

刑理实证研究

孙应征 陈晓枫 主编



武汉大学出版社
WUHAN UNIVERSITY PRESS

4
3

刑理实证研究

——以刑法总论为中心

王世江 著



刑理

实证

研究

孙应征 陈晓枫 主编

图书在版编目(CIP)数据

刑理实证研究/孙应征,陈晓枫主编. —武汉:武汉大学出版社,
2005.9

ISBN 7-307-04705-5

I. 刑… II. ①孙 ②陈… III. ①刑法—研究 ②刑事诉讼法—研究 IV. ①D914.04 ②D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 105372 号

责任编辑:郭园园 责任校对:黄添生 版式设计:支笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:wdp4@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:湖北恒泰印务有限公司

开本:880×1230 1/32 印张:16.625 字数:431千字 插页:1

版次:2005年9月第1版 2005年9月第1次印刷

ISBN 7-307-04705-5/D·651 定价:38.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

树立现代刑事司法理念， 坚持科学的刑罚价值取向

——贺马克昌先生八十华诞

(代序)

刘家琛*

今年8月12日是我国著名刑法学家、武汉大学法学教授马克昌老先生的八十华诞。刑法学界、司法实务界众多学子同仁感其耕耘数十载、桃李满天下、学识魁斗、品秩一流之风范，纷纷撰文恭贺。我与马老先生相识已久、交往多年，无论是就一些基本的刑法理论问题或重要的刑事司法实践问题，都难免移樽就教，进行广泛且深入的切磋和探讨。这种切磋和探讨令我常觉钟期既遇，深感获益匪浅。对于老先生的学术思想及著述成果，自有行家梳理评判；老先生的道德文章及长者之风，也早在圈内啧啧相传。此外还有几点令我印象深刻的感受，无论是从治学、为人或刑事法制建设等角度看，我觉得都是值得我们认真体会并努力承传的。

一、严谨的治学态度和朴实的文风

马老先生对于刑法理论的研究广阔而深入，既有对我国刑事司法制度的发展具有重大影响的理论问题，也有司法实践中普遍存在的急需解决的问题。马老先生学贯中西，数十年从事法学研

* 原最高人民法院副院长，现最高人民法院审判委员会委员、湘潭大学博士生导师。

究和教学，其广博的学识是大家公认的。新中国成立以来，法制建设所走过的曲折弯路，老先生都是见证人和参加者。就是在不少人都随波逐流、大而化之的年代里，老先生仍能坚持以严谨的治学态度对待教学与科研，研究问题总是有的放矢、讲求实效，论证观点既简捷明了又条分缕析、全面翔实，具有很强的说服力，从不故弄玄虚、无病呻吟。马老先生的文风也是朴实无华，文如其人。中外刑法理论历经几百年的发展，可谓汗牛充栋、博大精深。但无论是探讨多么高深的理论，马老先生的文章遣词造句总是力求通俗易懂，从不借助晦涩的辞藻或难解的文言来表达，更不去追逐那种不合中文习惯的表达方式。他能够把一个异常复杂、深奥的法学问题用直白浅显的话语表达得清晰、明确，说明他既深明中外刑法理论的精神实质、具有化繁为简的深厚的学术功底和文化素养，也体现了他朴实且诚挚的学风和品行。相比之下，大家经常可以看到，有些理论文章虽然观点也有新意，论证也下了工夫，但语言表达上却不符合中国人的阅读习惯和思维方式，或者是词藻生涩拗口，或者是套用外国语言句式行文谋篇，令人读来味同嚼蜡，理解起来非常吃力，因此难以在更大的范围内传播。在这些方面，马老先生真可为今天学人的榜样。

