

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 47

◆ 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

死刑问题专栏

【阴建峰 宋大伟】

论死缓变更执行死刑的条件

【储槐植 王亚凯】

论案外情节对毒品犯罪死刑适用的影响

中国刑法

【陈 冉】

科技背景下医事刑法应对的基本立场

【莫洪宪 周天泓】

虚假诉讼罪的基本问题

外国刑法

【〔德〕克劳斯·梯德曼 著 周遵友 译】

经济刑法的概念和历史发展

比较刑法

【庞冬梅】

中俄反腐败法律规制体系比较研究

犯罪学与刑事政策

【何荣功】

“反腐”国家战略与刑事政策的法治转型



2016年第3卷

第47卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 47

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主 编

■ 阴建峰 / 副主编

■ 张 磊 彭新林 苏明月 / 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. 2016 年. 第 3 卷: 总第 47 卷 / 赵秉志主编. —北京: 法律出版社, 2016. 12

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0533 - 6

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(2016)第 324981 号

刑法论丛(2016 年第 3 卷·
总第 47 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 黄倩倩 张发靖
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2016 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 杨昆玲

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 18.125 字数 511 千

印次 2016 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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)

网址/ www. lawpress. com. cn

投稿邮箱/ info@ lawpress. com. cn

举报维权邮箱/ jbwq@ lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆分公司/023 - 67453036

深圳分公司/0755 - 83072995

西安分公司/029 - 85330678

上海分公司/021 - 62071010/1636

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0533 - 6

定价: 78.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

〔死刑问题专栏〕

- 1 论死缓变更执行死刑的条件 阴建峰 宋大伟
- 17 论案外情节对毒品犯罪死刑适用的影响
..... 储槐植 王亚凯
- 44 受贿罪的死刑适用标准研究
——以 1997 年《刑法》颁布以来省部级高官
受贿罪死刑案件的实证研究为切入点
..... 李冠煜 马 圣
- 75 贪污、受贿犯罪终身监禁规定妥当性反思 陈劲阳

〔中国刑法〕

- 98 刑法适用与刑法教义学的向度 胡选洪
- 118 报应主义的历史梳理 金翼翔
- 166 被害人同意中法益的内涵与刑法家长主义 宋 盈
- 189 论故意不法先前行为人的作为义务 温登平

229	我国教唆犯法律性质新论	李鄂贤 徐 颖
256	价值维度下刑罚目的之探	邱帅萍
276	论坦白的处遇	吴占英
302	科技背景下医事刑法应对的基本立场	陈 冉
322	强制猥亵罪视野下强奸男性行为的定性 ——以《刑法修正案(九)》第13条第2款 为核心	王德政
336	虚假诉讼罪的基本问题	莫洪宪 周天泓
	〔外国刑法〕	
359	论西欧中世纪刑法的理性因素及其在现代 各法系中的投射	熊 琦
398	经济刑法的概念和历史发展 [德]克劳斯·梯德曼 著 周遵友 译	
416	意大利刑法中的受害人同意	李 超 杨 超
	〔比较刑法〕	
433	中俄反腐败法律规制体系比较研究	庞冬梅
	〔国际刑法〕	
485	互联时代的微恐怖主义及其治理 ——兼评《刑法修正案(九)》和《反恐 主义法》相关条款	皮 勇 杨森鑫
	〔犯罪学与刑事政策学〕	
513	“反腐”国家战略与刑事政策的法治转型	何荣功
529	未成年人恢复性司法的应然与实然	马丽亚

〔学术信息〕

552

合力构建企业家刑事风险防控机制

——企业家刑事风险防控与经济发展高端论坛

第四届年会暨《2015 中国企业家刑事风险

报告》发布会综述 …………… 张 超 张远煌

CONTENTS

[Special Column for Death Penalty]

