

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 41

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

本卷要目

死刑专栏

【赵秉志】

我国死刑限制适用的刑法问题探讨

中国刑法

【钟 凯 魏 东】

刑事民间法及其刑法解释论意义

——兼议刑法解释保守性下的适应性关切

【陈金林】

在胎儿保护与孕妇权利之间

——刑法介入胎儿伤害的模式分析

外国刑法

【克里斯托斯】

未遂的着手与共犯

【道格拉斯·N·胡萨克】

关联罪过序原则研究

国际刑法

【刘冬平】

《公民权利和政治权利国际公约》第14条

有关公正审判权一般规定的内涵

犯罪学与刑事政策

【李永升 周其玉】

关于“暴恐”行为的成因分析及对策展开

——以罗伯特·K·默顿的制度化抗拒理论为切入点



2015年第1卷

第41卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 41

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主编

■ 阴建峰 / 副主编

■ 张磊 袁彬

黄晓亮 / 专业编辑

■ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 2015 年. 第 1 卷: 总第 41 卷 / 赵秉志主编. —北京: 法律出版社, 2015. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8144 - 1

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—文集 IV.

①D914.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 148695 号

刑法论丛(2015 年第 1 卷·
总第 41 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 易明群 黄倩倩
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 17.375 字数 550 千

版本 2015 年 5 月第 1 版

印次 2015 年 5 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任印制 陶 松

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8144 - 1

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

	〔死刑专栏〕	
1	我国死刑限制适用的刑法问题探讨	赵秉志
59	论死刑舆论的引导机制:框架、模式与对策	张伟珂
95	论死刑案件社会调查制度的构建	阿不都米吉提·吾买尔
	〔中国刑法〕	
115	论存疑时有利于被告人原则不应适用于刑法解释	段启俊 郑 洋
144	刑事民间法及其刑法解释论意义 ——兼议刑法解释保守性下的适应性关切	钟 凯 魏 东
168	刑事处罚与行政处罚的方法界限 ——兼论犯罪与行政违法的范围划定问题	敦 宁

191	论犯罪构成体系中定量因素之定位	商浩文
207	情节加重犯的未遂	胡东飞
236	中国特色保安处分制度的构建 ——劳动教养废止后的制度选择	刘伟丽
254	赔偿在刑事司法中的正当性之辩	万娟
269	醉驾超标电动车刑法规制问题的反思与对策	张磊 肖马
288	在胎儿保护与孕妇权利之间 ——刑法介入胎儿伤害的模式分析	陈金林
306	“幼儿园喂药”问题的刑法规制	徐立 周远秋
325	网络型寻衅滋事罪司法适用问题探析	黄华生 李文吉
	〔外国刑法〕	
344	未遂的着手与共犯	
	 [希腊]克里斯托斯著,赵书鸿译	
361	关联罪过序列原则研究	[美]道格拉斯·N.胡萨克著 姜敏译
	〔比较刑法〕	
388	伪造有价证券罪若干问题比较研究	李江发
	〔国际刑法〕	
403	《公民权利和政治权利国际公约》第14条有关公正 审判权一般规定的内涵	刘冬平
	〔犯罪学与刑事政策〕	
421	试析性侵儿童案件立案难之原因及对策	莫洪宪 任娇娇
449	关于“暴恐”行为的成因分析及对策展开 ——以罗伯特·K.默顿的制度化抗拒理论	

	为契入点	李永升 周其玉
475	刑事一体化视野下未成年人犯罪治理错位与归位	
		庄乾龙
518	女性性工作者刑事被害问题实证分析与权益保护	
	——以 2005 ~ 2014 年 10 年间 100 个案例为	
	样本的分析	袁 林 尹振国
544	稿 约	

CONTENTS

[Special Column for Death Penalty]

- Discussion on the Criminal Law Issues of the Restriction on
the Death Penalty in China Zhao Bingzhi 1
- On the Direction of Public Opinion of Death Penalty:
Structure, Model, Countermeasure Zhang Weiwei 59
- Construction of Social Investigation System in Death
Penalty Case Abdumijit Umar 95

[Chinese Criminal Law]

- The Accused Presumed Innocent until Proven Guilty not be
Applied to the Interpretation of Criminal Law
..... Duan Qijun & Zheng Yang 115
- The Criminal Folk Law and its Significance in Interpre-
tation of Criminal Law—Discusses the Adaptability
under Conservative Interpretation of Criminal Law
Concurrently Zhong Kai & Wei Dong 144
- The Method Limit of Criminal Punishment and Administ-
rative Penalty—Both on the Issue of Range Partitioning
of Crime and Administrative Illegal Dun Ning 168
- The Location of Quantitative Factors in the Constitution of
Crime System Shang Haowen 191
- The Attempt of Crime with Aggravated Circumstances
..... Hu Dongfei 207

