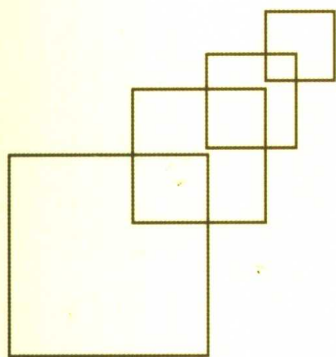
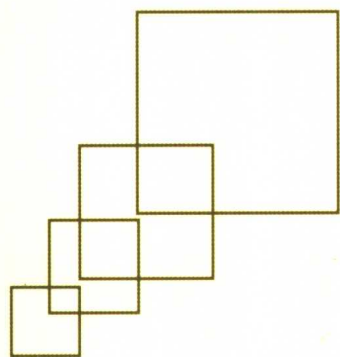


法律应用与

检察业务研究

(第二辑)

最高人民检察院法律政策研究室 编



戴玉忠 主编

中国法制出版社

法律应用与检察业务研究

(第二辑)

最高人民检察院法律政策研究室编

戴玉忠 主编

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律应用与检察业务研究(第二辑)/戴玉忠主编.
—北京:中国法制出版社,2004.9

ISBN 7-80182-360-5

I. 法… II. 戴… III. 法律应用-检察业务-研究 IV. D262.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 011647 号

法律应用与检察业务研究(第二辑)

FALU YINGYONG YU JIANCHA YEWU YAN JIU(DI ER JI)

主编/戴玉忠

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880×1230 毫米 32

印张/6.75 字数/169 千

版次/2004 年 9 月第 1 版

2004 年 9 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-360-5/D·1326

定价:15.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66062741

市场营销部电话:66012216

编辑部电话:66032924

读者俱乐部电话:66026596

邮购部电话:66033288

《法律应用与检察业务研究》编辑委员会

主 编:戴玉忠

副 主 编:陈国庆 穆红玉

编 委:(以姓氏笔划为序)

王守安

王保权

王建平

王 莉

吴孟栓

张玉梅

罗庆东

周苏民

线 杰

韩耀元

特约编委:

张朝霞

朱 静

李兴友

闫喜春

苑瑞先

郭法真

聂晓生

李 剑

龚培华

尹 吉

黄生林

奚 刚

林贻影

熊金文

宋聚荣

朱亚滨

廖焱清

周汉明

曾伊山

罗绍华

张远南

郝伟民

颜嘉明

陆云生

安 南

邢效武

梁晓淮

路晋军

房建忠

杨 波

李文渝

焦甸凉

王秉山

前 言

为推动法律应用与检察业务研究工作,为各级检察机关以及公安、法院、律师事务所等部门具体应用法律提供权威、准确的指导,并为教学科研部门及时提供最新法律应用研究信息、素材,繁荣法学研究,最高人民检察院法律政策研究室与中国法制出版社合作,自 2001 年开始定期编辑出版了《法律应用研究》,后改名为《检察业务指导》。三年来,该丛书得到了公、检、法系统办案人员以及律师、法律教学研究人员的欢迎与认可。为进一步增强针对性、指导性、实务性,突出丛书特色,自 2004 年起,本书更名为《法律应用与检察业务研究》,由双月刊改为季刊,丰富每辑容量(每辑由 10 万字增至 15 万字),同时对栏目作适当调整。

《法律应用与检察业务研究》主要栏目有:“名家名篇”、“法律、司法解释释义”、“热点、难点聚集”、“刑法、刑诉法应用问题研究”、“域外法制”、“观点集萃”等等。

我们热忱欢迎法律专家、学者以及从事立法、司法实践实务工作的同志向《法律应用与检察业务研究》投稿,共同推动法律应用与检察业务研究工作,繁荣法律研究园地。来稿请寄最高人民检察院法律政策研究室《法律应用与检察业务研究》编辑部(地址:北京海淀区皂君庙 4 号,邮编:100081),

欢迎发送电子邮件:flyy715@sohu.com. 来稿请附作者简介, 并附详细通信地址及联络方式。联系电话:(010)62107522 62107592。来稿采用与否,一律不退;一经采用,则及时付稿酬。

