

# 刑事法前沿

NEW REPORTS IN CRIMINAL LAW

(第七卷)

主编 陈泽宪



中国人民公安大学出版社

CPPSUP

# 刑事法前編

中華民國三十四年七月二十七日

（第一版）

（第二版）



中華民國三十四年七月二十七日

中国社会科学院刑事法学重点学科论坛

FORUM OF CRIMINAL LAW DEPARTMENT OF CASS

# 刑事法前沿

(第七卷)

## NEW REPORTS IN CRIMINAL LAW

主 编 陈泽宪

执行主编 樊 文

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法前沿. 第7卷/陈泽宪主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2013. 10

ISBN 978 - 7 - 5653 - 1508 - 4

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—研究②刑事诉讼法—研究  
IV. ①D914.04②D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 240455 号

## 刑事法前沿 (第七卷)

主编 陈泽宪

---

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

---

版 次: 2013 年 10 月第 1 版

印 次: 2013 年 10 月第 1 次

印 张: 38.5

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 750 千字

---

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 1508 - 4

定 价: 120.00 元

---

网 址: [www.cppsups.com.cn](http://www.cppsups.com.cn) [www.porclub.com.cn](http://www.porclub.com.cn)

电子邮箱: [zbs@cppsup.com](mailto:zbs@cppsup.com) [zbs@cppsu.edu.cn](mailto:zbs@cppsu.edu.cn)

---

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

---

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换  
版权所有 侵权必究

# 刑法前沿

## (第7卷)

- 撰 译 人
- [美] 劳伦斯·W. 谢尔曼  
[美] 保罗·H. 罗宾逊  
[美] 乔治·P. 弗莱彻  
[德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔  
[德] 汉斯-约格·阿尔布莱希特  
[德] 班德·许乃曼  
[德] 克劳斯·罗克辛  
[德] 埃里克·希尔根多夫  
[英] 蕾切尔·康芝  
[英] 沙朗·沙乐芙  
[日] 井田良  
[日] 山中敬一  
[日] 西田典之  
[日] 川端博  
[日] 曾根威彦

(以姓氏音序为序排列)

|     |     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|-----|
| 蔡桂生 | 陈 婕 | 陈 璇 | 陈永生 | 陈泽宪 |
| 樊 文 | 高 畅 | 高长见 | 高一飞 | 顾永忠 |
| 何庆仁 | 何荣功 | 江 溯 | 李世阳 | 李亚凝 |
| 林 静 | 刘计划 | 刘家汝 | 刘瑞平 | 谭 淦 |
| 田 森 | 汪东升 | 王志远 | 魏晓娜 | 吴宗宪 |
| 向 燕 | 熊 琦 | 熊秋红 | 徐凌波 | 杨 柳 |
| 张莎白 | 张绍彦 | 周光权 | 左 宁 |     |

## 卷首语

《刑事法前沿》是中国社会科学院刑事法学重点学科主办的学术论坛。

中国社会科学院刑事法学学科创建于1958年，其前身是中国科学院哲学社会科学部法学研究所刑法组（三组），研究领域包括刑法学、刑事诉讼法学及相关学科。40多年来，刑事法学学科的研究人员共出版专著、译著、教科书、工具书等200多部，发表学术论文、译文、研究报告和法制宣传文章2000余篇，其中许多著作获省部级以上优秀科研成果奖。学科先后有十多位知名专家应国家立法机关的聘任，直接参与了多项刑事法律及相关法律法规的起草、论证工作，并及时推出一批重要的研究成果，为我国刑事法律的不断完善与正确实施作出了积极贡献。学科有多位专家受聘在国家司法机关兼任顾问、专家咨询委员，经常就一些重要司法解释和疑难刑事案件提供咨询意见，在刑事法律实务界颇具声望和影响。刑事法学学科研究人员先后承担40多项国家、中国社会科学院和法学研究所的重点科研项目，所形成的主要科研成果对我国刑事法律学科发展和刑事法制建设产生了重要影响；在刑法基础理论、刑事立法改革研究、犯罪学、刑罚学、经济刑法学、刑事诉讼法学等领域均有突出建树，出版了一批具有一流水平的学术代表作；形成了理论刑事法学与规范刑事法学研究兼顾并重，刑事实体法学与刑事程序法学研究相得益彰，刑法学研究与犯罪学研究融会贯通，中国刑法学与国际刑法学研究交叉互动的学科特色。经2002年8月6日中国社会科学院院务会议批准，法学研究所刑事法学学科被确定为中国社会科学院“重点学科建设工程”项目。

