

高洪宾 著

司法新问题

与判解研究

司法？

人民法院出版社

司法新问题与判解研究

高洪宾 著

人民法院出版社

责任编辑/钱小红

技术编辑/谷 雨

封面设计/汪 文

司法新问题与判解研究

高洪宾 著

出版发行/最高人民法院人民法院出版社

社址/北京市东交民巷 27 号 (最高人民法院机关大院)

邮编/100745 电话/65136849 65299981 65134290

开户银行/中国工商银行北京王府井分理处

开户名称/人民法院出版社 帐号/046061-68

(通过本社邮购另加 15% 邮费)

经销/各地新华书店与其他书店

印刷/河北省三河市艺苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 大 32 开 印张/10.75 字数/261 千

版本/1997 年 4 月第 1 版 印次/1997 年 4 月第 1 次

印数/0001—5000 定价/17.00 元

书号/ISBN 7-80056-574-2/D·646

版权所有 侵权必究



高洪宾，男，1943年10月生于浙江金华。现为浙江省金华市中级人民法院院长、中国高级法官培训中心兼职教授、中国审判案例要览通讯编辑、中国法学会会员。1981年始先后在《人民司法》、《法律适用》、《政治与法律》、《法学杂志》等中央、省级报刊杂志发表法学论文50余篇。在全国法院系统第1—6届学术讨论会上获奖，并因三次获一等奖而被组委会授予“特别奖”。

01/07/14

序

高洪宾同志从事审判工作十几个年头，以极大的热情投入实践之中，潜心钻研，笔耕不辍，屡有论文见于报刊，可谓硕果累累。他现将精选出来的 36 篇文章辑结出版，奉献给读者，诚为可钦可贺之举。

这些文章是作者长期实践经验的结晶，命题是实践中提出来的，论点和论据均来自于实践。很强的实践性或称现实针对性，是其最显著的特点。作者勤于学习，比较全面地掌握了法学的基础理论和部门法知识，并熟练地运用于审判实践，不仅使自己在审判领域中游刃有余，而且对审判工作中的疑、难、新问题有正确的认识和独到的见解。因此，他选出来的这些文章多是理论联系实际的佳作，读起来使人感到实在、深刻、厚重。本书虽然篇幅不多，内容却相当广博，涉及刑法学、民法学、经济法学、诉讼法学，这同作者的职务有关，先当法官后当领导，近几年身为一院之长，统管全面，他干什么，学什么，研究什么，写什么，每一涉猎，必有收获。文章的内容都很具体，论述相当精细、透辟，能给读者以启发和帮助。文章写得朴素、流畅、简短，很好读。我相信，不管是人民法官，还是其他法律工作者，都会喜欢这本书的。

我想，从事司法实务的人应当注重理论学习，不断用新知识充实自己、丰富自己，从而提高自己的业务素质 and 司法水平，有可以的话深入研究几个问题，写点文章，这对人对己对事业均有益处。可喜的是，人民法官队伍中撰写论文甚至出版专著的人，越

来越多了。这是法官队伍整体素质逐渐提高的一个具体表现。一名法官特别是高职级的法官，应当不仅能够起草符合规范要求的裁判文书，而且能够写出漂亮的理论文章。这是法官的职业特点所决定、所要求的，审判工作既要动脑又要动手，既要有严密的逻辑思维能力又要有优越的文字表达能力。我们应当向这个方向努力。

在依法治国，建设社会主义法制国家的伟大进程中，法学的理论建设及其作用，与司法实务同等重要。我希望有更多更好的出自专家、学者、法官、检察官、律师之手的法学论著面世，使我国社会主义法苑更加绚烂！

祝 铭 山
一九九二年一月十日

目 录

一、刑事法学篇

刑罚个别化原则及其运用·····	(2)
累犯与惯犯之异同·····	(10)
传授犯罪方法罪与教唆犯罪·····	(14)
贪污罪主体研究·····	(19)
贿赂罪的客体与对偶性·····	(30)
拒不执行判决、裁定罪·····	(38)