Establishment of Security Measures in China—Choice of System of Reeducation through Labor after the Abolition	Liu Weili	236
In Defense of Justification of Compensation in Criminal Justice	Wan Juan	254
Study on the Criminal Regulation on Drunk Driving Exceed Standard Electric Bicycle	Zhang Lei & Xiao Ma	269
Between the Protection of Forming Life and the Rights of the Pregnant	Chen Jinlin	288
Criminal Regulations on the Behavior that Kindergartens Feed Children Medicine	Xu li & Zhou Yuanqiu	306
Analysis of the Judicial Application of Network Crime of Provocation	Huang Huasheng & Li Wenji	325
[Foreign Criminal Law]		
Beginning of Attempt and Complicity Written by Christos My lonopoulos, Trans. by Zhao Shuhong		344
The Sequential Principle of Relative Culpability Written by Douglas. N. Husak, Trans. by Jiang Min		361
[Comparative Criminal Law]		
Comparative Analysis on Some Problems of the Crime of Forging Valuable Securities	Li Jiangfa	388
[International Criminal Law]		
On the Connotation of the General Provision Concerning the Rights to a Fair Trial under the Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights	Liu Dongping	403
[Criminology and Criminal Policy]		
Causes and Countermeasures of Difficulties of Filing Cases of Child Sexual Abuse	Mo Hongxian & RenJiaojiao	421

On the Causes of “Terrorist Acts of Violence” Analysis and the Expansion of Counter-measures—from the Point of “ Institutionalized Resistance Theory ” established by Robert King Merton	Li Yongsheng & Zhou Qiyu	449
The Dislocation and Location for the Governance of Juvenile Delinquency under the Vision of Criminal Intergration	Zhuang Qianlong	475
An Empirical Research on the Issue of Infringement and Rights Protection of Female Sex Workers; Sampling the 100 Cases from 2005 to 2014	Yuan Lin & Yin Zhenguo	518
Notice to Contributors		544

[死刑专栏]

我国死刑限制适用的刑法问题探讨*

赵秉志**

目 次

一、前言

二、我国死刑限制适用的宏观问题考察

三、我国死刑限制适用的重要现实问题研讨

四、结语

一、前 言

死刑改革是当代我国刑事法治乃至整个法治领域最受关注的重大现实问题,关乎国家法治的进步和社会文明的发展。近年来,随着死刑案件核准权统一收归最高人民法院行使和《刑法修正案(八)》取消13种非暴力犯罪的死刑,我国死刑制度改革在司法和立法两个方面都取

* 本文系笔者主持的中欧合作项目“中国死刑适用的司法限制(Use Less: Judicial Restraints on the Use of the Death Penalty in China,项目号:EIDHR/2012/297-072)”的阶段性成果。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、长江学者特聘教授、法学博士、博士生导师,中国刑法研究会会长,国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。

得了令国内外瞩目的显著成就。在此基础上,2013年11月党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》在确立“推进法治中国建设”的重大国策之下,提出要“完善人权司法保障制度”,重申“国家尊重和保障人权”,进而明确要“逐步减少适用死刑罪名”,从而把死刑制度的进一步改革作为法治中国建设进程中的一项重大任务,这是我国社会文明进步和法治现代化的必然。如果说,立法削减是死刑改革的基础和根本,那么,司法控制就是死刑改革的重点和关键。司法控制对死刑改革之所以至关重要,这一方面是由立法改革和司法控制的特点所决定的,死刑的立法改革是一项复杂而又程序繁多的重大工程,上马需很慎重且需要较长的时间,而死刑的司法控制不但便捷且又可持续进行;另一方面是由于现阶段较长时期内不可能在立法上废止那些适用死刑数量较多的严重犯罪的死刑,而司法控制则可以显著地减少这类犯罪适用死刑的数量。因此,在国家立法机关对死刑制度进行立法削减之前和之后,我国相关司法机关均可以通过司法控制的途径切实限制、减少死刑的适用。

本文在国际社会限制、减少乃至废止死刑的潮流与趋势之背景下,立足于我国死刑制度改革的现状及其进步的需要,拟在概要考察当前我国死刑限制适用的背景、难点和路径等宏观问题的基础上,侧重从刑事事实法即刑法的视角,选择若干关涉我国死刑限制适用的重要现实问题逐一予以分析,并就我国死刑制度的深化改革以及死刑限制适用的深入推进略抒己见。