《法律应用与检察业务研究》由中国法制出版社定期出版,季刊,全年四辑,每辑定价 15 元,全年定价 66 元(含邮费)。

最高人民检察院法律政策研究室

目 录

理论前沿

- 论刑事政策的结构 刘仁文 (1)

司法解释释义

- 《关于税务机关工作人员通过企业以“高开低征”
的方法代开增值税专用发票的行为如何适用法
律问题的答复》的理解与适用 汪永乐 (42)

刑法应用问题研究

- 抢夺罪若干问题研究 刘树德 (48)
论窝藏犯罪的客观表现形式 汪本立 (88)
办理单位盗窃案件新探析 卜范城 (92)
“诉讼诈骗”定性的实然与应然研究 赵香如 (98)

刑事诉讼应用问题研究

- 完善我国非法证据排除规则之构想 邓思清 (111)
我国取保候审制度存在的问题及完善 陈 坚 王继军 (128)

民事、行政检察问题研究

- 论民事检察制度的改革与完善
..... 盛 瑾 刘顺龙 龚泽训 (138)

检察理论研究

- 检察机关应在启动宪法监督中发挥应有作用 范永红 (148)

立法研究

试论过失犯法律效果的完善 喻海松 冀春苗 (154)

关于金融诈骗罪应为行为犯的立法建议

..... 邓楠 王琦 (166)

观点摘要

三种“挪用”行为应以贪污论处 赖其生 (171)

浅谈公民个人擅自取得的视听资料的

可采性 朱壮华 成仕俊 (174)

案例评析

张某某能否被判处非法持有毒品罪 吴峻 (177)

域外法制

辨认及其相关问题研究 张泽涛 (184)

理论前沿

论刑事政策的结构

刘仁文*

目 次

- | | |
|------------------|------------------|
| 一、刑事立法政策 | 三、刑事执行政策 |
| (一) 刑事立法政策的含义与意义 | (一) 刑事执行政策的含义与意义 |
| (二) 刑事立法政策的基本方面 | (二) 刑事执行政策的基本方面 |
| 二、刑事司法政策 | 四、刑事社会政策 |
| (一) 刑事司法政策的含义与意义 | (一) 刑事社会政策的含义与意义 |
| (二) 刑事司法政策的基本方面 | (二) 刑事社会政策的基本方面 |

本文遵循刑事立法政策、刑事司法政策、刑事执行政策和刑事社会政策的基本思路,分别对其内在结构作一剖析。需要说明的是,这四部分内容并不是孤立的,更不是静止的,而是彼此之间存在互动的关系,一项社会政策可能会影响刑事立法政策、刑事司法政策

* 中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士,经济学博士后。

甚至是刑事执行政策，而一项司法政策也有可能反过来影响立法政策，如1983年的“严打”，本来是一项司法政策，但由此导致了刑法部分条文的修改，使刑事立法政策趋于重刑化。对于此种互动关系之研析，本文暂先不论。

一、刑事立法政策

（一）刑事立法政策的含义与意义

刑事立法政策，是指在进行刑事立法时所奉行的政策。有的学者认为：“刑事立法政策，指在刑法上如何规定犯罪、刑罚以及刑罚的适用起指导作用的政策。它是制定、修改、补充和完善我国刑法的重要依据。”^①把刑事立法政策限定为刑法立法政策，这是不科学的，它还应当至少包括刑事诉讼法立法政策，因为程序问题与实体问题不仅具有密不可分的联系，还具有独立的价值。至于刑事执行政法立法政策以及相关的刑事社会立法政策，到底宜划入刑事立法政策的视野还是划入刑事执行政策和刑事社会政策的视野，倒是可以研究，也许，两方面都可以从各自的角度去探讨。

列宁曾经说过：“法律是一种政治措施，是一种政策。”^②确实，任何立法包括刑事立法无一不是在一定的政策思想指导下进行的。正是从这个意义上，有学者正确地指出：那种以“政策上升为法律”为依据认为法律是高于政策的说法并不符合政策与法律的实质关系。^③透过历史，我们可以看出，在人类刑事法制的演进中（无论是朝着好的方向演进还是朝着不好的方向演进），作为单纯的规范刑法学并没有起多大作用，而是刑事政策在其中发挥影响。本来，费尔巴哈最初使用“刑事政策”一词时，就是在刑事立法政策的意义上

