

法学论文选集

第二辑

云南省人民检察院研究室

一九八四年十月

法学论文选集

第二辑

云南省人民检察院研究室

一九八四年十月

目 录

论量刑的一般原则	高铭暄 (1)
论我国刑法量刑中关于从轻、减轻、免除处罚的规定	唐琼瑶 (13)
对从重、加重与加处的管见	罗书平 (24)
论数罪并罚	陈宝树 (27)
论我国刑法中的一罪和数罪	高铭暄 (47)
同名数罪 毋须并罚	罗 平 (60)
关于同种数罪及并罚问题 ——与罗平同志商榷	邹 涛 (68)
关于适用数罪并罚的几个问题	周道鸾 张泗汉 (74)
想象的数罪与法规竞合	马克昌 (83)
试论牵连犯	喻 伟 (90)

浅论连续犯	金子桐 (94)
试论结合犯兼谈抢劫罪的未遂	马克昌 (102)
谈结合犯与结果加重犯	
——兼与马克昌同志商榷	肖开权 (109)
对惯犯的比较研究	金 凯 (113)
拘役是我国的一项重要刑种	董 鑫 (126)
我国刑法中的管制	马克昌 (130)
略论罚金刑	马克昌 (138)
谈剥夺政治权利	张令杰 (148)
刑法补充和修改中的几个法理问题	肖开权 (157)
形式矛盾的刑法条文能否同时并用?	张 承 (162)
谈谈《决定》与刑法的关系	刘树栋 (165)
试析刑法中的“但书”规定	丁 荣 (170)
我国法律中的“可以”、“必须”和“应当”	刁喜忱 (177)

人犯与罪犯

.....烈 荣(179)

略论反革命罪的主观要件

——犯罪动机与犯罪目的新探.....张弘 童志红(180)

谈谈同反革命宣传煽动罪作斗争的几个问题

.....欧阳涛 袁作喜(186)

组织越狱罪的特征

.....陈致忠(197)

试论放火罪与失火罪

.....刘光显(202)

对处理责任事故案件问题的研究

.....汤 畊 刘忠亚 纪维经(206)

论走私罪

.....金子桐(220)

关于走私罪的两个问题

.....梁华仁(230)

谈对变造国家货币行为的处理

.....虞克璉(236)

对假冒商标罪的认定

.....丁耀堂(240)

试论强奸罪

.....刘光显(245)

试谈强奸案中的妇女抗拒问题

.....曹奇辰(255)

试论强制不明显的强奸犯罪

.....刘运昌 王庆才(262)

论利用从属关系奸污少女的犯罪

..... 颜次青(276)

如何正确认定奸淫幼女罪?

..... 欧阳涛 陈泽宪(280)

试论诬告陷害罪

..... 周道鸾 张泗汉(283)

对非法拘禁罪立案标准的看法

..... 张光国(293)

论刑讯逼供罪

..... 陈宝树(301)

运用法律武器严惩拐卖人口的罪犯

..... 李黎 凌楚瑞(307)

析处理拐卖人口案易混淆的若干罪名

..... 李敬学(315)

试论伪证罪

..... 郭旦霞(321)

谈谈诽谤罪

..... 陈卫东(325)

略论伤害罪

..... 刘光显(332)

试论故意杀人罪的构成

..... 陈建国(337)

析刑法中的“致人死亡”与“故意杀人”

..... 赵长青(352)

试论抢劫罪的几个问题

..... 杨敦先(360)

关于认定抢劫罪的几个问题

.....康松林 刘淑均(373)

抢劫造成人身死亡如何定罪

.....赵定华 高振峰(380)

刑法第一百五十三条的法理浅析

.....孙园琍 郑昌济(384)

如何认定惯窃犯

.....江永华(389)

要注意对盗窃案件中牵连罪的追究

.....王运声(393)

