论者分析道,刑事政策应顺应和服务和谐社会理念是对我国刑事政策提出的时代要求。在和谐社会,刑事政策应以和谐理念为终极价值,应从国家本位向国家与社会双本位转变,应注重人文关怀。

针对我国当前提出的宽严相济的刑事政策,有论者指出,构建和谐社会需要营造宽松的社会环境、和谐的社会关系,而宽严相济刑事政策是一种轻缓的刑事政策,其实质是刑罚的轻缓化。宽严相济刑事政策是我国社会明智的选择,是构建和谐社会的必然要求。

2. 宽严相济刑事政策的内涵

对于宽严相济刑事政策的涵义,论者们进行了多角度、多层面的探讨:有的认为,宽严相济刑事政策主要内容在于惩办严重犯罪及危险犯罪人,宽大轻微犯罪及偶发犯罪人。有的认为,宽严相济刑事政策的基本精神应当被理解为在刑事立法和刑事司法过程中根据刑罚的世轻世重的要求,将一些犯罪行为非犯罪化、非刑罚化,非监禁化,而对某些重犯罪行为或危险犯罪人则要从重处罚。有的认为,宽严相济刑事政策的实质体现了惩办与宽大、打击与教育感化相结合的刑法思想,体现了刑事法治的进步和文明,体现了均衡行刑、张弛有度的思想,体现了慎刑思想,体现了以较小的行刑代价追求刑法作用最大化的思想。有的认为,宽严相济刑事政策既是基本的,也是具体的刑事政策;既是目的也是手段;既是结果也是过程。宽严相济的刑事政策应适用于每一案件,及于每一案件的全过程。有的论者将宽严相济的刑事政策的涵义概括为两个方面:第一,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,反对搞“一刀切”;第二,宽中有严,严中有宽,宽严适度互济,既反对一味严厉到顶,也反对宽大无边。

还有论者将宽严相济刑事政策归纳为四个方面的内容:(1)对严重刑事犯罪,依法从严惩处;(2)即使严重刑事犯罪,但有法定或酌定从轻、减轻处罚情节的,应予从宽判处;(3)对罪行较轻,犯罪人主观恶性较小的,依法从宽处罚,直至免于处罚;(4)罪行较轻,但有法定从重处罚情节则应依法从重处罚。

为了全面、准确把握宽严相济刑事政策的内涵,论者们还将宽严相济的刑事政策与我国惩办与宽大相结合的刑事政策和西方国家“轻轻重重”刑事政策做了比较。有论者认为,所谓惩罚与宽大,也就是指宽严相济,二者是一致的。有论者认为,虽然二者基本精神是一致的,但两者的侧重点有所不同。惩办与宽大相结合的刑事政策矛盾的主要方面在于惩办,惩办是基础;而宽严相济刑事政策,在宽与严的矛盾中,宽是矛盾的主要方面,处于主导地位,其实质是刑事轻缓化。

关于宽严相济刑事政策与西方国家“轻轻重重”刑事政策的关系,有论者认为,二者涵义极不相同,不能混为一谈。宽严相济不仅意味着区别对待,而且意味着宽严互济;“轻轻重重”刑事政策意味着对严重犯罪的处罚更重,对轻微犯罪的处罚更轻,刑罚分别向最重和最轻两个极端发展。

3.宽严相济刑事政策确立的根基

有论者指出,宽严相济的思想在我国源远流长。其中,“宽”的思想主要来源于我国古代慎刑、轻刑、刑期于无刑、宽仁轻刑的政治思想和法律思想。在现代社会,其哲学根基在于公正与人道。有论者认为,宽严相济刑事政策在我国的确立并非偶然,有着坚实的理论根基。刑法专政工具论的否定和人权保障理念的确立,是宽严相济刑事政策的重要理论依据;而容忍犯罪和刑罚谦抑性观念是宽严相济刑事政策确立的重要思想基础。有论者从“宽”、“严”两个方面分别论述了宽严相济的刑事政策理论依据。认为,对教育刑的反思和威慑刑论的重新抬头、重大犯罪尤其是有组织犯罪问题突出是我国坚持严格刑事政策的理论依据;而犯罪原因认识的深化、刑法谦抑思想以及刑罚目的中的教育、矫治观念则是宽松刑事政策的理论依据。

4.宽严相济刑事政策在构建和谐社会中的作用

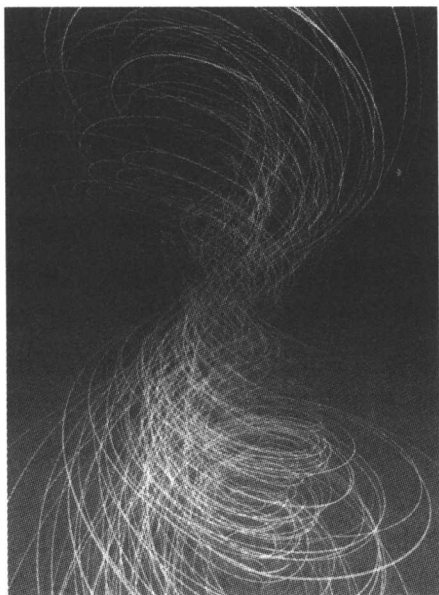
有论者将宽严相济刑事政策对和谐社会的作用归纳为如下几个方面:(1)政策定位准确,符合建设和谐社会的要求;(2)有利于营造宽容的社会