On Conditions of Changing Suspended Death Sentences to Immediate Execution	Yin Jianfeng& Song Dawei	1
The Influence of Circumstances Outside the Case on the Use of the Death Penalty for Drug Crimes	Chu Huaizhi & Wang Yakai	17
A Study on Applicable Standards of Death Penalty for Bribery Crimes; Taking An Empirical Study On Death Penalty Cases Involving Provincial and Ministerial Level Officials Who Committed Bribery Crimes Since the Promulgation of Criminal Law in 1997 As the Breakthrough Point	Li Guanyu & Ma Sheng	44
Life Imprisonment Regulations of Embezzlement and Bribery Crimes	Chen Jinyang	75

[Chinese Criminal Law]

The Application of the criminal law and Dimension of the Dogmatic of Criminal Law	Hu Xuanhong	98
History of Retributivism	Jin Yixiang	118
The concept of legal Interest in Victims Doctrine and Criminal Paternalism	Song Ying	166

The Obligation of the Deliberately Illegal Actor Creating a Dangerous Condition	Wen Dengping	189
Another Discussion on the legal Character of Abettor in China	Li Exian & Xu Ying	229
Study on the Purpose of Penalty from Value Dimension	Qiu Shuaiping	256
On the Treatment of Confession	Wu Zhanying	276
How to deal with the medical crimes in the Era of Science and Technology	Chen Ran	302
The qualification of the conduct of raping a man in the horizon of the crime of forcedly molesting —Consider the 2 nd section of the 13 th article in the 9 th amendment of criminal law as a core	Wang Dezheng	322
The Basic Problems of the Crime of False Litigation	Mo Hongxian & Zhou Tianhong	336
[Foreign Criminal Law]		
On Rational Elements of the Medieval Criminal Law and their Embodiment in Modern Legal Systems	Xiong Qi	359
Conception and Historical Development of Economic Criminal Law	Written by Klaus Tiedemann, translated by Zhou Zunyou	398
Consent of the Victim in Italy Criminal Law	Li Chao & Yang Chao	416
[Comparative Criminal Law]		
The comparative analysis of the anti-corruption legal system in Russia and China	Pang Dongmei	433

[International Criminal Law]

Research on the Small-scale Terrorism and Its Governance

in the Age of the Internet

—Comment on relevant provisions of 9th Amendment of
the Penal Code and Anti-Terrorism Law

..... Pi Yong & Yang Miaoxin 485

[Criminal Policy]

Transformation of Criminal Policy For Anti-corruption

From the Perspective of The Rule of Law He Ronggong 513

Ideal and Factual Construction of Juvenile Restorative

Justice Ma Liya 529

[Academic Information]

Constructing A Prevention and Control Mechanism of

Entrepreneurs' Criminal Risk Through Joint Efforts

..... Zhang Chao & Zhang Yuanhuang 552

[死刑问题专栏]

论死缓变更执行死刑的条件*

阴建峰** 宋大伟***

目 次

- 一、前言
- 二、死缓变更执行死刑条件的立法演进
- 三、死缓变更执行死刑条件再修订之立法价值
- 四、死缓变更执行死刑条件修订后的制度缺憾
- 五、死缓变更执行死刑条件的再完善
- 六、结语

一、前 言

在我国当下仍保留死刑的前提下,死缓作为我国独有的一种刑罚制度,无疑是有效减少死刑执行数量并保持死刑威慑力的良好方式,其在严格限制死刑适用中正发挥着越来越大的价值。尽管在性质上同属

* 基金项目:欧盟民主与法治促进项目(EIDHR/2012 /297 - 072)“中国死刑适用的司法限制”。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师,北京师范大学死刑研究国际中心副主任。