论量刑的一般原则

高 铭 暄

量刑是人民法院刑事审判工作的重要一环，是运用刑罚武器同犯罪作斗争的一种具体审判活动。它对于实现刑法打击敌人、惩罚犯罪、保护人民、保卫四化建设的任务，对于达到刑罚一般预防和特殊预防的目的，都具有重大的意义。只有正确地量刑，才能够准确地打击犯罪，有效地保护人民。也只有正确地量刑，才能够起到惩罚和改造犯罪分子，教育广大人民群众的作用。当前，为了维护社会治安，保护人民群众生命财产的安全，巩固和发展安定团结的政治局面，保障社会主义现代化建设的顺利进行，我们必须严厉打击杀人犯、放火犯、爆炸犯、投毒犯、强奸犯、抢劫犯、流氓犯罪集团、拐卖妇女儿童的人贩子、重大盗窃犯等严重刑事犯罪分子。特别是对那些极端凶残、民愤极大的罪犯，必须依法给以最严厉的制裁。

为了做到正确地量刑，需要有一定的原则作指导。我国《刑法》第五十七条规定的就是量刑的一般原则：“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。”这个量刑的一般原则是对我国人民法院长期以来量刑经验的科学总

结，也是“以事实为根据，以法律为准绳”这一审判工作的指导原则在量刑上的具体体现。这个量刑的一般原则，实际上包括两个重要原则：一是量刑必须以犯罪事实为根据的实事求是原则；二是量刑必须以刑法为准绳的法制原则。这两个原则是紧密联系的。

二

犯罪事实是量刑的基础或根据。没有犯罪事实就谈不到量刑问题。犯罪是刑罚的前提，刑罚是犯罪的法律后果。犯罪的轻重决定刑罚的轻重。量刑必须坚决贯彻罪刑相适应的原则，做到重罪重判，轻罪轻判，罚当其罪。为此，就要实事求是地根据犯罪事实来量定刑罚。

犯罪事实，就是指客观存在的犯罪的一切实际情况的总和。犯罪事实这个概念比犯罪构成这个概念在外延上要广一些。但是犯罪构成是最基本的犯罪事实，是犯罪事实中最重要的部分。除了犯罪构成要件以外，还有别的一些情节，比如故意杀人罪中的时间地点、方法手段、动机起因等，也是属于犯罪事实。弄清这些具体情节，对于确定犯罪的社会危害性程度，从而对于量刑，也是有意义的。

犯罪事实包括犯罪的性质、犯罪的情节和犯罪对社会的危害程度等几个方面。这几个方面是相互联系、紧密结合的。

所谓犯罪的性质，就是指犯的什么罪，是属于反革命罪，严重刑事犯罪，严重经济犯罪，还是属于一般违法犯罪；特别是要弄清它具备了刑法分则中哪个罪的犯罪构成，比如，犯的

是故意杀人罪还是故意伤害罪，是放火罪还是失火罪，是贪污罪还是盗窃罪，是抢劫罪还是抢夺罪，是强奸罪还是流氓活动罪，是破坏集体生产罪还是厂矿重大责任事故罪，等等。这些犯罪具体性质都是不同的。我们说定性要准，就是说要把犯的什么罪搞准确，把罪名搞准确。这个问题在《刑法》公布施行以前，不容易说清楚，因为那个时候罪名分歧，除对少数罪有统一认识以外，有很多罪，甲地法院这样定，乙地法院那样定，谁是谁非，缺乏有力的法律文件作为判别的依据。现在有了刑法分则，有了全国人大常委会通过的《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》、《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》、《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》，在确定犯罪的性质上有了统一的准标可以遵循。刑法分则和上述条例、决定总共规定有一百几十种罪，这种罪和那种罪，各有各的具体犯罪构成要件，它们的具体性质都是不同的。具体性质不同，罪名不同，相应的法定刑就有所不同，量刑当然也有所不同。可见，弄清犯罪性质，也就是定性准确，对于量刑有着重大的意义。

所谓犯罪的情节，就是指表明犯罪的各种具体事实情况。同一性质的犯罪，情节可以不同。比如同是故意杀人罪，动机上，有的出于贪财，有的是为报私仇，有的是由于奸情；手段上，有的是枪杀，有的是绳子勒，有的是推到河里淹死，有的是用毒药毒死；后果上，有的造成严重后果，有的没有造成严重后果，等等。总之，犯罪的情节是各种各样的。犯罪的情节到底有多少，恐怕难以确切回答，因为《刑法》和有关法律中所规定的从重、加重、从轻、减轻和免除处罚的情节，只不过反映实践中许许多多、形形色色犯罪情节中的一部分；还有其