二、求真务实的品行操守

作为著名的专家，马老先生有时受公、检、法等政法机关的聘请或者被告人的辩护人、亲属的委托，就某些疑难复杂的个案提出法律意见。他出具的法律意见的特点就是真和实。无论委托人是谁，有多大的来头、多深的背景，马先生总是严格依据事实、法律提出自己的意见，既不媚俗而向孔方兄低头，也不揣摩后而迎合权势，始终保持了一个法学家的良知和风骨。也因此，他的论证意见总是能够最大程度地体现公正，既受到司法机关的高度重视，也赢得了当事人的尊重。作为最高人民法院聘请的特邀咨询员，马先生也经常就人民法院的制度建设发表意见，为司

法改革、法制进步出谋划策。他敢讲真话、讲实话，从不看谁的脸色行事。他的意见从大局出发、观点明确、切中要害，既能抓住问题的本质，提出的解决办法也具有可操作性。马老先生这种求真务实的作风、正直无偏的品行操守，代表了当代知识分子最为难能可贵的高尚气节。

三、坚持科学的刑罚价值取向，反对重刑主义思想

马老先生一贯重视理论与司法实践密切结合，而且敢为人先。多年来，从刑法对人权保护的探讨，到刑罚适用及其价值取向的研究，他总是关注并探讨着司法实践最前沿的热点问题。刑罚适用问题是我多年来始终关注的重大的司法实践问题。2002年8月至12月，由我倡议，以《人民司法》编辑部之名先后在成都、武汉、上海、北京等地举办了“刑罚适用及其价值取向”研讨会，时届76岁高龄的马老先生与会并提交了《刑罚适用失当及其对策》的论文，对于刑事审判中存在的刑罚适用失当现象及产生的原因进行了精辟分析。马老先生认为，刑罚适用失当主要表现在这几个方面：一是错误判刑。指张冠李戴、无罪而被判刑，甚至判重刑或极刑。这种情况为数很少但却时有发生，造成了非常恶劣的社会影响。二是轻重失当。即轻罪重判或重罪轻判。两个相似案件，同样的作案时间、大致相同的地点、盗窃相同的物品、价值基本相当，量刑却差异很大；有的同类案件，数额差距很大，量刑却相差很小甚至一样。排除掉法律规定变化的因素，就很难说两个案子的判决都是公正的。三是缓刑失当。指本该判处缓刑而未判处缓刑或者不该判处缓刑而判处缓刑。

对于产生刑罚适用失当现象的原因，马老先生和我的认识是一致的：主要是很多人对于刑罚的功能的认识受到了重刑主义思想的影响。重刑主义思想推崇“刑罚万能”，迷信刑罚手段能够解决一切社会矛盾和问题，凡是行政、经济、道德规范未能收到即时之效时，就要求动用刑罚；重刑主义思想还迷信多判重刑和

死刑就可以有效地震慑和抑制犯罪，就可以维护社会的长期稳定。重刑主义思想植根于我国两千多年封建文化的土壤之中，得到统治阶级的大力倡导和培育。治乱世用重典，“重一奸之罪，而止境内之邪”的主张^①和“故行刑重其轻者，轻者不生，则重者无从至矣”^②的观念长期处于封建社会价值体系的主流地位，在传统文化传承过程中依靠自我积淀、自我复制的惯性，长期盛行，经久不衰。直至今日，还在潜移默化地影响着许多法律工作者甚至领导者的认识和思维。重刑主义思想违背了罪刑相适应的基本原则，也损害了司法公正和公平，不利于实现刑罚预防犯罪和改造罪犯的目的，不利于实现社会的长治久安；重刑主义思想增加了不必要的司法成本，甚至影响到国家对公益性项目的建设投入；重刑主义思想更与世界刑法发展的趋势背道而驰，损害我国的国际形象。