*** 北京师范大学刑事法律科学研究院硕士研究生。

于死刑,死缓之执行方式却可赋予死刑尽可能不消灭犯罪人生命的选择性,也使得死刑立即执行之方式具有可替代性,从而成为刑法上消灭生命与保存生命之间的缓冲区。而死缓变更执行死刑的立法设置,则为犯罪人由生而死预留了一道“暗门”。鉴于这一“生死攸关”的问题不仅关涉死缓制度立法初衷的实现,也涉及罪责刑相适应原则的遵循以及宽严相济刑事政策的贯彻,立法机关遂多次根据社会情势的变化和司法实践之反馈对相关条款进行了修订。立足于既往的修订,《刑法修正案(九)》第2条就此将《刑法》第50条第1款进一步修改为:“判处死刑缓期执行的,在死刑缓期执行期间,如果没有故意犯罪,二年期满以后,减为无期徒刑;如果确有重大立功表现,二年期满以后,减为二十五年有期徒刑;如果故意犯罪,情节恶劣的,报请最高人民法院核准后执行死刑;对于故意犯罪未执行死刑的,死刑缓期执行的期间重新计算,并报最高人民法院备案。”诚然,此一修改体现了立法者意图提高死缓变更执行死刑的门槛,以进一步严格限制死刑的适用。但毋庸讳言,这一最新立法修改亦非尽善尽美,仍有进一步探讨并继续予以修改完善之空间。本文拟通过梳理死缓变更执行死刑条件的“前世今生”,剖析新修订条款的立法价值及其缺憾,力图为死缓变更执行死刑制度的后续完善建言献策。

二、死缓变更执行死刑条件的立法演进

(一)死缓变更执行制度溯源

尽管有学者认为我国死缓制度最早可以追溯到中央苏区时期,但学界通说认为,死缓制度产生的标志应是中共中央于1951年5月8日发布的《关于对犯有死罪的反革命分子应大部分采取判处死刑缓期执行政策的决定》。^①该决定对于犯有死罪的大部分反革命分子采取“判处死刑、缓期二年执行、在缓刑期内强制劳动、以观后效的政策”。这

^① 吕天奇:《毛泽东死缓思想的现代启示》,载《社会科学家》2014年第12期。

一提法不仅已接近当代死缓制度的准确称谓,同时亦对死刑缓期二年执行的适用条件、适用对象等做出了明确的规定。而且,此处所谓“以观后效”,实际上便是死缓变更执行死刑制度的缘起,亦即在确立死缓制度的同时,又为死缓变更执行死刑留下了余地。1954年9月的《中华人民共和国刑法指导原则草案》吸纳了上述决定精神,草案第10条第2款规定:“对于判处死刑的罪犯,如果不是必须立即执行的,可以宣告缓期二年执行,在监管中强迫劳动改造,以观后效。缓刑期间如果真诚悔改,经人民法院裁定,可以减为无期徒刑或者十年至十五年的有期徒刑;缓刑期间,如果拒绝改造,或者发现新的重大罪证,经人民法院裁定报请核准后,应当执行死刑”。这一规定为此后的历次刑法草案所承袭,只是在表述上略有变化,并将死刑的核准权赋予了最高人民法院。

(二)1979年《刑法》所确立的死缓 变更执行死刑之条件

正是立足于以往的草案精神,1979年《刑法》第46条规定:“判处死刑缓期执行的,在死刑缓期执行期间,如果确有悔改,二年期满以后,减为无期徒刑;如果确有悔改并有立功表现,二年期满以后,减为十五年以上二十年以下有期徒刑;如果抗拒改造情节恶劣、查证属实的,由最高人民法院裁定或者核准,执行死刑”。这是我国首次通过刑法立法确立了死缓变更执行死刑制度。

当时,学者们对所谓“抗拒改造情节恶劣”曾有着不同的理解,大致可分为违法说、新罪说、重罪说三种主张。“违法说”论者主张,只要有不认罪伏法、妨害其他罪犯改造的行为,均应视为“抗拒改造情节恶劣”;^①“新罪说”论者认为,违反监规以及故意犯新罪的行为均属于“抗拒改造情节恶劣”;^②而主张“重罪说”者则认为,只有故意犯有脱