① 马克昌主编：《中国刑事政策学》，武汉大学出版社1992年版，第74页。

② 《列宁全集》第23集，人民出版社1958年版，第42页。

③ 参见何秉松主编：《刑事政策学》，群众出版社2002年版，第350页。当然，若从现有法律与现有政策在适用上的优先地位来考察，则可以说法律在政策之上。

来使用的。其后的一个相当长时期里，刑事政策也常常被视为刑法理论与实践的同义词。^① 因此，近代西方刑事政策始终在刑事法律的范围内展开，侧重于立法策略，并由此表现出一定的批判性而不同于规范刑法学，之所以如此，是因为当时的中心任务是为了将国王置于法律之下，将国家的惩治活动纳入法治轨道。^② 正如菲利所指出：“从贝卡利亚时代起，刑法通过反对中世纪专断和残酷的刑罚得到了发展，刑罚逐渐减弱了。与此相似，从逐渐加强保证个人免受社会统治的制度的意义上讲，19世纪的法定刑事诉讼程序一直而且现在仍然是反对中世纪滥用审判制度的产物。”^③ 可见，近代西方国家的刑事政策主要是作为刑法的指导观念和思想而存在并促使刑事法律和司法制度向人道主义变革的。虽然到19世纪的后1/4世纪，为了应对严重的犯罪问题特别是累犯、少年犯的激增，出现了“刑法之刑事政策化”，^④ 刑事政策的领域大大拓宽，应对犯罪的策略、措施不再局限于刑法的范围，而是以刑法为中心扩展到整个社会政策领域，但刑事政策对刑事立法的指导作用依然发挥着重要的作用。例如，在科学主义刑事政策影响下，越轨行为、保安处分、社会医疗措施等新范畴逐渐被纳入传统的以“犯罪”、“刑罚”和“罪刑关系”为中心的刑法体系中，危险性概念、人格概念等被采纳，缓刑、假释被广泛适用，累犯、惯犯、青少年犯等罪犯的特殊待遇以及刑罚个别化原则得以确立，等等。

有什么样的刑事（立法）政策，就会有怎样的刑事立法，好的刑事（立法）政策会导致好的刑事立法，相反，坏的刑事（立法）政策会导致坏的立法。孟德斯鸠曾经指出：“有两种腐化，一种是由于人民不遵守法律，另一种是由于人民被法律腐化了。被法律腐化

① 参见（法）米海依尔·戴尔玛斯·马蒂著，卢建平译：《刑事政策的主要体系》，法律出版社2000年版，第1页。

② 参见何秉松主编：《刑事政策学》，群众出版社2002年版，第2页。

③ （意）恩里科·菲利著，郭建安译：《犯罪社会学》中国人民公安大学出版社1990年版，第102—103页。

④ 参见林纪东：《刑事政策学》，台湾正中书局1969年版，第1页。

是一种无可救药的弊端，因为这个弊端就存在于矫正方法本身之中。”^①如在希特勒时期，出于法西斯统治的需要，确立起血腥的刑事（立法）政策，结果随心所欲地抛制出《保卫人民与国家法令》、《反对背叛德国人民与一级颠覆活动法》，从此任何反对恐怖的抗议和抵抗都被统统地“合法”镇压了。^②为了“保卫德国社会”和“保卫德意志民族的最高利益”，纳粹当局将“罪刑法定”等宪法原则公然抛之脑后，规定“类推的适用、将健康的人民意见作为法律渊源之一”，这样“即使在毫无法律根据的情况下也能将任何敢于对抗的对手送进监狱。”与此同时，通过颁布《判处和执行死刑法》以及修改、解释、制定其他法令，使警察有权自行决定采取“保护性拘留”，在刑法体系外建立起另一个惩罚体系。^③