他各种各样的情节则是法律没有加以列举，需要司法机关在办案过程中去调查、去分析、去掌握的。例如，犯罪的手段是不是特别残酷或狡猾；犯罪的动机是不是特别卑劣；犯罪的时间地点是不是足以造成恶劣的影响；被害人是不是孕妇、未成年人、处于孤立无援境地或从属地位的人；犯罪人与被害人平日的关系怎样；犯罪是不是预谋的，是不是一时精神受刺激引起的；如此等等。象这样一些犯罪的情节，尽管法律一般并没有加以规定，但由于它们和量刑有关，因此司法机关也是注意进行调查了解并予以斟酌考虑的。

犯罪的性质、情节决定犯罪的社会危害性程度。而社会危害性程度的大小决定着刑罚的轻重。因此，总起来可以这样说，量刑的轻重是由犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度所决定的。除此以外，对于犯罪分子的某些个人情况以及犯罪以后的态度是不是也要考虑呢？这一点在规定量刑原则的《刑法》第五十七条虽然没有明文讲到，但是联系累犯、惯犯等的规定（第六十一、六十二、一百五十二条等），联系未成年人犯罪的规定（第十四条），联系又聋又哑的人和盲人犯罪的规定（第十六条），联系自首的规定（第六十三条），可以看出这些也是与量刑有关的。犯罪分子的过去表现怎么样？是偶尔犯罪，还是屡犯、累犯、惯犯？犯罪分子犯罪后的态度怎么样？是自首立功、真诚坦白悔罪、积极退赃、主动赔偿损失、积极设法抢救被害人，还是负隅顽抗、拒不认罪、拒不退赃、订立攻守同盟、毁灭罪证？这些都反映出犯罪分子人身危险性程度和改造难易的程度，因此在量刑时是不能不加以考虑的。当然考虑犯罪分子的个人情况时，不能把出身成份也当作量刑的标准；考虑犯罪后的态度时，不能脱离罪行本身而片面加以

强调。

总之，量刑必须以犯罪事实为基础，根据犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，参照犯罪分子的个人情况和犯罪后的态度来量定刑罚。只有这样实事求是地分析综合全部案情，才能做到公平合理的处罚，充分发挥刑罚的惩罚和教育的作用，达到一般预防和特殊预防的目的。

三

既然量刑的基础、根据是犯罪事实，那么面对犯罪事实如何量刑？这就要严格依照刑法的有关规定办事。我们这里讲的刑法是广义的，不光指刑法典，也包括全国人大常委会所通过的有关犯罪和刑罚的一些条例和决定在内。刑法是定罪量刑的准绳，定罪、量刑都离不开刑法。定罪就是确定某种行为是否具备刑法所规定的犯罪构成的要件。具备了就是有罪，不具备就是无罪。具备了刑法哪一条规定的犯罪构成要件，就是触犯了哪一条罪。触犯了哪一条罪就要依照该条规定的量刑幅度来处理。一般说，量刑是在刑法相应条款所规定的量刑幅度内来选择刑种和刑度。即使具备从重处罚或者从轻处罚的情节，也是在法定刑幅度内量刑。但是，如果具备减轻处罚的情节，就适用低于法定刑的刑罚；如果具备免除处罚的情节，就予以免刑或者叫做免于刑事处罚。如果具备加重处罚的情节，那就要高于法定刑来处罚。