马老先生针对刑罚适用中的重刑主义倾向，提出要坚持科学的刑罚适用价值取向，在刑事审判工作中要“始终坚持罪刑相适应的原则，做到重罪重判、轻罪轻判、轻重适度，准确量刑”。也就是要坚持“慎刑”和“少杀”以及适用刑罚“轻轻、重重”的原则。首先，在刑罚的发动上，要坚持刑罚的谦抑性原则。只有在道德控制、行政控制等非刑事手段失灵的情况下，作为最终惩治手段，不得已的情况下才能动用刑罚。限制并严格控制死刑适用。其次，在刑罚的裁量上，坚持罪刑相适应原则和刑罚个别化原则，要全面理解、准确适用刑法的规定适用刑罚。做到“轻轻、重重”。对轻微犯罪的制裁要尽可能使用刑罚替代措施或非监禁刑，如缓刑、管制、罚金等；对危害严重的犯罪，如有组织犯罪、恐怖主义犯罪、毒品犯罪等，采取更为严厉的制裁措施。第三，在行刑的方式上，要逐步舍弃传统的封闭或隔离

① 韩非：《韩非子——六反》。

② 商鞅：《商君书——说民》。

行刑的思想，实行开放式行刑，实现行刑社会化。对那些罪行较轻的初犯、偶犯和未成年罪犯以及那些经过公安、检察、审判环节教育后确已悔罪，不关押也不致于再危害社会的犯罪分子，尽可能不要关押，可以放在社会上改造，以分化瓦解罪犯，增强其接受教育改造的自觉性，充分调动全社会的力量，发挥人民群众在教育改造罪犯中的作用，可以缓解监押场所以及监管工作的负担，减少犯罪分子交叉感染和重新犯罪的机会，同时也能够进一步改善监狱条件和罪犯处遇，以取得更好的社会效益和社会效果。

对于死刑问题，马老先生发表过许多切合我国实际情况的真知灼见。他主张限制死刑适用范围、逐步减少死刑；还主张落实好具有中国特色的死缓制度，使其发挥出应有的作用。我认为司法实践中，如何坚持“保留死刑，少杀慎杀”是一个值得深入研究的问题。首先，我们应该明确“少杀、慎杀”的基本内涵。所谓“少杀”，是指死刑适用的范围只能限于极少数罪行极其严重、情节特别恶劣、依法应当判处死刑的犯罪分子。对于不是必须立即执行的，可以判处死缓。所谓“慎杀”，是指杀人必须慎之又慎，确定死刑的刑罚应该较之一般的刑罚更为小心、谨慎，要把死刑案件办成铁案。其次，我们要从机制上保证“少杀、慎杀”。要加强上级法院对下级法院，特别是最高法院对全国法院的监督和指导。要通过加强调查研究制定司法解释等规范性文件、加强案例指导等方式明确适用死刑的具体标准，严格掌握适用死刑的范围。死刑案件要做到案件事实清楚，证据确实充分，有些案件尽管犯罪情节和后果很严重，但证据方面尚存疑点而又难以排除，判处死刑把握不大的，要特别慎重，留有余地，防止出错。要从程序上切实体现死刑案件审理程序的特殊性。按照刑法、刑事诉讼法的规定，死刑案件的核准权应该由最高人民法院行使。1983年“严打”中，由于客观形势的需要，最高人民法院将部分死刑案件的核准权授权给了各省、自治区、直辖市高级

人民法院和解放军军事法院，对于严厉打击严重危害社会治安的犯罪和毒品犯罪，维护社会稳定起到了积极的作用。多年来，社会各界人士一直呼吁将死刑核准权收回最高人民法院行使。现在，最高人民法院根据中央关于司法体制改革的总体部署和要求，正在研究进一步完善死刑复核程序，从程序上保证死刑的严格适用。我们还要在死刑适用上体现区别对待的刑事政策。不能头脑发热，有些论罪该杀，但被告人具有法定从轻、减轻情节的，原则上不得判处死刑立即执行；对于婚姻、家庭、民间纠纷以及被害人一方严重过错引发的严重犯罪案件，适用死刑要从严把握，一般不判处死刑立即执行；对于涉外、涉侨、涉港澳台以及被告人是少数民族的案件，一定要严格执行中央的有关政策，适用死刑要从国家大局出发慎重考虑。我们还要严格掌握各种财产性犯罪特别是贪污贿赂犯罪适用死刑的标准。贪污贿赂犯罪的危害性主要表现为国家工作人员利用职务便利，对国家利益、公共财产的伤害。对其适用死刑，应当从这类犯罪的特点出发，在查明犯罪的事实、性质的基础上，充分考虑犯罪动机、手段、退赃和追赃情节、实际损失等情况，不能将犯罪数额作为判处死刑的惟一标准。刑法将犯罪数额规定为贪污贿赂犯罪量刑的标准，是有法定幅度的，判处死刑必须“情节特别严重”。对于犯罪数额特别巨大，没有给国家和人民利益造成特别重大损失的，或者具有法定从轻、减轻等情节的，一般不判处死刑立即执行。总之，死刑案件一定要经得起历史的检验。