又如，前苏联 30 年代在斯大林的“肃反扩大化”刑事政策影响下，将法制原则、人道原则和公正原则扔到了中世纪的无底深渊。具体表现是：第一，违背民主和各加盟共和国的主权原则，各加盟共和国被剥夺了原有的颁布自己刑法典的权利。第二，刑事责任的根据只能是实施犯罪，而不是人民的敌人、“富裕的富农分子”等危险的个人身份。这一时期的刑事立法与这一法制原则相对立，特别强调的正是并没有实施具体犯罪的“危险个人”。第三，粗暴地违犯了个人责任与罪过原则，对他人实施的犯罪没有罪过的人即所谓叛国分子的家属也可以实施刑事放逐。第四，违背人道原则，规定自 12 岁起开始承担刑事责任，剥夺自由提高到 25 年，撤销了假释。第五，背离犯罪分类与区分责任的原则，不考虑损失的大小，对侵害国家财产的一律予以追究。侵害国家财产、反对政权代表，罪罚不当，受到的惩处比侵害公民生命和健康的犯罪还要重。对侵犯社会

① 转引自严军兴：《依法治国与建立有中国特色的社会主义法律体系》，载刘海年、李林主编：《依法治国与法律体系建构》，中国法制出版社 2001 年版。

② 参见（德）英戈·穆勒著，王勇译：《恐怖的法官——纳粹时期的司法》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 25 页。

③ 参见前引书，第 67—69 页。

主义财产，法院可以判处枪决，而对故意杀人的才判 10 年剥夺自由。^①

再看看我国。建国后我们废除了国民党的《六法全书》，本来也准备创建人民的新法制，但由于其后人治思想逐渐抬头，因此在要不要立法这个问题上曾走入误区，在经历了“文化大革命”的重大灾难之后，党和国家确立了“加强社会主义民主、健全社会主义法制”的政策，其后陆续颁布了刑法、刑事诉讼法等基本法律。而随着国家法制建设的发展和社会形势的变化，国家又分别在 1996 年和 1997 年对刑事诉讼法和刑法进行了大规模的修改，在这次修改中，由于确立了比较科学的立法政策，因此果断地废除了收容审查、免于起诉、类推等不利于人权保障的制度，吸收了无罪推定、罪刑法定等原则的合理内核，并将“反革命罪”修改为“危害国家安全罪”，使我国刑事法制朝着现代化方向迈进了一大步。

（二）刑事立法政策的基本方面

1. 实体方面的政策和程序方面的政策

刑事实体法和刑事程序法是刑事法的两个基本组成部分，二者各自受着一些立法政策的影响。如刑法，各个国家在不同的刑事立法政策指导下，在犯罪化与非犯罪化、刑罚化与非刑罚化、司法化与非司法化、重刑与轻刑、一元化与二元化等问题上出现了许多差异：有的国家规定了一千种以上的犯罪，但所有罪均无死刑；有的国家法律上的罪名只有 100 多种，而死刑却占有相当的比例。堕胎、卖淫、赌博、吸毒，在有些国家是犯罪，而在另一些国家则不是犯罪。依照有的国家的刑法，偷一块钱即为犯罪，而依据另一些国家的刑法，则要偷盗数量较大的钱才能构成犯罪。有的国家刑法的处罚措施就是由刑罚构成，而另一些国家的刑法处罚措施则由刑罚与保安处分共同构成。如此等等。无不是相应的刑事政策的产物。以

^① 参见何秉松：《刑法典修订以来若干重要理论问题新探索》，载《政法论坛》2000 年第 3 期。

我国犯罪概念包含定量因素为例,正如有的学者所指出,这是在我国自古以来“法不治众”,缩小打击面的刑事政策思想影响下所作出的选择。^①在同一国家,不同的历史时期,有的原来是犯罪的被从刑法典中删除(非犯罪化),有的原来不是犯罪的被刑法典规定为犯罪(犯罪化)。有的在一个时期保留有死刑,后来废除了死刑,还有的在废除后又恢复了死刑。又如刑事诉讼法,有的国家出于提高诉讼效率等方面的考虑,允许检察官与被告人进行“辩诉交易”,有的国家则出于发现事实真相等方面的考虑,不允许检察官与被告人进行“辩诉交易”;有的国家对申诉程序放得很宽,有的国家则对申诉程序控制得很严,其中也是体现了如何协调公正与效率的政策思想。