从以上叙述可以得出以下几点认识：

第一，刑罚只能对具备刑法所规定的犯罪构成要件的行为人即犯罪人适用。对无罪的人判刑就是违反法制，破坏法制。

第二，对犯罪人只能适用刑法有关条文所规定的刑种和刑度。不遵守刑法有关刑种和刑度的规定也是违反法制，破坏法制。

第三，要严格遵守并切实执行刑法上有关从重、加重、从轻、减轻和免除处罚的规定。

上述几点，我认为也就是量刑必须以刑法为准绳的法制原则的基本含义。

从重、加重、从轻、减轻和免除处罚，这是直接体现量刑宽严的几种不同的处理原则。《刑法》第五十八条规定：“犯罪分子具有本法规定的从重处罚、从轻处罚情节的，应当在法定刑的限度以内判处刑罚。”这条规定的是从重、从轻处罚的原则。《刑法》第五十九条规定：“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的，应当在法定刑以下判处刑罚。”“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，如果根据案件的具体情况，判处法定刑的最低刑还是过重的，经人民法院审判委员会决定，也可以在法定刑以下判处刑罚。”这条规定的是减轻处罚的原则。《刑法》中原来没有关于加重处罚的规定。加重处罚是在第五届全国人大常委会1981年6月10日《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》和第六届全国人大常委会1983年9月2日《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》中补充规定的。前一《决定》中的加重处罚，按照全国人大常委会法制委员会所作的说明，“不是可以无限制地加重，而是罪加一等，即在法定最高刑以上一格判处。”如法定最高刑为十年有期徒刑的，可以判处高于十年直至十五年有期徒刑；法定最高刑为十五年有期徒刑的，可以判处无期徒刑；法定最高刑为无期徒刑的，可以判处死刑（包括“死

缓”）。后一《决定》中的加重处罚，是指可以在《刑法》相应条文规定的最高刑以上处刑，直至判处死刑。至于免除处罚，因为含义明显，除了《刑法》第三十二条规定“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚，但可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处分”外，不需要专门解释。

无论是从重、加重处罚，还是从轻、减轻、免除处罚，都要有一个前提，这就是要有相应的情节。这些情节在现行刑法中不是集中地列举，而是采取分散性规定。分散规定的好处是可以根据情节的不同，条文叙述有详有简，比较清楚，比较准确。比如“自首”单独设一节，规定比较细；“累犯”一节用了两个条文，如果集中规定，就不能写得那么详细了。但是，分散规定也有其缺点。它散见各条，如果对条文不熟，运用起来容易顾此失彼。在一个案件里，可能同时存在几个从严、从宽的情节，情节多了，就不容易掌握。为了便于掌握运用，我认为有必要将《刑法》和有关法律中分散规定的情节加以排列。下面就是按照由严到宽的顺序所作的分类系统排列：

第一类：可以加重处罚，直至判处死刑的情节：

根据1983年9月2日全国人大常委会《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》，对下列严重危害社会治安的犯罪分子，可以在《刑法》规定的最高刑以上处刑，直至判处死刑：1.流氓集团的首要分子或者携带凶器进行流氓犯罪活动，情节严重的，或者进行流氓犯罪活动危害特别严重的（在《刑法》第一百六十条法定最高刑上加重）2.故意伤害他人身体，致人重伤或者死亡，情节恶劣的，或者对检举、揭发、拘捕犯

罪分子和制止犯罪行为的国家工作人员和公民行凶伤害的（在《刑法》第一百三十四条法定最高刑上加重）；3.拐卖人口集团的首要分子，或者拐卖人口情节特别严重的（在《刑法》第一百四十一条法定最高刑上加重）；4.非法制造、买卖、运输或者盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物，情节特别严重的，或者造成严重后果的（在《刑法》第一百一十二条法定最高刑上加重）；5.组织反动会道门，利用封建迷信，进行反革命活动，严重危害社会治安的（在《刑法》第九十九条法定最高刑上加重）；6.引诱、容留、强迫妇女卖淫，情节特别严重的（在《刑法》第一百四十条、一百六十九条法定最高刑上加重）。

第二类：应当从重或者加重处罚的情节：

1.劳改犯逃跑后又犯罪的（1981年6月10日全国人大常委会《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》第二条第二款）；2.劳教人员、劳改罪犯对检举人、被害人和有关的司法工作人员以及制止违法犯罪的干部、群众行凶报复的（按照其所犯罪行的法律规定）。这是个分则性的情节，是对具体罪而言的。（见同上决定第三条）