① 参见袁作喜、崔庆森:《略论死刑缓行》,载《法学论文集》中国法学会1981年编印。

② 参见赵长青:《死缓犯抗拒改造情节恶劣》,载《法学研究》1985年第1期。

逃、组织越狱等严重新罪的行为,才属于“抗拒改造情节恶劣”。^①

比较而言,“重罪说”为更多学者所采纳。在司法实践中,一般也是将所谓“抗拒改造情节恶劣”限定为死缓犯重新犯故意杀人、故意伤害、组织越狱、逃脱拒捕等严重新罪。^②不过,也有学者对明显有限制解释意味的“重罪说”予以质疑,认为违法说虽不符合限制死刑的立法意图,但符合刑法条文的立法本意。^③我们认为,对于“抗拒改造情节恶劣”的真实含义应结合死缓制度最初提出的背景来探究。死刑缓期执行之政策设想是毛泽东同志基于新中国成立初期甚为突出的阶级矛盾,为了巩固党的执政地位、稳定国家社会、推动经济发展而提出,其主要思想是能少杀就少杀,以集中人力、物力进行社会经济建设。因此,在其提出的“死缓”政策构想中,“抗拒改造情节恶劣”应该是有较高标准的。而“重罪说”充分考虑到了服刑人员在死缓考验期间所犯新罪主客观的统一,标准定位较为准确,有相当的合理性。

当然,1979年《刑法》中上述规定的缺陷也是显而易见的,主要还是在对“抗拒改造,情节恶劣”的界定缺乏明确的标准。尽管在颁行之初,这一规定对于限制死刑立即执行的适用收效显著,但由于其含义不够明确,又欠缺相关的司法解释,导致在司法实践中掌握不一,尤其是随着20世纪80年代“严打”的开展,死缓变更执行死刑的标准在理解与把握上出现了扩大化的倾向,甚至有部分司法实务人员认为,只要有情节恶劣的违反监规或不服从监管规定的行为,都可视为“抗拒改造情节恶劣”,以致在实务中不恰当地执行了一些本不该被复核的死刑。^④可见,立法上的模糊实际上已将死缓变更执行死刑的标准和条件异化为扩大化的法官自由裁量。

① 参见林准主编:《中国刑法教程》,人民法院出版社1994年版,第145页。

② 参见高铭暄主编:《刑法学原理》(第3卷),中国人民大学出版社1994年版,第563页。

③ 参见何显兵:《死缓制度研究》,中国政法大学出版社2013年版,第256页。

④ 参见郁勇、曹玉江:《死缓变更死刑相关立法问题研究》,载《法学杂志》2012年第8期。

(三)1997年《刑法》中的死缓变更执行死刑之条件

鉴于1979年《刑法》关于死缓制度尤其是死缓变更执行死刑的规定不明确已引致重重问题,1997年《刑法》第50条遂将之修改为:“判处死刑缓期执行的,在死刑缓期执行期间,如果没有故意犯罪,二年期满以后,减为无期徒刑;如果确有重大立功表现,二年期满以后,减为十五年以上二十年以下有期徒刑;如果故意犯罪,查证属实的,由最高人民法院核准,执行死刑。”该规定立足于1997年以前我国的司法实践,将“抗拒改造情节恶劣”修改为“故意犯罪”。据此,死缓变更为死刑立即执行的条件有三:一是存在故意犯罪,如果是过失犯罪或者其他违反监规的行为,则不能变更为死刑立即执行。这从一定程度上明确了死缓变更执行死刑的适用标准,具有相当的可操作性。二是故意犯罪已经司法机关查证属实。三是经由最高人民法院核准。