二、我国死刑限制适用的宏观问题考察

(一)我国死刑限制适用的背景

当前我国死刑的限制适用是在多种国内、国际因素的综合影响下进行的,有其基本的社会、法治和国际背景。

1. 我国死刑限制适用的社会背景

从社会层面上看,我国死刑的限制适用与当前社会发展的目标和

民众人权观念的变化密切相关。

首先,深入推进死刑的限制适用是实现和谐社会、促进社会稳定与发展的需要。我国目前已经进入了全面建设小康社会、加快推进社会主义现代化新阶段。建设富强、民主、文明的社会主义国家,是我国本世纪初至中叶的发展目标。为适应社会发展的需要,中共中央提出了要建设社会主义和谐社会的构想。和谐社会也是法治社会,健全、理性、高效的社会主义法治是实现和谐社会构想的基石。作为现代法治的重要组成部分,现代刑事法治对于构建和谐社会具有重要的促进和保障作用。以此为背景,我国死刑适用必须从构建和谐社会的宏伟目标出发,积极发挥作用,不断巩固和谐社会建设的成果,有效地促进社会的稳定与发展。^①

其次,当前我国死刑的限制适用受到了人权观念发展变化的影响和促进。随着改革开放的不断深入和国家对人权保障的加强,民众的权利意识和法治观念与以往相比正在前所未有地不断得到加强。虽然各种犯罪现象仍有出现,但总体上看,当前我国社会基本稳定,经济稳步发展,人民群众安居乐业,绝大多数民众的安全感较强。在此种情况下,人民群众要求司法机关适用死刑的要求并不是很强烈,对已经出现的某些错误适用死刑的情形会给予一定的批评。即便对某些严重刑事犯罪的行为人,如果犯罪人确实存在值得原谅的因素,民众也普遍持宽容态度。而对于同一案件有多人被判处死刑,尤其是被判处死刑立即执行的情形,若该犯罪不是比较典型的有组织犯罪或者被害人仅为一人的,民众也会认为这样适用死刑不是很妥当。我国民众的这种人权观念的发展变化和对死刑问题的关注,对当前我国死刑的限制适用提出了新的进一步的要求。

2. 我国死刑限制适用的法治背景

我国死刑的限制适用也有其深刻的法治背景,它是我国贯彻依法治国方略的基本要求,也是我国不断加强人权保障的重要体现。

^① 参见赵秉志、彭新林:《我国死刑制度改革的路径与步骤》,载《法学》2009年第2期。

首先,深入推进死刑限制适用是贯彻依法治国方略的基本要求。依法治国是当代中国社会发展的基本方略。1997年9月,中国共产党将“进一步扩大社会主义民主,健全社会主义法制,依法治国,建设社会主义法治国家”写入了党的十五大报告。1999年3月,在第九届全国人大第二次会议上,“依法治国,建设社会主义法治国家”这一治国方略被正式写入宪法修正案。^①在依法治国方略的指引下,我国刑事法治建设也取得了重大进步。1997年新刑法典确立了罪刑法定、适用刑法人人平等、罪责刑相适应三大基本原则。其中,罪刑法定原则关于刑罚正当性的内涵就对我国死刑制度的改革和死刑的限制适用提出了新的进一步的要求。

其次,深入推进死刑限制适用是我国不断加强人权保障的重要体现。随着经济社会的发展和依法治国的不断深入,我国近年来逐步注重加强各个领域、各个方面的人权保障工作。在此基础上,2004年3月,“国家尊重和保障人权”被明确写入了宪法修正案,从而使我国人权保障上升到了宪政的高度。而2011年3月第十一届全国人大第四次会议通过的《国民经济和社会发展的第十二个五年规划纲要》,更是明确地将“加强人权保障,促进人权事业全面发展”作为我国第12个五年(2011~2015年)规范发展的目标之一。^②相信在我国政府和社会各界的不懈努力下,我国未来的人权事业必将得到全面发展。这也对死刑的限制适用提出了进一步的要求。

3. 当前我国死刑限制适用的国际背景

深入推进死刑限制适用是我国顺应死刑国际发展潮流的体现,也是我国履行其参加的与死刑相关的国际公约义务的要求。

首先,深入推进死刑限制适用是我国顺应死刑国际发展潮流的体现。死刑在人类历史上有悠久的历史。但是,自第二次世界大战以来,尤其是进入21世纪之后,限制、减少乃至废止死刑逐步获得了国际