《刑事法前沿》不仅是中国社会科学院刑事法学学科研究人员检验科研成果的园地，也是面向全国刑事法学界，反映学科前沿动态和发展趋势，展示名家研究精品和青年才俊优秀成果的窗口。

《刑事法前沿》诚邀中外刑事法学名家就刑事法领域的一些前沿问题、重大理论和实践问题，进行深入探讨，阐发精论。

《刑事法前沿》将密切关注国际刑事法学界的最新研究动态，选用国际知名刑事法学家授权首发的重要论文，荟萃高水平国际学术研讨会的优秀文章和精彩评论。

我们热切期待《刑事法前沿》成为中外刑事法学界切磋交流的乐园，为繁荣刑事法学研究，推进中国刑事法治增添一份动力。

陈泽宪

陈泽宪

2003年11月18日于北京

# 目 录

|          |         |
|----------|---------|
| 卷首语····· | 陈泽宪 / 1 |
|----------|---------|

## 【立法改革】

|                           |              |
|---------------------------|--------------|
| · 刑事诉讼法新设特别没收程序研究·····    | 熊秋红 / 3      |
| · 论死刑复核程序的完善·····         | 刘计划 / 18     |
| · 中国死刑制度的改革：现状、问题与未来····· | 樊 文 / 30     |
| · 罚金刑的量刑考察及其改革·····       | 向 燕 / 51     |
| · 论我国相对独立的量刑程序改革之可行性····· | 李亚凝 / 69     |
| · 电信诈骗与共同犯罪·····          | 陈泽宪 刘瑞平 / 89 |

## 【刑法理论】

|                                                                |               |
|----------------------------------------------------------------|---------------|
| · 客观归责：功能与局限<br>····· [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔著 陈 璇译 / 113               |               |
| · 因果关系与客观归责<br>——原理与问题····· [德] 埃里克·希尔根多夫著 徐凌波译 / 123          |               |
| · 过失犯罪的规范结构<br>——借助日本的判决对过失学理的观察<br>····· [日] 山中敬一著 樊 文译 / 131 |               |
| · 定量要素与刑法明确性原则·····                                            | 高长见 / 144     |
| · 义务冲突与交通肇事·····                                               | 谭 淦 陈 婕 / 153 |
| · 论故意在犯罪论体系上的地位<br>····· [日] 川端博 曾根威彦著 李世阳译 / 169              |               |
| · 论德国刑法中的立法“罪量”与司法“罪量”·····                                    | 熊 琦 / 181     |
| · 危险犯之法益保护····· [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔著 蔡桂生译 / 207                     |               |
| · 德国刑法中的抽象危险犯·····                                             | 刘家汝 / 223     |
| · 论共谋共同正犯····· [日] 西田典之著 李世阳译 / 236                            |               |
| · “毒品犯罪”不应属于刑法中最严重罪行·····                                      | 何荣功 / 258     |
| · 社会变迁背景下日本刑法的发展····· [日] 井田良著 樊 文译 / 267                      |               |
| · 生涯与追求：我的学术自传····· [德] 克劳斯·罗克辛著 何庆仁译 / 273                    |               |



## 【刑事司法】

- 非法证据排除：刑事诉讼法与刑法的交汇····· 周光权 / 299
- 暴力犯罪死刑适用定罪的证据标准研究····· 顾永忠 左 宁 / 320
- 死刑与误判
  - 以美国 68% 的死刑误判率为出发点····· 陈永生 / 338
- 民事赔偿对死刑适用影响的实证分析
  - 基于湖北省高级人民法院关于民事赔偿与死刑适用的  
调查报告的研究····· 田 森 / 365
- 德国的量刑与刑事制裁体系
  - [德] 汉斯-约格·阿尔布莱希特著 江 溯 林 静译 / 394
- 论德国处罚令程序下的量刑建议····· 林 静 / 413
- 大陆法和普通法的全球竞争
  - 德国古典刑事程序与美国刑事程序之比较····· [德] 班德·许乃曼著 高 畅译 樊 文校 / 428
- 理性与癫狂之间：精神病抗辩的法理、规则与证明····· 魏晓娜 / 446
- 德国和美国法律话语中的“公正”
  - [美] 乔治·P. 弗莱彻著 樊 文译 / 458
- 国际准则视野下的司法公开····· 高一飞 / 470