关于刑罚适用价值取向的几次研讨会在刑法理论界和实务界产生了较大的影响，引起了社会各界对科学量刑问题的高度重视和广泛的探讨，司法实践部门也采取了一些积极有效的措施规范刑罚适用。这也是马老先生等众多刑法学界和司法实务界同仁对刑罚适用价值取向长期的探讨、对司法公正不懈追求的结果。显而易见，我国刑法学界和司法实务部门在刑罚适用价值取向问题上深入而持久的探讨，对于正确地适用刑罚、维护法制统一、充

分保障人权、维护司法公正、维护社会的长治久安都具有重大而深远的意义。

四、倡导现代刑事司法理念，促进刑法的现代化

针对传统的重刑主义思想长期影响我国刑事司法的现状，马老先生旗帜鲜明地提出：“现代法治思想的特点是重视公正，保障人权……我们应该开展现代法治思想教育，克服不正确适用刑罚的观念。”从而将“公正”、“人权”等现代刑事司法理念引入刑罚适用的研究中，这对于推动中国刑法走向世界、促进司法的文明是非常重要的。中国对外开放的目标和实践决定了中国必将向全世界一切先进的文明学习，吸收人类文明的成果。刑法作为人类文明的一部分也不例外。刑法的现代化就是要以符合现代文明的基本理念改造传统中不适应社会主义市场经济和文明发展的旧观念，特别是重刑主义观念，这是坚持科学的刑罚适用价值取向的必然要求。改革开放以来，现代刑事司法理念已经开始为主流价值观所接受，现代刑事司法制度正在逐步得到确立。我国刑法和刑事诉讼法的修订就吸收了许多当代司法文明发展的最新成果。但是制度的引进只是形式上的，更重要的在于消化吸收制度赖以建立和维持运行的先进理念。我们必须下决心从理论上和观念上彻底改变重刑主义思想和重刑防奸的思维模式，在刑事司法工作者中倡导并牢固地树立现代刑事司法的价值理念，才能够真正促进司法文明和进步，实现司法公正。

首先，要树立刑罚“公正”的理念。刑法第5条规定，刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。刑法第61条规定，对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。司法公正在刑事审判领域很大程度上是通过量刑适度来体现的。罪刑相适应原则是裁量决定刑罚的基本标准，也是衡量刑罚适用是否公正的最主要标准。刑法担负着社会保护

和人权保护的双重使命，刑罚的适用必须在被告人所犯罪行和应处刑罚之间寻求一种平衡，也就是建立罪刑之间的价值均衡关系。我们不能因为一个时期某种犯罪多发，为了“震慑犯罪分子”，或者为了平所谓“民愤”，就轻罪重判。应当树立量刑不适当便是错判的观念，养成科学、严谨的量刑态度。

