

刑事法前沿

NEW REPORTS IN CRIMINAL LAW

(第四卷)

主编 陈泽宪



中国人民公安大学出版社

PHCPPSU

D914.04-53/2

:4

2008

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

(第四卷)

NEW REPORTS IN CRIMINAL LAW

主 编 陈泽宪

执行主编 邓子滨

撰 稿 人 (以姓氏拼音为序)

[德] 汉斯·约格·阿尔布莱希特

卞建林 陈泽宪 蔡桂生 邓子滨

杜 宇 [美] 马库斯·德克·达博

[澳] 菲奥娜·大卫 董玉庭 董进宇

[澳] 安娜·格兰特 宫晓冰 黄 芳

蒋熙辉 [澳] 布瑞·库克 劳东燕

刘仁文 李海灵 彭海青 屈学武

石经海 王敏远 王越飞

[爱] 威廉·A·夏巴斯 熊秋红

[韩] 许一泰 杨 柳 于佳佳

张明楷 张绍彦 赵秉志 朱立恒

周振杰

翻 译 人 (以姓氏拼音为序)

樊 文 郝银钟 金玄卿 徐久生

杨 萌 周 耀

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. 第四卷/陈泽宪主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 1

ISBN 978 - 7 - 81109 - 978 - 2

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 003755 号

刑事法前沿 (第四卷)

NEW REPORTS IN CRIMINAL LAW

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: 2008 年 1 月第 1 版

印 次: 2008 年 1 月第 1 次

印 张: 30.25

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 575 千字

印 数: 0001 ~ 2000 册

ISBN 978 - 7 - 81109 - 978 - 2/D · 923

定 价: 68.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

Contributors

Zexian Chen (Chief editor) : Professor with Centre for International Law Studies of Chinese Academy of Social Sciences (CASS)

Zibin Deng (Acting editor) : Professor with Institute of Law , CASS

Mingkai Zhang : Professor with University of Qinghua

Jianlin Bian : Professor with China University of Politics and Law

Yuting Dong : Professor with Heilongjiang University

Jiusheng Xu : Professor with China University of Politics and Law

Dongyan Lao : Professor with Qinghua University

Minyuan Wang : Professor with Institute of Law , CASS

Xuewu Qu : Professor with Institute of Law , CASS

Qihong Xiong : Professor with Institute of Law , CASS

Shaoyan Zhang : Professor with Institute of Law , CASS

Renwen Liu : Professor with Institute of Law , CASS

Fang Huang : Professor with Institute of Law , CASS

Xiaobing Gong : Former Chief of Lawyer Department of Ministry of Justice , China

Yinzhong Hao : Judge of Supreme People's Court , China

Yuefei Wang : Vice – President and Judge of Shijiazhuang Intermediate People's Court , China

Hans – Jorg Albrecht : Professor with Max-Planck-Institute for Foreign and International Criminal Law , Germany

William A. Schabas : Professor with Irish Centre for human rights

Hoh Il – Tae : Professor with Dong – A University , Korea

Markus Dirk Dubber : Professor with University of New York State , U. S. A

Bree Cook : Australian Institute of Criminology

Fiona David : Australian Institute of Criminology

Anna Grant : Australian Institute of Criminology

Jinghai Shi : Associate Professor with Southwest University of Politics and Law

Haiqing Peng : Associate Professor with Xiangtan University

Liheng Zhu: Associate Professor with Hunan Normal University

Jinyu Dong: Associate Professor with Jilin University

Yu Du: Assistant Professor with Fudan University

Wen Fan: Assistant Professor with Institute of Law, CASS

Xuanqing Jin: Assistant Professor with Renmin University of China

Xihui Jiang: J. S. D, Institute of Law, CASS

Zhenjie Zhou: Doctor Candidate with Institute of Law, CASS

Guisheng Cai: Doctor Candidate with Beijing University

Haijiong Li: Doctor Candidate with Institute of Law, CASS

Liu Yang: Doctor Candidate with Institute of Law, CASS

Meng Yang: Doctor Candidate with Munich university, Germany

Jiajia Yu: LL. M. student with Beijing University

Yao Zhou: LL. M. student with China youth college of politics

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

2003年11月18日于北京

目 录

卷首语·····	陈泽宪 / 1
----------	---------

【立法改革】

· 中国死刑案件二审程序的完善·····	王敏远 李海灵 / 3
· 当代中国刑罚制度改革论纲·····	赵秉志 / 14
· 韩国对滥用指控现象的解除对策·····	[韩] 许一泰 / 31
· 公司社会责任之强化与刑事立法完善·····	蒋熙辉 / 43
· 发挥中国律师在构建和谐社会的政治功能之思考·····	宫晓冰 / 60
· 论《联合国打击跨国组织犯罪公约》与我国刑事立法的完善·····	黄 芳 / 74