## 【犯罪学】

- 论监狱设计····· 吴宗宪 / 487
- 中国监狱未来发展的战略分析····· 张绍彦 / 524
- 美国的超级监狱：现状与启示····· [英] 沙朗·沙乐芙著 汪东升译 / 537
- 犯罪学和刑事司法政策中的家庭暴力问题
  - 近期的发展····· [英] 蕾切尔·康芝著 张莎白译 / 546
- 启蒙的犯罪预防
  - 在恐怖时代还有哪些措施被证明  
是有用的····· [美] 劳伦斯·W. 谢尔曼著 樊 文译 / 557
- 犯罪学和刑事司法关系论纲····· 樊 文 / 570
- 经验论上的应得之罚····· [美] 保罗·H. 罗宾逊著 王志远译 / 576

## 【国际刑法】

- 《罗马规约》缔约过程中的检察官独立性之争
  - 杨 柳 / 587

# CONTENTS

|                      |             |   |
|----------------------|-------------|---|
| <b>Preface</b> ..... | Zexian Chen | 1 |
|----------------------|-------------|---|

## **Legal Reform**

|                                                                                                        |                         |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|----|
| • Research on Special Confiscation Procedure Newly Established by Chinese Criminal Procedure Law ..... | QiuHong Xiong           | 3  |
| • On Perfection of the Death Penalty Review Procedure .....                                            | Jihua Liu               | 18 |
| • Current Situation, Problems and Future of Death Penalty Reform in China .....                        | Wen Fan                 | 30 |
| • The Sentencing of Fine and its Reform .....                                                          | Yan Xiang               | 51 |
| • The Feasibility of Sentencing Procedure Reform in Mainland China .....                               | Yaning Li               | 69 |
| • Telecom Fraud and Joint Crimes .....                                                                 | Zexian Chen&Ruiping Liu | 89 |

## **Criminal Law Theory**

|                                                                                                                                      |                                             |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------|-----|
| • Objektive Zurechnung: Moeglichkeiten und Grenzen .....                                                                             | Urs Kindhaeuser / Xuan Chen                 | 113 |
| • Kausalitaet und objective Zurechnung: Dogmatik und Probleme .....                                                                  | Eric Hilgendorf / lingbo Xu                 | 123 |
| • Die Normstruktur der Fahrlaessigkeitsdelikte. Betrachtung zur Fahrlaessigkeitsdogmatik anhand der japanischen Entscheidungen ..... | Keiichi Yamanaka / Wen Fan                  | 131 |
| • Quantitative Elements and the Principle of Definiteness in Criminal Law .....                                                      | Changjian Gao                               | 144 |
| • On Obligations Collision and Traffic Crime .....                                                                                   | Gan Tan&Jie Chen                            | 153 |
| • The Position of Intent in Criminal Theory System .....                                                                             | Hiroshi Kawabata&Takehiko Sone / Shiyang Li | 169 |
| • The quantitative Elements in German Criminal Law .....                                                                             | Qi Xiong                                    | 181 |
| • Rechtsgueterschutz durch Gefaehrdungsdelikte .....                                                                                 | Urs Kindhaeuser / Guisheng Cai              | 207 |
| • Abstract Endangerment Offence in German Criminal Law .....                                                                         | Jiaru Liu                                   | 223 |

- On Collusive Co – principals ..... Noriyuki Nishida / Shiyang Li 236
- Drug Crimes Should not be Considered the Most Serious Crimes  
in Criminal Law ..... Ronggong He 258
- Entwicklung im japanischen Strafrecht im Lichte der  
gesellschaftlichen Veraenderungen ..... Makoto Ida / Wen Fan 267
- Mein Leben und Streben ..... laus Roxin / Qingren He 273

## Criminal Justice

- Exclusion of Illegal Evidences: The Intersection of Criminal  
Procedure Law and Criminal Law ..... Guangquan Zhou 299
- Evidence Standard for Death Penalty Convictions  
of Violent Crimes ..... Yongzhong Gu&Ning Zuo 320
- Perspective on American Capital Error ..... Yongsheng Chen 338
- Empirical Study of the Influence of Civil compensation  
on Death Penalty Application ..... Miao Tian 365
- The System of Sentencing and Criminal Sanctions  
in Germany ..... Hans – Joerg Albrecht / Su Jiang&Jing Lin 394
- Study on Sentencing Proposal in German Penalty Order ..... Jing Lin 413
- The Global Competition between Civil Law and Common Law  
—Pointed on by Way of Example of the Classical German and  
US Models of Criminal Procedure  
..... Bernd Schuenemann / Chang Gao / Wen Fan 428
- Between Rationality and Insanity: Jurisprudence, Tests  
and Proof on Insanity Defense ..... Xiaona Wei 446
- “Fairness” in German and American Legal Discourse  
..... George P. Flechter / Wen Fan 458
- On Judicial Openness from the Perspective of International  
Norms ..... Yifei Gao 470