其次，要树立刑罚“平等”的理念。刑罚平等首先要求法官行使自由裁量权时要公正无偏。我国刑法对法定刑的规定，一般都有一定的幅度，从而为法官在量刑时自由裁量提供了必要的空间。只要法官根据具体的案情及行为人的人身危险性等情况，在法定的量刑幅度内决定宣告的刑罚，有利于实现刑罚的目的，实现刑罚的个别化，那就是公平的，也是公正的。刑罚平等是一个相对的概念，不能绝对化。司法实践中没有完全相同的犯罪。即使罪行基本相同，罪犯的个人情况往往也不尽相同，相同的刑罚对于罪犯的惩罚和教育效果也不一样，如果单纯、机械地追求形式上的刑罚平等，往往造成实质上的不平等。刑罚平等还要求刑罚适用具有相对的确定性，法官的量刑活动具有一定的参考标准，以避免相似的犯罪适用刑罚严重失衡。由于我国各地经济、社会发展不平衡，地域差异、民族差异很大，一些相似的案件，在不同的地区量刑结果可能会有所差异，这是正常的，也符合法律规定和司法活动的规律。但是，如果一个时期与另一个时期之间、一个地区与另一个地区之间甚至同一个法院在同一时期内的不同判决之间，在量刑上畸轻畸重、过于悬殊，这就不符合刑罚平等的要求了，这个问题必须引起我们高度的重视，下大力气予以解决。我国有些地方如江苏、上海、四川也搞了一些规范量刑的指导性意见。但从全国范围讲，量刑标准和规则体系尚不完备，尤其是刑法修订后增加的许多新罪名，基本上没有操作性强的量刑标准，法官的量刑实践经验也缺乏科学总结，这也是导致量刑失衡长期存在的重要原因。今后，我们一方面应加强调查研究，在进一步总结司法经验的基础上，制定一些司法解释性的规

范性文件，规范量刑；另一方面，通过加强上级法院对下级法院的指导，特别是最高法院对下级法院的监督、指导力度，并逐步建立案例指导制度，规范量刑标准、完善量刑体制。

第三，要树立刑罚“效益”的理念。刑罚的效益是指在惩治和预防犯罪的活动中，用最少的经济投入取得最大的经济效益和社会效益，就是刑罚预防犯罪和改造犯罪人的实际成效。刑罚适用、执行和刑事体制、设施的运行，国家需要投入大量的人力、物力。滥用刑罚不但增加了国家财政负担，而且可能强化犯罪人的反社会情绪，影响改造效果，人为地增大了再犯罪可能性和再犯危害性。我们不应将执法和司法活动的重点放在依赖重刑威慑上。我赞成这样的观点：刑罚的真正价值并不在于惩罚的残酷性，而是在于惩罚的不可避免性。刑罚的严厉性应该限定在为实现其价值目标而绝对必需的程度。超过此限，不仅浪费刑罚资源，而且也损害了刑罚的公正。我们应当合理地配置刑罚资源，尽量扩大现行刑法中的缓刑、管制、单处罚金等符合行刑社会化要求的刑罚执行制度和刑罚方法，并探索在社会控制相对弱化情况下如何发挥其应有作用。

第四，要树立刑罚“人道”的理念。刑罚人道是指刑罚的适用应当尊重和维护人的价值、尊严和各种权利，并尽可能地轻缓，不得滥施刑罚。刑罚人道的核心是保护和尊重人权。在我国，“国家尊重和保护人权”已正式写入根本大法——宪法中。1997年和1998年，我国政府签署了《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》。2002年全国人大已正式批准进入《经济、社会、文化权利国际公约》。按照我国宪法和人权保护国际两公约的要求，政府有法律责任保护公民基本权利，包括在刑罚适用中尊重和保护人权。虽然总体上我国的刑法是符合人道的理念的，没有规定任何残酷或侮辱人格的刑罚。但是随着经济发展和社会进步，人们的权利意识不断增强，对权利保护的要求也不断提高，我国的刑事司法制度特别是刑罚

制度还需要进一步改进。比如，刑罚适用中应如何看待犯罪数额与量刑关系？将犯罪数额与量刑直接对应，人的自由和生命都折算为经济价值，这是否符合刑罚人道的理念？我国刑法一般以犯罪数额作为财产犯罪定罪量刑的标准，规定了相对确定的量刑幅度。这种刑罚的轻重直接取决于犯罪数额的做法，是与由于经济不发达造成的人与物的关系异化状态相关联的，反映了一种非人化的“物质中心论”的价值取向。这在物质财富极度匮乏导致人的生存危机成为压倒一切矛盾的时代也许还有一定的合理性，但是，随着物质财富的日益增加，特别是人们对物质与文明关系的认识不断深化，人的自由价值逐渐地从异化中解脱出来而获得其独立性，以人的自由和尊严为中心的价值取向日益凸显，逐渐成为代表现代文明的主流价值观，将刑罚尤其是自由刑直接对应于犯罪数额的做法也将失去其存在的合理性和社会基础。我们应当高度重视这种变化，并顺应时势，在刑罚适用上作出一些必要的政策调整，在具体的定罪量刑实践中加以体现。