需要指出的是,有的刑事立法或带有刑事法性质的行政立法,并不好简单地归为实体法或程序法,而是你中有我、我中有你,象《治安管理处罚条例》、《劳动教养试行办法》、《引渡法》、《监狱法》等,但这并不妨碍我们从实体和程序两方面去研究、确立和考察相应的立法政策,就如法律体系中的劳动法和社会保障法等法律不好纯粹地归入公法或私法,而是兼具二者的内容,但仍然不妨碍我们以公法和私法的思路去思考问题一样。

2. 价值层面的政策和规范方面的政策

有的刑事立法政策属于价值层面,如死刑政策,那些主张废除死刑的国家,认为死刑不人道、不公正,而那些保留死刑的国家,则认为死刑有其合法性、公正性;即使在那些保留死刑的国家,有的基于生命高于任何金钱的价值观,认为死刑只能适用与那些蓄意谋杀等剥夺他人生命的严重暴力犯罪,而不能适用财产犯罪和经济犯罪,但有的则基于镇压财产犯罪和经济犯罪的需要,将死刑广泛适用于财产犯罪和经济犯罪。刑事立法上的许多重大原则的确立、重大制度的突破或变更,可以说都是由于立法者价值观改变的结果。以我国刑法废止类推、确立罪刑法定原则为例:在1979年刑法中由

^① 参见储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,第461页。

于受整体主义价值观的支配,立法者认为:为了使我们的司法机关能及时有效地同刑法虽无明文规定,但实际上确属危害社会的犯罪行为作斗争,以保卫国家和人民的利益,因而必须允许类推。^①但到1997年修订刑法时,由于刑法观念从过去的社会保护机能向刑法的人权保障机能倾斜,因此作出了“必要的丧失”,废除了类推制度,并明文规定了罪刑法定。又以欧洲大陆刑事审判的模式演变为例,正如德国学者赫尔曼指出的:在19世纪上半叶,受自由主义、人权以及启蒙哲学的影响,原来的不利于人权保障的古老的纠问式程序被一种革新的审问式程序所代替,这种新的程序更有利于保护被告人的权利。而自上个世纪40年代以来,随着“二战”的结束和人权运动的蓬勃发展,审问式程序又更多地引入英美对抗式审判程序内容,从而使之成为一种混合式的审判模式。^②

在规范层面上,也有立法政策的烙印。例如,我国1979年刑事立法时,遵循的一个原则是“宁疏勿密”,即所谓“宜粗不宜细”,因而1979年刑法典的粗疏是有目共睹的。^③这种立法的一个后果是在司法实践中形成了“欲疏益密”的现象,为了适用刑法,司法机关不得不颁布大量的司法解释,最后形成立法被司法解释架空的现象。1997年刑法修订时,有感于“宜粗不宜细”的不科学,因此从总体上追求尽量的细化(但细化并不等于就是明确化),但这样做也带来了一个矫枉过正的后果,就是不少条文过于琐细,有的甚至不知所云。“不能通其义者,何以使人知法意而不犯。”^④因此,有学者评论道:“在刑事立法上,应当从实际出发,应粗则粗,应细则细;

① 参见高铭喧编著:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社1981年版,第126页。

② 参见陈瑞华:《刑事审判原理》,北京大学出版社1997年版,第314页以下。

③ 参见陈兴良、周光权:《困惑中的超越与超越中的困惑》,《刑事法评论》(第2卷),中国政法大学出版社1998年版。

④ 《明史·刑法志》(一),转引自张晋藩:《中华法制文明的演进》,中国政法大学出版社1999年版,第462页。

该疏则疏,该密则密。”^①又如,1997年修订刑法,还考虑了以下两点:第一,“要制定一部统一的、比较完备的刑法典。”为此,修订后的刑法将刑法实施17年来由全国人大常委会作出的有关刑法的修改补充规定和决定在经过修改和整理后编入刑法;将一些民事、经济、行政法律中“依照”、“比照”刑法有关条文追究刑事责任的规定,修改为具体条款纳入刑法;将拟制定的反贪污贿赂法和中央军委提请人大常委会审议的惩治军人违反职责犯罪条例编入刑法,在刑法中规定为贪污贿赂罪和军人违反职责罪两章;对于新出现的需要追究刑事责任的犯罪行为,经过研究认为比较成熟、比较有把握的,尽量增加规定。第二,“注意保持法律的连续性和稳定性。”为此,对刑法的原有规定,包括文字表述和量刑规定,原则上没什么问题的,尽量不作修改,以致原刑法在文字上的一些硬伤也被保留下来。^②