氛围,符合建设和谐社会的要求;(3)有利于消除社会总体系统中的功能性障碍,符合建设和谐社会的要求;(4)有利于构建和谐的刑事政策体系;(5)有利于构建和谐的刑事裁量和执行体系;(6)有利于刑法作用的全面实现。

5. 宽严相济刑事政策的实现途径

有论者认为,宽严相济刑事政策的实现途径实际上就是当代我国刑法领域应提倡的非犯罪化、轻刑化、非监禁化实现的途径问题。贯彻“宽严相济”刑事政策更多应该关注的是司法层面的非犯罪化、轻刑化和非监禁化。有论者认为,适用宽严相济刑事政策,实践中必须要弄清严重犯罪与轻微犯罪的界限、危险犯罪人和偶发犯罪人的界限,要区别对待、惩办少数、改造多数。更多的论者则是强调,宽严相济刑事政策在和谐社会得到有效贯彻和实行,需要在观念、立法、司法、刑罚的执行、具体措施等方面开展工作:(1)在观念上,宽严相济刑事政策的有效贯彻,必须强调罪刑法定原则对刑事政策的指导作用,发挥刑法的人权保障功能;必须坚持谦抑主义的刑事政策原理,维护刑法内敛性特征;应当科学理解正义观,注重犯罪的预防思想;应当确立公众的规范忠诚意识。(2)在立法方面,要适时通过刑事立法的途径实现“严以济宽”,确立宽严相济刑事政策的适用范围和条件。

需要加大对严重犯罪的打击力度,对有组织犯罪、恐怖犯罪、毒品犯罪、严重暴力犯罪等要给予有效规制。(3)在司法上,可以通过事实上的非犯罪化,增加出罪途径;可通过不予刑事追究的方式,对一些轻微犯罪做出处理。对一些法定犯或过失犯罪,可实行非犯罪化或非刑罚化,或使用暂缓起诉、免于刑事处罚、缓刑或罚金刑。即使是较重的犯罪,也可运用恢复性司法等方式减轻社会危害,使犯罪嫌疑人由此获得较轻的处罚。(4)在刑罚适用与执行上,需要区分重罪轻罪,进行“重



重轻轻”的处罚;需要限制死刑的适用;对于轻缓犯罪通过社区服务、公益劳动等方式予以考察、矫正;需要综合运用多种刑罚手段降低犯罪的损害程度、挽回犯罪的损失和影响;需要合理适用赦免、减刑、假释。

6. 宽严相济刑事政策在我国刑法中的体现及相关规定的完善

(1) 宽严相济刑事政策在我国刑法中的贯彻与体现。有论者指出,宽严相济的刑事政策,像一条红线贯穿在我国现行的刑法中,不仅刑法总则,而且刑法分则的规定都较为充分地体现了宽严相济的精神实质。还有论者对宽严相济刑事政策在我国刑法中的体现还进行了一一列举。

(2) 完善我国刑法的建议和意见。论者们主要就如下几个方面提出了完善刑法的建议:

第一,可罚未遂的范围。有论者从“轻轻”、“重重”两个方面,分析宽严相济刑事政策在刑事立法、司法中对未遂犯处罚范围的影响,并指出,危险犯的未遂实际上只是一个理论概念,其本身就是对应的实害犯的未遂,没有必要再适用总则未遂犯的规定。

第二,经济犯罪的控制。有论者对我国经济犯罪的类型进行区分,指出:①对于具有占有财产或营利为目的、违反市场活动基本流转规则的行为,刑法应当坚决地予以犯罪化;②对于具有占有财产或营利为目的违反国家有关经济管制和调控法律法规的行为,刑法应当慎重犯罪化;③对于只是违反国家有关经济管制和调控法律法规、但不具有占有财产或营利目的的行为,原则上应当尽量排除刑法的适用。有论者针对食品卫生安全方面的犯罪,提出要改变现行刑法入罪过高的门槛,建议将其规定行为犯,设立严格责任。有论者针对刑法对伪造货币罪与伪造、出售伪造的增值税专用发票罪设有死刑的规定,提出应当立即废除死刑规定。还有的论者专门针对我国税收犯罪刑事立法,提出了重构的设想。认为:要建立附属刑法式的税收犯罪立法模式;要改变我国目前税收犯罪刑事立法围绕着税制改革被动变化的状况,加强税收犯罪立法的超前性;要注重税收犯罪法网的严密性,贯彻税收犯罪刑罚轻缓化原则。