^① 参见肖扬:《依法治国基本方略的提出、形成和发展》,载《求是》2007年第2期。

^② 参见《国民经济和社会发展的第十二个五年规划纲要》,载中国人大网, www.npc.gov.cn, 最后访问日期:2011年3月17日。

社会更为广泛的关注和坚定的支持,成为非常响亮和强劲的时代命题,也日益成为西方发达国家的法治实践。目前这一现象还有进一步扩大的趋势。根据国际特赦组织(Amnesty International)的统计,截至2012年年底,在全球197个国家中,在法律上或者事实上废除死刑的国家已有140个(其中,对所有犯罪废除死刑的国家97个,对普通犯罪废除死刑的国家8个,事实上废除死刑的国家35个),仍维持死刑的只有57个国家,如阿富汗、中国、古巴、印度、伊朗、日本、朝鲜、索马里、美国等。^①在此背景下,我国当然需要顺应国际社会死刑的发展潮流,改革其现有的过于宽泛的死刑制度,在不得不保留死刑的前提下,下大力气切实减少死刑适用的数量,提高死刑案件的质量,深入推进死刑的限制适用,为最终废止死刑创造条件。

其次,深入推进死刑限制适用是我国履行与死刑相关的国际条约义务的要求。限制与废止死刑不仅为多数国家的立法和司法所采纳,而且也被联合国诸多国际公约、欧洲人权公约、美洲人权公约等国际法律文件所认可。1966年12月联合国通过的《公民权利和政治权利国际公约》第6条明确规定,死刑只适用于“最为严重的犯罪”。1989年12月15日联合国第43届大会通过的《旨在废止死刑的〈公民权利和政治权利国际公约〉第二任择议定书》第2条则进一步规定:“本议定书缔约国管辖范围内,任何人不得被处死刑。”与此同时,该条第2款还确立了一个重要原则:“已经废止死刑的国家不得恢复适用死刑”。除此之外,一些区域性国际条约,如《欧洲人权公约》《〈欧洲人权公约〉关于废止死刑的第六议定书》《欧洲人权公约关于全面废止死刑的第十三议定书》《美洲人权公约》和《〈美洲人权公约〉旨在废止死刑的议定书》等,也都对死刑作了严格的限制性规定。^②迄今,中国政府已经签署或者加入了包括《公民权利和政治权利国际公约》《禁止酷刑和其他

^① 参见 <http://www.amnesty.org/en/death-penalty/abolitionist-and-retentions-countries>。

^② 参见韩玉胜、沈玉忠:《联合国国际公约对死刑的规定及中国的应对》,载《政法论丛》2008年第3期。

残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》在内的20多部人权类国际公约。^①在此种情况下,我国有义务按照其参与、认可的相关国际条约的要求对死刑制度作进一步的改革,在仍保留死刑的前提下必须深入推进死刑的限制适用。

(二)我国死刑限制适用的难点

综观近30余年来我国死刑适用的概况及演进历程,尽管20世纪80年代至90年代初期死刑适用有所膨胀和扩张,但总体上看,限制和减少死刑始终是死刑适用演进的主流。特别是新世纪以来,我国司法机关秉持“少杀、慎杀”的理念,贯彻“严格控制和慎重适用死刑”的死刑政策,在死刑的适用条件、适用标准、适用对象、执行制度、核准程序等方面都保持着越来越严格的限制,有效地控制了死刑的适用数量,保证了死刑案件的质量,取得了显著成效。当然,由于死刑的司法控制涉及理论、立法、司法、政策和社会环境等方面的诸多因素,受多种主客观因素的综合影响和制约,我国死刑的限制适用及其深入推进也面临一些难题。概言之,主要包括以下几个方面:

1. 实体上缺乏限制死刑适用的规则

死刑是我国刑法典总则中规定的主刑之一。刑法典分则中又规定有大量死刑罪名。司法实务中仍较多地适用死刑。可以说,“保留死刑,严格控制和慎重适用死刑”的死刑政策尚没有在我国死刑的立法与司法活动中得以彻底有效贯彻,对司法机关及司法官员还缺乏足够的约束力。之所以产生这样的问题,很大程度上是由于缺乏限制死刑适用的实体规则造成的。对于限制死刑适用的程序规则,我国中央政法机关先后联合出台了《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》,就办理死刑案件应当遵循的原则要求、证据的分类审查与认定等作了较