## Criminology

- On Design of Prisons ..... Zongxian Wu 487
- Strategic Analysis of the Future Development of  
China's Prisons ..... Shaoyan Zhang 524
- Solitary Confinement: Lessons from the American Experience  
..... Sharon Shalev / Dongsheng Wang 537

- The Problem of Domestic Violence in Criminology and Criminal Justice Policy: Recent Developments ... Rachel Condry / Shabai Zhang 546
- Enlightened Crime Prevention: Evidence on What Works in an Age of Terror ..... Lawrence W. Sherman / Wen Fan 557
- The Mutual Relevance of Criminology and Criminal Justice ... Wen Fan 570
- Empirical Desert ..... Paul H. Robinson / Zhiyuan Wang 576

### **International Criminal Law**

- The Debates on the Independence of the Prosecutor on the Making of Rome Statute ..... Liu Yang 587

# 刑事訴訟法新設特別沒收程序研究

## 立法改革



# 刑事诉讼法新设特别没收程序研究

熊秋红\*

【内容提要】在理解我国刑事诉讼法新设特别没收程序的性质时,参照英美法系的“民事没收说”与大陆法系的“保安处分说”,我国采取“保安处分说”在法律解释上具有更强的逻辑自洽性。正当法律程序的基本原则应当在刑事特别没收程序中予以遵循,但与普通刑事程序相比,存在着对于正当法律程序的有限减损,而保障的力度与减损的限度体现在现行立法对于程序规则和证据规则的具体设计之中。刑事诉讼法新设特别没收程序有待进一步完善,此外,与特别没收程序相关的其他没收程序的完善、缺席审判制度的构建以及国际司法协助问题也应当纳入研究视野。

【关键词】新刑事诉讼法 特别没收程序 保安处分 程序规则 证据规则

2012年修改后的刑事诉讼法增设了四种特别程序,其中之一为“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”(以下简称“特别没收程序”)。该程序的设立旨在解决因贪官外逃而引起的无法对其进行刑事追诉,相应地,也无法追回其违法所得的制度缺陷。长期以来,贪官外逃一直是我国反腐败工作中的一大难题。由于腐败犯罪案件中的违法财产系犯罪行为所得,对这些财产的追缴必须通过刑事诉讼程序。但我国的刑事诉讼法未对缺席审判问题作出规定。因此,当贪官逃匿或者死亡无法到案时,诉讼程序就无法启动,贪官的违法财产也就无法得到追缴、没收。在我国加入《联合国反腐败公约》、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》以及《联合国制止向恐怖主义提供资助的国际公约》等公约之后,该问题日渐成为理论界和实务界研讨的热点。新刑事诉讼法对“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”加以规定,顺应了国际社会加大对腐败犯罪案件打击力度的总体趋势,也为我国的反腐败工作提供了更为有力的法律保障。新刑事诉讼法于2013年1月1日起开始实施,最高人民检察院、公安部、最高人民法院相继颁布了关于新刑事诉讼法的司法解释或实施细则,

\* 中国社会科学院法学研究所诉讼法室主任、研究员、博士生导师。

“六部委”（最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会）联合发布了《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》，其中对于刑事诉讼法新设的特别没收程序做了进一步的完善。但是，对于该程序的名称、性质、适用范围、与普通程序的关系以及证据法问题等，理论界和实务界目前还存在诸多的分歧，需要通过深入的研究促进相关共识的达成，并以此推动刑事诉讼法新设特别没收程序在实践中能够得到更好的实施。

### 一 刑事诉讼法新设特别没收程序的背景

特别没收程序在我国刑事诉讼法中的确立，主要源于我国对于《联合国反腐败公约》的加入以及反腐所面临的艰难局面。我国社会正处于转型期，由于经济体制、社会结构、利益格局和人们的思想观念均发生了深刻的变化，各种社会矛盾日益凸显，加之各方面体制机制还不完善，客观上为腐败现象的滋生和蔓延创造了大量的机会，促成了腐败案件的大量发生。