二、民事法学篇

我国应建立取得时效制度·····	(48)
财产继承法律关系的特征·····	(60)
继承客体在实践中的运用·····	(71)
谈谈胎儿的继承权·····	(77)
转继承问题的探讨·····	(83)
继承法问题研究·····	(90)
审理离婚案件之管见·····	(135)
事实婚姻的效力及后果·····	(139)
理由与感情·····	(144)
如何处理土地改革遗留的房产纠纷·····	(146)
典权问题研究·····	(151)

三、经济法学篇

经济合同法修改之比较·····	(166)
关于国营小型企业租赁经营的有关法律问题·····	(175)
市场经济与经济审判·····	(185)
市场经济条件下经济审判的改革·····	(193)
保证人的连带责任·····	(200)
抵押权问题研究·····	(205)
审理农村承包合同纠纷案件的若干问题·····	(219)

四、诉讼法学篇

从无罪推定看免于起诉制度的存废·····	(250)
完善刑事诉讼制度的重要举措·····	(258)
保护当事人的诉讼权利是民事诉讼法的首要任务·····	(269)
检察机关在民事诉讼中的地位·····	(275)
共同诉讼人与第三人·····	(281)
民事诉讼中证人证言的审查和判断·····	(285)
督促程序的特征及适用·····	(290)
行政诉讼与民事诉讼的证据制度之异同·····	(294)
行政诉讼中的第三人·····	(297)
论司法变更权·····	(305)
执行的特征及应注意的问题·····	(317)

五、综 合 篇

提高人民法庭权威面面观·····	(330)
------------------	-------

一、刑事法学篇

刑罚个别化原则及其运用

刑罚个别化原则，在世界上不少国家都确认为是量刑的原则之一，而在我国似乎尚未被肯定和重视。

所谓刑罚个别化原则，是指在裁量决定刑罚时，应考虑犯罪人的人身危险性的大小，即刑罚的轻重与犯罪人的人身危险性（再次犯罪的可能性）相适应。对那些人身危险性较大的犯罪人判处较重的刑罚，对那些人身危险性较小的犯罪人判处较轻的刑罚，根据这一原则，要求审判人员在决定给予犯罪分子处以重刑或轻刑或免刑时，不能仅根据其罪中的情节，还应考虑其罪前的情节，如犯人的平时表现、生活状况、文化程度等和其罪后的情节，如犯罪后的认罪态度、悔罪表现及检举揭发情况。只有这样才能有效地实现刑罚的目的，特别是达到特殊预防的目的。因为要实现对犯罪分子进行改造教育，防止其重新犯罪，就必须根据犯罪者个人的具体情况，有针对性地适用刑罚。

二

然而，我国理论界长期以来只肯定罪刑相适应的原则。而各种刑法教科书对刑罚个别化原则则基本上是持否定态度的，有的把它当成是西方资产阶级的“特产”，有的甚至认为它有悖于以事实为根据的原则和罪刑相适应的原则。笔者认为这种观点是片面的。

首先，刑罚个别化原则并不违背以事实为根据的原则，而正是“具体情况具体分析”。应该承认，以事实为根据主要是指以犯罪分子犯罪中的事实，即犯罪构成要件的事实为根据。但它并不排斥依据犯罪分子罪前和罪后的事实。例如甲乙夫妇一贯为人和善，工作积极，甲曾多次被评为先进工作者，而他们的儿子丙（21岁）却偷窃成性，放荡无羁，并经常辱骂甚至殴打甲乙。一天下午，为经济问题，甲乙与丙发生争吵，丙用木棍打伤了甲。当晚甲越想越气，又担心今后家中不得安宁，遂趁丙熟睡之机，与乙一起用手扼丙颈部致死，尔后主动向公安机关投案自首，如实交待了罪行。分析此例，如果审判人员在量刑时仅根据犯罪构成要件的事实和实际已造成一人死亡的社会危害，而不考虑甲乙罪前的表现和罪后的态度，对甲乙以故意杀人罪处以重刑甚至极刑，社会效果肯定是不好的。而如果审判人员在量刑时，既根据犯罪构成的事实，又考虑其罪前罪后的有关事实，把罪刑相适应的原则和刑罚个别化原则结合起来，就能作出恰如其分的判决。