【刑法理论与实务】

· 赌博罪基本问题探究·····	张明楷 / 93
· 论刑法结构·····	刘仁文 / 113
· 规范的保护目的与结果加重犯的界定·····	劳东燕 / 126
· 期待可能性理论的新课题·····	杜 宇 / 139
· 虚拟财产保护的刑事法理思考·····	周振杰 / 151
· 澳大利亚的侵害版权犯罪·····	于佳佳 / 164
· 就一起故意毁坏财物案向虚拟陪审团所作的辩护·····	邓子滨 / 187

【刑罚理论与实务】

· 社区矫正目标及其刑事政策分析·····	张绍彦 / 195
· 积极的一般预防与法益理论·····	[美] 马库斯·德克·达博 / 207
· 法官刑事自由裁量权考·····	董玉庭 董进宇 / 233
· 量刑方法反思·····	王越飞 / 247

【诉讼法理论与实务】

· 刑事程序中“诉”的功能思考·····	卞建林 / 259
· 秘密侦查与隐私权之保护·····	熊秋红 / 270
· 论滥用诉讼·····	陈泽宪 石经海 / 311

2 刑事法前沿

- 公正审判权的思想渊源····· 朱立恒 / 320
- 令状主义及其适用程序初探····· 彭海青 / 332
- 海峡两岸刑事司法协助制度之构建····· 杨 柳 / 346

【犯罪学理论与实务】

- 有组织环境犯罪：概念、规模和结构
····· [德] 汉斯-约格·阿尔布莱西特 / 363
- 澳大利亚被害人援助发展历程
····· [澳] 布瑞·库克、菲奥娜·大卫、安娜·格兰特 / 381

【国际刑法】

- 补充性的适用：国际刑事法院的创新出路还是陷阱？
····· [爱] 威廉·A·夏巴斯 / 393
- 国家国际刑事责任研究····· 蔡桂生 / 414
- 《联合国反腐败公约》实施机制及其国内施行方略研究 ··· 屈学武 / 433

【附 录】

- 第四届刑事法前沿问题研讨会综述····· 石经海 / 453

CONTENTS

Preface	/ 1
I. Legal Reform	
• Second instance of trial in death penalty casesn of China	/ 3
• Contemporary Reform of Penalty System in China	/ 14
• The counter-measures to accusation-abuse in Korea	/ 31
• Corporation's social responsibility and Criminal Legislation	/ 43
• Political function of layers in buiding a harmonious society	/ 60
• United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and Criminal Legislation in China	/ 74
II . Criminal Law	
• Basic issues of the crime of gamble	/ 93
• The structure of criminal law	/ 113
• The protective objective of norms and the definition of aggregated consequential offences	/ 126
• New topics of the theory of probability of anticipation	/ 139
• Reflections on Dummy property protection	/ 151
• Crime of Infringe upon copyright in Australia	/ 164
• A presentation of defense counsel in destroying property case to a fictitious jury	/ 187
III . Penalty and Policy	
• The standard of community correction and criminal policy	/ 195
• Positive general deterrence and the theory of legal interests	/ 207
• The discretonal power of judge in criminal cases	/ 233
• Rethinking of Methodology for sentencing	/ 247
IV . Criminal Justice	
• Reflections on the functions of suit in criminal justice	/ 259

• Secret investigation and the protection of privacy	/ 270
• Abuse Lawsuits	/ 311
• The theoretical sources of the right to fair trial	/ 320
• The principle of writ and its procedure	/ 332
• Criminal Judicial Assistance System between Mainland and Taiwan of China	/ 346

V. Criminology

• Organized environmental crimes	/ 363
• Policies and programs for victims of crime in Australia	/ 381

VI. International Criminal Law

• Complementarity in Practice: Creative Solutions or a Trap for the Court?	/ 393
• The international criminal liability of state	/ 414
• Corruption and the application tactic in China	/ 433

VII. Appendix

• Overview on “The Fourth Symposium of New Reports in Criminal Law ”	/ 453
---	-------

立法改革

中国死刑案件二审程序的完善^①

王敏远^② 李海灵^③

【内容提要】我国对死刑第二审案件，因一直以来适用与其他案件相同的普通程序，难以满足死刑案件程序法理的要求，与联合国刑事司法准则也有相当差距。为了建立死刑第二审案件公正审理所需要的程序空间，本文提出死刑案件第二审应采用开庭审理的方式，且其审理范围受第一审审理范围的限制。