第三,关于家庭暴力犯罪的完善。有论者指出,对于常见多发型家庭暴力犯罪,我国刑法存在明显的“宽”“严”倒错问题。虐待罪与故意伤害罪,刑法弱软失度;对“以暴抗暴”故意杀人者,刑法过分严酷。论者指出,我国立

法应加大对虐待罪、伤害罪的刑法干预力度,修改虐待罪的构成要件,降低其“入罪”门槛,提高虐待罪的法定刑。对走投无路、求告无门状态下“以暴抗暴”的杀人行为要充分体现刑法的人文关怀,尽可能作除罪化处理,或者按故意杀人罪“情节较轻”的情形对待。

第四,破坏环境资源保护罪的完善。有论者指出,针对生态破坏与环境污染犯罪,需要加重处罚:变结果犯为危险犯甚至为行为犯,变过失犯为严格责任犯罪,将污染对象进一步扩大为包括噪音污染等。

第五,关于根治邪教的措施。针对邪教,有论者提出,必须要本着“多管齐下,长期努力”的方针,动员和组织全社会的力量,进行综合治理。就刑法而言,论者提出:第一,需要清理刑法第300条的配套解释,还其以“兜底”条款的本来面目;第二,要适当增设以“组织、利用邪教组织破坏法律实施罪”为中心的相关罪名。

第六,走私、贩卖、运输、制造毒品罪的修正。有论者指出,我国对走私、贩卖、运输、制造毒品罪犯罪数量大的情形配置的法定刑过重,法定刑配置未能区分主犯、从犯,需要调整。论者建议将本罪法定刑档次由原来的从重到轻改为从轻到重,调整走私、贩卖、运输、制造毒品罪的法定刑。

第七,组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪的完善。有论者指出,我国目前关于组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫犯罪的规定无视人的欲求,过分渲染极刑,需要对这类犯罪进行轻刑化改革,特别是应当废除组织卖淫罪的死刑规定。

第八,职务犯罪的完善。有论者结合《联合国反腐败公约》提出,我国刑法应当将贿赂范围扩大至一切不正当利益;应取消受贿罪“为他人谋取利益”的构成要件;有必要增设外国公职人员或者国际公共组织人员受贿罪、对外国公职人员或者国际公共组织人员行贿罪。还有论者专门针对我国职务犯罪的法定性设置问题提出了完善意见,指出,我国职务犯罪,需要设置更为严格的死刑量刑标准,需要调整财产刑、资格刑设置。

7. 宽严相济刑事政策与我国刑法的基本原则和解释

(1) 宽严相济刑事政策与主客观相统一的刑法原则。有论者指出,宽严相济必须受主客观相统一刑法原则的制约。在定罪阶段,必须坚持主客观相统一;在量刑阶段,宽严相济必须坚持客观危害与主观恶性的统一;在刑

罚执行阶段,宽严相济也要坚持主客观相统一,决定是否对行为人减刑、假释。

(2)宽严相济刑事政策与刑法解释。有论者指出,宽严相济刑事政策与刑法解释有区别,也有关联。对于二者的区别,论者指出:第一,关注的重心不同,刑法解释旨在将刑法条文适用于具体个案,刑事政策的作用主要体现在对刑事法的制定与执行的宏观指导。第二,终极追求不同,刑法解释旨在实现公平,而刑事政策终极目的在于维持社会秩序。第三,研究方法存在着差别,前者侧重微观的论证,后者侧重宏观的指导;前者以法律文本的存在为前提,主要解决司法实践中的个案,而后者常脱离法律文本的束缚,对司法施加整体上的影响与干涉。对于二者的联系,论者指出,二者在功能上存在契合、在价值上互相同化、在目的上也有暗合之处。刑事政策指导刑法解释,刑法解释无法排除刑事政策的涉入;两者的目的都在于促使法律适应社会现实。

8.和谐社会与“严打”

围绕“和谐社会与严打”这一方面的问题,论者们从以下方面进行了分析:

(1)和谐社会是否需要“严打”?有论者指出,严打政策违背了罪责刑相适应的原则,不利于人权保障,“从重从快”明显存在着逻辑上的矛盾和不公正,“严打”政策不利于和谐社会的构建。但多数论者认为,严打仍然是建立法治国家所必须的手段。

(2)和谐社会如何“严打”?关于严打的原则,有论者指出,第一,要使严打成为法律性启动;第二,要使严打成为专业化行动;第三,要使严打成为实用性措施。关于严打的内容、对象,有论者认为,在有限的时空集中有限资源打击某些严重犯罪,是未来严打的基本内容,从重从快应逐渐淡出。鉴于我国当前公职犯罪严重,有论者提出,严打对象应当及于贪官。还有论者提出,严打是对和谐社会不可缺少的社会资源迫不得已的集中消费,故需要研究何为“迫不得已”,需要关注如何促进文明程度的提高,需要注意如何避免突击式做法的副作用。

(3)“严打”的定位与评价。有论者认为,犯罪产生的原因和引起犯罪率升降的因素都是多方面的,对“严打”政策的效果不要过分苛求,也不要对