其次，刑罚个别化原则与罪刑相适应原则并不相悖，而是相辅相成，缺一不可的。罪刑相适应原则是刑罚个别化原则的前提和基础，刑罚个别化原则是对罪刑相适应原则的补充。罪刑相适应原则是量刑的主要原则，刑罚个别化原则是量刑的次要原则，但次要原则并非是可有可无的原则。实践中，如果审判人员在量刑时只根据犯罪事实和后果的大小，不考虑犯罪人的人身危险性的大小，就难以把握从重、从轻、加重、减轻的尺度，致使重罪轻判，轻罪重判。如果审判人员在量刑时不顾犯罪事实和后果的大小，片面强调犯罪人的人身危险性的大小，就会出现或是放纵罪犯，或是错究无辜。例如“严打”初期有的地方曾把一些历史上有过小偷小摸、乱搞男女关系劣迹的，但尚未构成犯罪的人进行收审、逮捕，甚至判刑，这就是因为绝对地片面地强调了人身危险性。总之，我们既反对不顾犯罪事实、犯罪性质和实际造成的

社会危害，片面强调犯罪人的人身危险性来量刑；也反对不考虑犯罪人的人身危险性，仅仅根据犯罪事实、性质和实际造成的危害来量刑。

再次，刑罚个别化原则并非是资本主义国家所独有，而已被大部分国家所采纳，我国刑法和其他刑事法规实际上也已确认了这一原则，其表现有：（1）根据犯罪人人身危险性的大小，决定从重、加重、从轻、减轻的情节。如刑法第61条规定对累犯从重处罚，主要是鉴于累犯的人身危险性即再次犯罪的可能性较大而予以从重打击的；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2条第2款规定“劳改犯逃跑后又犯罪的，从重或加重处罚，刑满释放后又犯罪的，从重处罚。”这一规定对累犯的概念和构成作了补充和完善，无疑也进一步肯定了刑罚个别化原则，即对那些人身危险性大的罪犯（重新犯罪的劳改犯和劳改释放后又犯罪的人）进行从重或加重处罚，这也是刑罚特殊预防之必需；刑法第63条规定对犯罪后自首的可以从轻、减轻或免除处罚，也是根据犯罪人犯罪后的认罪、悔罪态度较好，推断其人身危险性大小而作为规定的；刑罚分则中规定过失犯罪的法定刑一般低于故意犯罪的法定刑，也就是考虑到过失犯罪人的人身危险性一般要比故意犯罪人的人身危险性小。（2）根据犯罪人人身危险性的大小，决定是否宣告缓刑，给予假释。如刑法第67条规定“……根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，认为适用缓刑确实不致再危害社会的，可以宣告缓刑”；刑法第73条规定“被判处有期徒刑的犯罪分子……如果确有悔改表现，不致再危害社会，可以假释”，这里法条明确规定凡宣告缓刑或予以假释的前提是“不致再危害社会”，也就是说犯罪人不再重新犯罪是宣告缓刑、予以假释的先决条件。所谓“不致再危害社会”，就是犯罪人人身危险性的减弱和消除。（3）根据犯罪人人身危险性的大小，决定专项斗争的政策和策略。全国人大常委会《关于严惩

严重破坏经济的罪犯的决定》第二条规定“凡在本决定施行之日以前犯罪，而在1982年5月1日以前投案自首，或者已被逮捕而如实地坦白承认全部罪行，并如实地检举其他犯罪人员的犯罪事实的，一律按本决定实施以前的有关法律规定处理。凡在1982年5月1日以前对所犯的罪行继续隐瞒拒不投案自首，或者拒不坦白承认本人的全部罪行，并不检举其他犯罪人员的犯罪事实的，作为继续犯罪，一律按本决定处理”。从这一规定可见，在打击经济犯罪中刑罚个别化原则有其更特殊的作用，也就是犯罪人的人身危险性的大小对决定其刑罚至关重要。一个经济犯罪人的犯罪事实、性质和社会危害程度是客观存在的，它不会因“5月1日”的前后而不同，其投案自首、坦白交待、检举揭发的情节也不会因“5月1日”的前后而有差异，而《决定》之所以规定“5月1日前”从轻，“5月1日后”的作为继续犯罪，从重处罚，就是基于刑罚个别化原则，推定“5月1日前”的人身危险性小，“5月1日后”的人身危险性大，而有针对性地作出上述规定的。