可以说,1997年《刑法》的上述修改克服了死缓变更执行死刑客观标准不明确的问题,在一定程度上也起到了限制死刑适用的作用。但是,也有部分论者对此提出质疑,认为如此修改不利于犯罪分子的悔罪和改造。因为犯罪人在刑罚执行期间可能涉及的犯罪虽极其有限,但情况却相当复杂,如果对案件的具体情节不管不问,一律依法核准死刑,有违以改造和教育为主的死缓制度理念,也与罪责刑相适应原则相左,甚至会使犯罪人产生消极抵触情绪。^①有学者甚至认为,上述修改实际上扩大了死刑的适用,因为其对死缓变更执行死刑条件的掌握采取了更低的标准。^②其主要理由在于,原本对于1979年《刑法》“抗拒改造情节恶劣”采取的是“重罪说”,只限于犯有故意杀人、故意伤害、组织越狱、逃脱拒捕等严重新罪,但经1997年《刑法》修改并以“故意

^① 参见郁勇、曹玉江:《死缓变更死刑相关立法问题研究》,载《法学杂志》2012年第8期。

^② 参见肖中华:《我国死缓制度的司法适用及相关立法评析》,载《国家检察官学院学报》2003年第6期。

犯罪”取代后,意味着只要死缓犯再故意犯新罪,即可变更为死刑立即执行。

的确,死缓变更执行死刑制度的确立,旨在严格限制死刑的适用,并将那些不服从教育改造且仍具严重人身危险性的犯罪分子执行死刑。但是,1997年《刑法》的上述修改显然没有充分考虑服刑人员再犯罪的不同情况,其限制死刑适用之立法初衷未能得到更好的体现。因为故意犯罪的表现形式多样,一律变更为死刑立即执行,不仅无法为限缩解释留下空间,也陷入了法律教条主义之窠臼。这也是《刑法修正案(九)》进一步对之予以修订之缘由。

三、死缓变更执行死刑条件再修订之立法价值

《刑法修正案(九)》第2条对《刑法》第50条第1款死缓变更执行的修改主要体现为两个方面:一是将死缓变更执行死刑的条件由“故意犯罪”修订为“故意犯罪,情节恶劣的”,从而提高了死缓变更执行死刑的门槛;二是规定“对于故意犯罪未执行死刑的,死刑缓期执行的期间重新计算,并报最高人民法院备案”,从而增设了死刑缓期执行期间重新计算制度,^①也为死缓制度增加了新的法律后果。其立法价值主要体现在如下几个方面:

其一,这一修改体现了刑法立法和修改的历史传承与发展。如前所述,1979年《刑法》将死缓犯执行死刑的标准确定为“抗拒改造、情节恶劣”,明确了死缓犯执行死刑的主观方面的要求,突出主观恶性和人身危险性。1997年《刑法》中将“抗拒改造、情节恶劣”修改为“故意犯罪”,侧重明确了死缓变更执行死刑的客观方面的要求,突出客观危害性。而《刑法修正案(九)》的这一修改,旨在综合考虑死缓犯执行死刑的主客观方面,进一步严格限制死缓变更执行死刑,彰显了对1979年《刑法》和1997年相关立法精神的继承与发展。

^① 参见赵秉志:《中国死刑立法改革新思考——以〈刑法修正案(九)〉(草案)》为主要视角》,载《吉林大学社会科学学报》2015年第1期。

其二,这一修改契合了我国当下死刑改革之时代旋律,体现了对死缓犯限制执行死刑的实务状况的关切,提高了死缓变更执行死刑的门槛。因为“情节恶劣”的要求极大程度上排除了对情节较轻的故意犯罪变更执行死刑的可能。这一规定能有效地纠正实践中部分死缓犯由于在监狱内盗窃或者反抗牢头狱霸的欺压而实施的轻伤害犯罪等行为,进而被一律不加区分的执行死刑的处理方式。