【关键词】死刑案件 二审程序 开庭审理 审理范围

尽管国内对死刑的适用历来重视，现行刑事诉讼法也有“死刑复核程序”的专章规定，但对死刑案件第二审这一重要的诉讼环节，则一直以来与其他案件适用同样的普通程序，相对于死刑案件基于自身的重要性及其在诉讼程序方面的特殊要求而言，这些规定因为比较粗疏，而显得违背死刑案件应有的程序法理。司法机关对于这种情况也有深刻的认识，自2006年9月25日起施行的司法解释（最高人民法院、最高人民检察院《关于死刑第二审案件开庭审理若干问题的规定（试行）》以下简称《开庭规定》）即是实务界对此已予以重视的一种反映。这一专门针对死刑案件二审程序的司法解释，体现了对死刑案件第二审程序特殊的关注，对于完善我国死刑案件第二审程序具有积极的推动作用。《开庭规定》在现行刑事诉讼法的框架内加强了对死刑案件第二审程序的具体可操作性规定，是对以往死刑案件第二审程序保障不足的弥补。

然而，考虑到死刑案件第二审的特殊性，考虑到对被宣告死刑的被告人诉讼权利充分保障的价值，对比联合国相关文件中与死刑有关的内容所反映的“死刑应当通过正当程序适用”的基本精神，《开庭规定》尚存在需要进一步完善的问题。我们认为，研究进一步完善死刑案件第二审程序的问题，应当突破现行刑事诉讼法关于第二审程序的规定，并应通过刑事诉讼法的修

① 本文是中国社会科学院法学研究所“刑事诉讼法修改课题组”的部分研究成果。

② 中国社会科学院法学研究所研究员，华侨大学教授。

③ 中国社会科学院法学研究所博士研究生、中国计量学院法学院讲师。

改,使之达到完善的目标。

我们(中国社会科学院法学研究所刑事诉讼法修改课题组)对死刑案件第二审程序进行了系统研究,并在此基础上提出了立法建议与论证。“建议稿”针对我国死刑案件第二审的现状,根据死刑案件的特点,以有效地保障被告人权利为基本目标,以合理平衡控辩双方的力量为基本条件,参考了国际刑事司法准则中与死刑相关的内容,对我国死刑案件第二审程序作了系统规定。主要内容包括:自动启动程序、开庭审理、受第一审范围的限制、律师垄断辩护、人民法院依申请取证或传唤证人、判决理由须针对辩护意见、程序性再审等。以下是部分研究成果。主要包括两个方面的内容,即死刑案件第二审的审理范围、死刑案件第二审的审理方式。

一 审理范围

对死刑案件第二审审理范围的规定,目的是避免被告人在第二审程序中受到新的指控。在理解上应注意:(1)死刑案件第二审以第一审认定的事实和适用法律为审理范围,意味着第二审程序中不审理对死刑案件的新的指控;(2)检察院在第二审中主张新的事实或者提出新的证据,重新鉴定或者补充鉴定,都会产生新的指控,因此是不允许的;(3)考虑到检察院在第二审中提出的新内容也有可能对被告人有利,而被告人对自己的利益应该最为清楚,所以在被告人认为有利的情况下同意该新内容提交的,允许法庭接受更为妥当;(4)被告人在任何时候提出有可能改变自己判决的新内容,都不应进行限制;(5)考虑到起初认为有利而允许进入诉讼的新内容,结果可能不利于被告人,本条通过限制法院以此为依据作出不利变更,排除由此产生的新的指控;(6)死刑案件从“刑”的角度不可能更为不利,故此处应从“罪”的角度理解,新的指控意味着新的可能判处死刑的罪,因此应予排除。

(一) 现实中的问题

刑事诉讼法第186条规定:“第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查,不受上诉或者抗诉范围的限制。共同犯罪的案件只有部分被告人上诉的,应当对全案进行审查,一并处理。”这是我国刑事第二审全面审查的依据。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)第246条、第247条、第248条和第249条对这一内容做了进一步的细化。《开庭规定》第14条也明确规定“第二审人民法院应当全面审理死刑上诉、抗诉案件”,原则上继承了这一精神,因此其关于“无异议的证据”不重新调查只是优化审判工

作的措施，而不是对法院审理范围的限制，不能看作与此前的做法有了本质的区别。刑事诉讼法对第二审程序中的司法机关重新鉴定或者补充鉴定没有规定，实践中参照《解释》第59条“对鉴定结论有疑问的，人民法院可以指派或者聘请有专门知识的人或者鉴定机构，对案件中的某些专门性问题进行补充鉴定或者重新鉴定”和第60条“人民法院在开庭审理时，对省级人民政府指定的医院作出的鉴定结论，经质证后，认为有疑问，不能作为定案根据的，可以另行聘请省级人民政府指定的其他医院进行补充鉴定或者重新鉴定”的规定，以及2006年9月25日起执行的《开庭规定》第12条第9款“人民检察院在审查期间进行重新鉴定或者补充鉴定的，作出的鉴定应当及时提交人民法院，人民法院应当在开庭三日以前将鉴定结论告知当事人及其诉讼代理人、辩护人；被害人及其诉讼代理人或者被告人及其辩护人提出重新鉴定、补充鉴定要求并经第二审人民法院同意的，作出的鉴定应当及时提交人民法院，人民法院应当在开庭三日以前将鉴定结论告知对方当事人及其诉讼代理人、辩护人并通知人民检察院”的规定。由于司法机关这一权力不受限制，实践中普遍存在第二审程序中检察院主张新事实、提交新证据、提出重新鉴定或者补充鉴定而被法院接受，或者法院自己决定重新鉴定推翻原鉴定，进而对被告人作出不利改判的情况。这样，被告人及其辩护人尽管享有《解释》第128条第2项规定的权利，“审判长应当告知当事人、法定代理人在法庭审理过程中依法享有下列诉讼权利：……（二）可以提出证据，申请通知新的证人到庭、调取新的证据、重新鉴定或者勘验、检查”，但实际意义有限。