^① 参见赵秉志、彭新林:《我国死刑制度改革的路径与步骤》,载《法学》2009年第2期。

为详细的规定,有助于司法机关依法、公正、准确、慎重地办理死刑案件,更好地惩罚犯罪和保障人权。但对如何严格把握死刑适用的标准和条件从而更好地限制死刑的适用,以及如何对具体犯罪准确、妥当地适用或者不适用死刑,最高人民法院至今都没有出台明确具体的规定,死刑的适用缺乏明确、细致、统一的规则。

这样一来,严格控制死刑适用标准,限制死刑的适用,在很大程度上就要依赖于司法机关与司法官员的自觉选择。是基于保障人权而限制死刑适用,还是因为严惩严重刑事犯罪、维护社会治安的需要而放宽死刑适用,主要是由司法机关与司法官员掌握。这就意味着,司法机关与司法官员可以在相当程度上随意决定是否严格限制死刑的适用。因此,死刑的司法适用缺乏明确、全面的实体法方面的司法规则,无疑不利于限制、减少死刑的适用。

2. 司法中崇尚、依赖死刑的观念还有很大影响

受到“治乱世用重典”这种传统思想的影响,我国不少司法官员认为,对于社会治安形势有所恶化、严重刑事犯罪频频发生的情况,应该强调死刑的功效。只有对严重刑事犯罪分子较多地适用死刑,才能有效地打击犯罪分子嚣张的气焰,遏制严重刑事犯罪率上升的势头。这种崇尚、依赖死刑的错误观念使得某些司法人员忽视现代刑法所应具有的人权保障机能,在刑事司法活动中有意无意地抛弃严格适用死刑的意识,放宽死刑适用的标准,甚至借口“严打”活动对尚不完全具备死刑适用条件的犯罪人适用死刑,从而导致死刑的严重滥用。所以,改变司法中的死刑观念,既是我国现阶段死刑制度改革的重要内容,也是死刑制度改革得以顺利进行的基本保障。

3. 死刑适用标准掌握得还不够严格

对于死刑适用标准,1979年刑法典规定为“罪大恶极”,而1997年刑法典则修改为“罪行极其严重”。理论上认为,二者都是要求仅对社会危害性极其严重、主观恶性极其恶劣、人身危险性极大的犯罪人才适

用死刑。^①但是,在司法实务活动中,因为严格控制死刑适用的观念淡薄,某些司法人员并没有严格按照死刑适用的标准来适用死刑,很多时候仅侧重于犯罪人的客观危害,甚至变相地降低“罪行极其严重”的认定标准,对本不该适用死刑的犯罪人适用了死刑。

4. 对死刑案件还时常存在非法干扰因素

当今中国,虽然依法治国的理念正日益深入人心,但是,违反法治原则的现象还是时有发生。就死刑制度来讲,很多情况下,司法机关在处理死刑案件时还会受到各种非法干扰,有时还相当严重。这主要表现为司法实践中存在的两种内部制度:一是案件请示。很多死刑案件都比较复杂、疑难,下级法院在审判时往往请示上级法院,请上级法院提出处理的意见,使得死刑案件的二审、复核乃至核准等程序都失去原本的功能与意义。二是案件协调。对于是否判处死刑存在较大争议或者案件的证据有一定问题的死刑案件,某些地方领导、政法机关违背司法职能分工的原则在处理案件的各机关之间进行协调,甚至召集各机关的代表一起开协调会。这两种于法无据、有悖情理的内部制度不仅严重干扰了人民法院独立行使审判权的法定职责,而且也严重影响了司法机关适用死刑的数量与案件质量。这当然也是死刑制度改革所不得不面对的棘手问题。

5. 死刑的限制适用受社会秩序稳固程度的制约

刑罚虽不以威吓社会为主旨,但死刑沿用已久,亦非全无威吓警戒之作用,一般凶恶之徒,怵于死刑之存在,而不敢以身试法者尚多,诚恐骤予废除,便如巨川决防,不可阻遏,为害更烈。^②因此,社会秩序之稳固程度往往是死刑适用多寡的重要制约因素。《周礼·秋官·大司寇》有云:“刑新国用轻典,刑平国用中典,刑乱国用重典。”事实上,近30余年来我国死刑适用较多的时期主要是社会秩序相对较差的改革开放初期。在社会秩序较为稳固的多数时期,我国的死刑适用总体呈

^① 高铭喧:《中国死刑的立法控制》,载《刑法评论》(第8卷),法律出版社2005年版,第3页。

^② 参见韩忠谟:《刑法原理》,中国政法大学出版社2002年版,第282页。