3. 抑止犯罪的政策,保障犯罪嫌疑人、犯罪人的政策和保护被害人的政策

抑止犯罪的立法政策主要分为两方面,一是内容为预防,二是内容为惩罚。关于惩罚,比较好理解,如我国1997年修订刑法时,增加了大量的破坏社会主义市场经济秩序犯罪,这种犯罪化的政策使刑法中的惩罚内容增多。另一方面,也有在某一立法政策的指导下直接规定预防内容的,如我国1999年全国人大常委会颁布的《预防未成年人犯罪法》,就是在“立足于教育和保护,从小抓起,对未成年人的不良行为及时进行预防和矫治”这样一种政策思想指导下出台的。

加强对犯罪嫌疑人和犯罪人的权利保障是现代刑事立法的一项重要政策。在前资本主义阶段,犯罪人没有人格,不被当人看待,刑讯、拷打、体罚、精神折磨等现象比比皆是,随着社会文明程度

^① 参见陈兴良、周光权:《困惑中的超越与超越中的困惑》,《刑事法评论》(第2卷),中国政法大学出版社1998年版。

^② 参见原全国人大常委会副委员长王汉斌在1997年3月6日第八届全国人民代表大会第五次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法(修订草案)〉的说明》。

的提高，人类逐渐认识到不能如此对待作为同类的罪犯。他们虽然犯了罪，但仍然是人，其人格仍然应受到尊重，其人身和生活仍然应受到人道待遇。时至今日，一个国家如何对待犯罪人已经成为衡量其社会文明程度的一个标志。保障犯罪嫌疑人和犯罪人的权利，不仅包括犯罪嫌疑人在侦查、起诉阶段的权利保障，也包括犯罪嫌疑人在审判中的权利，还包括被定罪判刑后的犯人的权利。前两者一般在刑事诉讼法中得以体现，后者则在刑事执行法中得以体现。我国1996年修订的刑事诉讼法将律师介入刑事诉讼的时间提前到侦查阶段，对取保候审的犯罪嫌疑人和被告人增设保证金制度、废除收容审查，改革刑事审判方式、增加庭审的抗辩性和民主性，等等，都是在人权保障的刑事政策指导下所取得的重要成绩。我国1994年颁布的《中华人民共和国监狱法》，对罪犯在服刑期间的有关权利进行了明文规定，如会见、通信权，生活、卫生权，申诉、控告、检举权，以及参加劳动获得报酬权，^①等等，都是在刑事执行阶段加强对犯人权利保障的重要措施。

对犯罪被害人的关注也是当今刑事立法中的一项重要政策。如前所述，现代刑事政策曾在一个相当长的时期内忽略了犯罪被害人，正如有的学者所描述的：“直到几年前，研究和实践的努力大抵集中在诸如此类一些问题上：如何保证对罪犯进行公正的法律审判，怎样保护其免受公共机构的不义侵犯，对其采用哪些处遇措施。与此相反，对于被害人的思考的兴趣则在于一个偏离的主题——倘若确有这种思考的兴趣的话：刑事政策的讨论应纯粹以罪犯为本位。这种看法得到了一种流传甚广的观点的支持，这种观点认为刑事诉讼的目的旨在为了社会的利益，实现公众的惩罚的权利，因此，对于任何私利的考虑，都是与此刑事诉讼的宗旨想冲突的。”^② 面对犯罪被害人的种种悲惨境遇，人们开始改变罪犯本位理论，致力于平衡

^① 当然，在具体执行中，犯人的劳动报酬权并没有得到保障，这是刑事执行政策需要探讨的问题。

^② （德）汉斯·约阿希姆·施奈德著，许章润等译：《国际范围内的被害人》，中国人民公安大学出版社1992年版，第417页。