其三,这一修改不仅彰显了“严格限制和慎用死刑”的死刑政策,也是对宽严相济刑事政策的切实贯彻。具体而言:首先,死缓制度适用的不同结局体现了“该严则严,当宽则宽”的要求。我国《刑法》第50条第1款对于被判处死缓的罪犯,根据罪犯在死刑缓期执行期间不同的情形和表现,设置了四种截然不同的处理结局,分别为减为无期徒刑、减为25年有期徒刑、执行死刑和死刑缓期执行的期间重新计算。通过在死刑缓期执行期间内对罪犯进行全面、客观地考察,评估其人身危险性和社会危害程度,从而进一步加以区别对待,有针对性地给予轻重不同的处罚,无疑与“该严则严,当宽则宽”的要求相符合。^①其次,死缓变更死刑立即执行制度的设置充分体现了“宽严互补,宽严有度”的要求。判处死缓一定程度上已经是“宽”的表现,通过变更执行制度的规定还可以看出,我国刑法对待判处死缓的犯罪分子并不是一味的纵容。对那些人身危险性高,抗拒改造,死缓考验期间仍故意犯罪且情节恶劣的犯罪分子,核准死刑是“严”的处理。这无疑体现了“宽严互补,宽严有度”。最后,这一修正亦体现了“审时度势,以宽为主”的要求。立足于当下死刑改革的时代背景,这一规定对于死缓犯在考验期内故意犯罪的情形作了进一步区分,只有对那些故意犯罪、情节恶劣的犯罪分子才核准死刑,对那些虽有故意犯罪但情节较轻的犯罪分子则重新计算死缓执行期间。这一提高死缓犯变更执行死刑门槛的配套措施,既能够对实施故意犯罪、情节较轻的死缓犯起到惩戒的作用,又能有效地安抚这些死缓犯,避免其做出具有更大危害性的行为,从而充分体现了区别对待的原则,彰显了“以宽为主”的政策精神。

① 常凯:《死缓制度立法改进问题研究》,硕士学位论文,北京师范大学,2015年。

四、死缓变更执行死刑条件修订后的制度缺憾

死缓变更执行死刑条件修订后的制度并不是完美无缺的,依然存在以下几点缺憾:

首先,“情节恶劣”的表述过于概括、抽象,其限制死缓变更执行死刑的作用有限。我们知道,情节的内涵复杂、外延模糊,既有定罪情节,也有量刑情节;既有罪中情节,也有罪前情节和罪后情节;既有主观情节,也有客观情节。因此,究竟何谓“情节恶劣”,理论界肯定会出现不同的理解。而且,“恶劣”也是一种抽象的描述,不具有严格的限定价值。对于何谓“情节恶劣”,最终只能由最高人民法院根据社会形势和案件的情况综合判定,且很难防止其不出现扩大化的倾向。因为我们知道,死刑改革是一个政治性非常强的系统工程。领导人开明,则死刑改革就会走得更远。既往的死刑改革进程已非常充分地说明了这一点。立法上确立“情节恶劣”之模糊标准,而将解释权赋予最高人民法院,这就意味着最高司法机关执掌者的态度,有时会决定死刑适用的严格限制程度。一旦保守的执掌者上台,势必会降低对“情节恶劣”的界定标准。从这个角度来看,以“情节恶劣”这样的模糊标准作为死缓变更执行死刑的条件,有可能为死刑的扩大执行留下方便之门,其对死缓犯变更执行死刑的限制意义具有或然性。更何况,死缓犯在考验期内故意犯罪的情况本就鲜见,实施故意犯罪而情节恶劣的则少之又少,旨在通过“情节恶劣”来限定死缓变更执行死刑,尽管用意良善,但其效果甚为有限。

其次,“情节恶劣”之表述似与刑法中这一术语使用的立法惯例不符,容易导致误解。从现行《刑法》来看,共有10个条款11处使用了“情节恶劣”的表述。具体包括:第133条危险驾驶罪;第236条强奸罪;第250条出版歧视、侮辱少数民族作品罪;第255条打击会计、统计人员罪;第260条虐待罪;第261条破坏选举罪;第293条寻衅滋事罪;第443条虐待部属罪;第444条遗弃伤病军人罪;第448条虐待俘虏罪。除了第236条第3款将“情节恶劣”作为加重情节外,其他条款均