科学的理念是科学价值观的基础。树立现代刑事司法理念既是坚持科学的刑罚适用价值观的需要，也是正确适用刑罚的前提和保障。司法审判的过程有时也是一个价值博弈的过程。当法官面临两种价值的冲突，必须作出判断和选择的时候，刑事司法理念不同的法官在刑罚适用问题上就会有不同的价值取向，往往造成案件处理上的截然不同的后果甚至是生死之别！只有树立和普及现代刑事司法理念，法官才能面对不断发展的社会现实和观念，通过解释法律和自由裁量，赋予法律“活”的生命和灵魂，才能实现法律自身的公平和正义。

仅以此文祝贺马老先生的八十寿辰，并感谢老先生长期以来给予司法实践部门的支持和帮助。

目 录

树立现代刑事司法理念,坚持科学的刑罚价值取向(代序)

——贺马克昌先生八十华诞 刘家琛(1)

(一)

论恐怖主义犯罪的历史类型及认定 段兰玲(3)

经济犯罪概念再探析 王敏、刘爱童(18)

刑法情节立法根据论 逢锦温(29)

论单位犯罪主体范围的确定 李 进(40)

单位犯罪认定中的几个问题 王志辉(51)

村民委员会等基层组织人员职务犯罪

主体资格的法律识别 柳正权(72)

常习犯若干问题研究 汪进元、杨志民(83)

(二)

我国反洗钱国际合作的现状、

问题与对策 徐汉明、贾济东(95)

金融诈骗罪相关问题探讨 徐正翔、安 翱(106)

金融诈骗罪若干问题研究 张泗汉(118)

试析绑架罪与非法拘禁罪的区别与认定 李 军(129)

黑社会性质组织犯罪若干问题研究 范德浩、刘 芳(137)

论黑社会性质组织罪名的局限性	刘光圣(149)
斡旋受贿犯罪的理性分析	张卓立(157)
论滥用职权罪认定中的两个问题	孙应征(166)

(三)

论少年司法中协商性司法模式的价值	李少平(195)
论未成年人犯罪的法律适用问题	刘汉强、苏 滨(217)

(四)

论量刑适当	康为民、程新生(243)
论监狱机关的自由裁量权	张 坚(258)
论自首制度的功利性本质	田双鄂、余立进(267)
对余罪自首司法解释的质疑	赵铁民、陈江波(276)
死刑存废之间——中国死缓制度的理论与实践	张正新(284)
死刑问题探讨	周文轩(298)
论死刑核准权的收回与死刑复核程序的完善	周道鸾(314)
对我国刑法中死刑制度的反思	王 龙(332)
关于我国短期自由刑问题的探析	单长宗(342)
简论我国罚金刑的适用	陈晓枫、邓永清(370)
析导致财产损失的交通事故行为	
定罪量刑标准	韩 凌、张继林(381)
论渎职犯罪经济损失的认定	谭 芳(393)
滥用职权、玩忽职守损失问题研究	严红兵(401)
论非刑罚处罚方法	朱 俊(412)

(五)

现代免证权与“亲亲相隐”	千朝端(427)
刑事超期羁押现状分析与反思	胡兴儒(439)
论逮捕与人权保障	孙 谦(448)

完善刑事诉讼制度若干问题思考	张 军(468)
我国刑事附带民事诉讼制度的设计缺陷及 重构之设想	湛鸿伟、贾伟杰(490)
论死刑案件的辩护技能	刘少雄(507)
后记	(516)