第三类：应当从重处罚的情节：

总则性的情节五种：1.主犯（《刑法》第二十三条）；2.教唆不满十八岁的人犯罪的（《刑法》第二十六条）；3.累犯（《刑法》第六十一条）；4.劳改犯刑满释放后又犯罪的（1981年6月10日全国人大常委会上述决定第二条第二款）；5.劳教人员解除教养后三年内犯罪、逃跑后五年内犯罪的（同上决定第一条第二款）。

分则性的情节九种：1.国家工作人员利用职务上的便利犯走私、投机倒把罪的（《刑法》第一百一十九条）；2.国家工

作人员以肉刑致人伤残的（以伤害罪）（《刑法》第一百三十六条）；3.国家工作人员犯诬陷罪的（《刑法》第一百三十八条）；4.奸淫不满十四岁幼女的（依照强奸罪）（《刑法》第一百三十九条第二款）；5.二人以上犯强奸罪而共同轮奸的（《刑法》第一百三十九条第四款）；6.非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由，具有殴打、侮辱情节的（《刑法》第一百四十三条）；7.邮电工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报而窃取财物的（依照贪污罪）（《刑法》第一百九十一条）；8.国家工作人员利用职务犯《刑法》第一百一十八条走私、套汇、投机倒把罪，第一百五十二条盗窃罪，第一百七十一条贩毒罪，第一百七十三条盗运珍贵文物出口罪，情节特别严重的（按照1982年3月8日全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第一条（一）第一款规定从重处罚）（见该决定第一条（一）第二款）；9.战时军人犯偷越国（边）境外逃罪、私放他人偷越国（边）境罪、阻碍执行职务罪、盗窃武器装备或军用物资罪、破坏武器装备或军事设施罪的（《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》第七、八、十、十一、十二条）。

第四类：可以从轻处罚的情节：

犯罪以后自首的（《刑法》第六十三条）。

第五类：可以从轻或者减轻处罚的情节：

1.未遂犯（比照既遂犯）（《刑法》第二十条）；2.被教唆的人没有犯被教唆的罪的教唆犯（《刑法》第二十六条）。

第六类：应当从轻或者减轻处罚的情节：

已满十四岁不满十八岁的人犯罪（《刑法》第十四条）。

第七类：可以从轻、减轻或者免除处罚的情节：1.又聋又

哑的人或者盲人犯罪（《刑法》第十六条）；2.预备犯（比照既遂犯）（《刑法》第十九条）。

第八类：应当从轻、减轻或者免除处罚的情节：

从犯（比照主犯）（《刑法》第二十四条）。

第九类：可以减轻或者免除处罚的情节：1.在国外犯罪，已在外国受过刑罚处罚的（《刑法》第七条）；2.犯罪以后自首，犯罪又较轻的（《刑法》第六十三条）；3.自首并且有立功表现的（《刑法》第六十三条）。

第十类：应当减轻或者免除处罚的情节：1.正当防卫超过必要限度的（《刑法》第十七条第二款）；2.紧急避险超过必要限度的（《刑法》第十八条第二款）；3.中止犯（《刑法》第二十一条）；4.被胁迫、被诱骗参加犯罪的（比照从犯）（《刑法》第二十五条）。

第十一类：可以免于刑事处罚的情节：

犯罪情节轻微不需要判处刑罚的（《刑法》第三十二条）。

以上分十一类共三十七种情节，其中总则性的情节二十一种，分则性的情节十六种。这些情节都是法律规定的，叫法定情节。在排列的这些情节中，有的属于“应当”，有的属于“可以”。“应当”是硬性规定，人民法院必须这样做。“可以”是带有倾向性，但不是硬性规定，要不要这样做，由人民法院根据具体情况选择决定。

在上述从严的情节中，有的是加重处罚的情节，有的是从重处罚的情节，也有的既是从重处罚的情节，又是加重处罚的情节。加重处罚具有震慑性，是为了更有力地惩罚各种恶性犯罪，打击罪犯的嚣张气焰。当然这种打击不是随便的，而是既