（二）建议稿的解决方案

第二审人民法院审理死刑案件，应当就原审判决认定的事实和适用法律进行审查，不接受新的事实或者新证据，不接受重新鉴定或者补充鉴定结论。但被告人提出的或者经被告人同意的除外。

第二审人民法院不得依据新的事实或者新证据，或者重新鉴定或者补充鉴定的结论，作出不利于被告人的判决。

建议稿的上述规定，借鉴了法治发达国家通行的做法，对我国刑事诉讼法现有规定进行根本性改造，以第二审审理的范围受第一审范围限制为原则，以被告人同意后控方可以提出新事实、新证据、重新鉴定或补充鉴定为例外，向增强被告人权利保障方面倾斜。鉴于现有规定未明文涉及第二审中新证据的问题，为第二审法院自行确定审查范围留下了太大的空间，接受新证据既有顺畅的途径，也有强烈的需求，客观上也为控方在补充证据的基础上重新追诉留下了通道，将使本意在于对第一审形成制约的第二审被架空，成为实质上的又一次第一审，使被告人面临新的不利局面，严重影响了被告

人的权利保障,所以特别规定,除非有利于被告人,第二审不接受新证据。为解决实质性审查之前无法判断是否对被告人有利的问题,首先推定被告人对新的事实、证据、鉴定是否有利于己有判断能力,程序上只要具备被告人同意这个前提控方即可提出,为了避免提出后的新内容最终产生不利结果,又规定第二审法院不得以这些新内容为依据作不利于被告人的改判。

从司法权与被告人权利的关系来看,法院超越于控辩双方而对上诉案件进行全面审理,其基础主要体现于两个方面,即国家权力主导司法的政策和司法全能论,两者相辅相成,司法权包揽诉讼,同时负责查明全部案件事实。但被告人主体地位已成为现代刑事诉讼制度的基石,因此国家司法权并不天然优于被告人权利,即使司法权真能够探究全部案件事实,但在被告人意愿阙如的情况下越俎代庖仍然难以令人信服;而从事实角度看,第二审全面审查获得的案件事实,虽以客观的面貌企图超越于第一审的范围,但事实上并不存在这种超越,司法全能论已被学界证伪,既然个体意义上的人无法把握全部的客观真实,司法权在事实问题上排斥被告人也就不再具有正当性。何况,作为权力一种的司法权也逃不出“绝对的权力绝对地导致腐败”这一铁律,不受限制的裁量权隐含着巨大的危险。从司法权行使的角度讲,第二审与第一审的结果相比无非是对被告人不利和有利两种情况。在前一种情况下,法院超出控辩双方的请求对案件进行审查是法院行使了控诉职能,这与现代刑事追诉采用诉讼形式和职能分离的要求相悖,对刑事诉讼的本质和法官的作用在认识上存在偏差。在后一种情况下,法院的介入弥补了被告人在认识与行为能力方面的欠缺,符合平衡被告人诉讼能力的要求,并可促进控方工作质量的提高。因此,第二审中的司法权应受第一审范围的限制,但有利于被告人的,法院可以依职权进行审查。

二 审理方式

我们认为,开庭审理作为审判公开原则的重要表现形式,在现代刑事诉讼制度中的作用举足轻重,对于判处死刑的被告人享有受到正式审理的权利,是最基本的要求了。考虑到《开庭规定》第1条中“依照法律和有关规定开庭审理”的内容易于产生歧义,如可以理解为“开庭审理的具体操作由有关法律和有关规定另行规定”,也可以理解为“其他法律根据需要可以限制案件的开庭审理”,建议稿的规定不考虑例外,明确要求所有死刑案件一律开庭审理。其适用范围扩展到了全部第二审死刑案件和死刑缓期二年执行的案件,目的在于保证所有的死刑案件都开庭审理,意图从根本上解决程序保障不足的问题。在理解上应注意,死刑案件开庭审理,是指在完整的普通程序下的正式审理,既不是简化的开庭程序,更不是不开庭审理。