在司法实践中，常常遇到犯罪嫌疑人、被告人为逃避法律惩罚，在作案后或者事发前潜逃，尤其是一些腐败犯罪分子，有的人逃往境外，有的将犯罪所得财产转移到境外，有的在案件查处过程中或者归案后畏罪自杀。由于腐败犯罪、恐怖犯罪等重大犯罪案件犯罪嫌疑人的财产是犯罪所得，对这些财产追缴必须通过刑事诉讼程序。而我国刑事诉讼法不允许缺席审判，导致实践中很多案件，即使犯罪事实清楚、证据确实充分，一旦犯罪嫌疑人、被告人逃跑、死亡，诉讼程序就无法启动，使得犯罪分子的财产长期无法得到追缴，尤其是一些外逃贪官的犯罪所得财产，无法通过法律程序没收、追讨或者追缴，其家人还能够继续享用犯罪分子留下的丰厚财产，过着安逸舒适的生活，引起了社会上的广泛关注。<sup>①</sup>

通过刑事司法惩治腐败犯罪是震慑腐败分子、遏制腐败蔓延、实现反腐倡廉目标的重要手段。我国于2005年10月批准加入了《联合国反腐败公约》，因此，对我国反腐败刑事程序，应当以公约的规定作为参照进行审视。公约的许多条款与刑事诉讼有关，其中第54条第1款第（三）项要求各国“考虑采取必要的措施，以便在因为犯罪人死亡、潜逃或者缺席而无法对其起诉的情形或者其他有关情形下，能够不经过刑事定罪而没收这类财产”。根据公约的规定，我国可以向其他缔约国请求返还贪官转移至国外的财产，但有些国家在协助我国返还贪官转移的财产时要求我方提供刑事法院针对财产的没收令或者追缴的法律文书，但我方因为缺乏对于违法所得独立

<sup>①</sup> 参见黄太云：《刑事诉讼法修改释义》，载《人民检察》2012年第8期。



提起诉讼的程序而无法提供。

新刑事诉讼法增设“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”，可以说是对《联合国反腐败公约》中关于建立“能够不经过刑事定罪而没收犯罪所得”制度的建议的落实。这种未经定罪的没收制度不仅为《联合国反腐败公约》所肯定，其他的国际性文件如《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、《联合国禁止非法贩运麻醉品和精神药物公约》、《联合国制止向恐怖主义提供资助的国际公约》等，对此也有规定。

未经定罪的没收制度，其正当性依据在于：任何人都不应该从犯罪中获利，所获收益必须被没收用以补偿犯罪受害者——个人或国家；同时，没收犯罪收益也是一种阻吓手段，有助于阻止犯罪活动。在现代刑事诉讼中，基于保护犯罪嫌疑人、被告人人权的目，原则上不允许进行缺席审判；即使规定了刑事缺席审判的国家，一般也都规定了极其严格的条件。在这种情况下，如果出现犯罪嫌疑人、被告人逃匿或者死亡等情形，刑事诉讼只能中止或者终止，这样就难以通过定罪后的没收、追缴等制度挽回犯罪受害者的财产损失。建立未经定罪的没收制度，能够有效堵塞这一制度漏洞，达到挽回犯罪受害者财产损失的目的。

然而，该特别没收程序的设立，在有效打击严重犯罪的同时，带来了新的隐忧。如有学者担心该程序在实践中运作会造成“文革式抄家”，严重侵犯公民的私人财产安全，因为在贪污贿赂和恐怖活动犯罪案件中，被告人往往是比较富有的人，通常会被没收动辄上千万乃至上亿元的资产。<sup>①</sup>如何在打击犯罪的同时，保障公民的合法财产不受侵犯，因此成为特别没收程序在立法、解释和实施过程中需要考虑的关键性问题。

## 二 特别没收程序的名称与性质

### （一）特别没收程序的名称

关于刑事诉讼法新设的“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”，从现有的研究来看，学术界对其称谓有几种不同的表述：一种是直接按照刑事诉讼法的规定，将其简称为“违法所得的没收程序”<sup>②</sup>

① 参见陈瑞华：《刑法修正案之隐忧》，载《南方周末》2011年9月1日。

② 参见时延安、孟宪东、尹金洁：《检察机关在违法所得没收程序中的地位和职责》，载《法学杂志》2012年第11期；李语轩、蒋健芳：《论腐败犯罪违法所得没收程序》，载《法制博览》2012年第12期。