三

刑罚个别化原则，不仅在理论上可行，法律上有据，而且长期以来的司法实践也是广泛运用的，无论是反霸斗争、镇反运动，还是“三反”、“五反”都适用了这一原则。就刑法实施后，刑罚个别化原则的运用主要表现为以下三个方面：

1. 对累犯、惯犯从重或加重（限于《决定》规定的范围）处罚。这是根据犯罪人以往的犯罪行为来确定其人身危险性的大小。1983年上半年某劳改农场发生的6起聚众闹监的流氓案件中，“三进宫”的占20%，“四进宫”的占4%，甚至还有“五进宫”的。可见，如果对累犯、惯犯不施以严刑峻罚就不足以消除其对社会危险性，就不足以威慑其犯罪活动。对累犯、惯犯施以严厉的刑罚，不仅是因为他们的行为已造成了较为严重的社会危害性，还

因为他们具有较大的人身危险性。也就是说，审判人员在裁量累犯、惯犯的刑罚时，不能仅根据其犯罪构成的事实和现实存在的社会危害，而应考虑这些犯人的人身危险性而从重处罚。例如罪犯许××1971年因盗窃罪被判刑二年，刑满后又犯盗窃罪，于1974年被判刑五年，1976年11月又犯脱逃罪、盗窃罪被判刑四年，1978年12月因犯脱逃罪再加刑七年，可仍不思悔改，自1983年7月以来多次为首聚众闹监，持械斗殴，严重地扰乱了监管秩序。1984年“严打”中被判处死刑。应该说判处许犯死刑，主要是根据其聚众闹监的犯罪事实和社会危害性，但也考虑到其不可救药的主观恶性。

2. 对投案自首的从轻、减轻或免除处罚。这是根据犯罪人犯罪后的态度来分析其人身危险性的大小。自首制度，多数国家的刑事立法都予以确认，我国早在周朝就有“既道极厥，时乃不可杀”的记载。到了唐朝自首已成为一项完备的法律制度。此后各朝也均有规定，如明律中规定“凡犯罪未发而自首告者，免其罪”。我国现行刑法第63条也规定自首可以从轻、减轻或免除处罚。古今中外，之所以确认自首者可以从轻、减轻或免除处罚，并不是也不可能基于因自首而使犯罪行为造成的社会危害性减小或消除，而是因为犯罪人的自首，说明其对犯罪行为有所认识和悔罪的表现，即使是因慑于法律的威力而“洗手不干”，也反映了犯罪人的人身危险性的减弱或消除。例如：被告人朱××、胡××、陈××于1987年9月24日从上海到杭州、金华，欲行抢劫盗窃，但无机下手。27日从金华坐火车到武义，当晚12时许，三被告各持凶器在加油站附近与被害人方××相遇，朱先用铁管敲方的头部，后用手挟住方的颈部将其拉到路边的山上，接着三被告对方实施了轮奸，勒走了方的手镯，并分别用手扼方的脖子，再用带子勒方的颈部，胡还用泥土塞进方的鼻孔，朱仍怕方不死，又指挥胡用铁管敲方的头部，尔后将方的尸体埋入土中，逃离现场。

同年10月三被告窜回上海，10月14日凌晨，胡在商店行窃时被抓获。在收容审查中，胡供认了上述杀人、轮奸、抢劫的罪行，于是当天将朱、陈两犯抓获归案。三被告人的罪行令人发指，论罪均应判处死刑是无疑的。但对胡因盗窃被抓后主动交代了上述罪行，并揭发了同伙，是否应适用刑罚个别化原则呢？回答是肯定的。因为：一是根据司法解释的有关规定，对胡的这一行为可视为是自首；二是胡主动交代尚未发现的罪行，不管出于何种动机都能反映其人身危险性已有减弱；三是由于胡的交代揭发，及时破获了全案，从客观上对控制朱陈两犯的人身危险性，制止其继续危害社会的可能性起到了一定作用。所以胡犯虽然罪该处死，但尚不需立即执行。法院判处朱、陈两犯死刑，立即执行；判处胡犯死刑，缓期二年执行，以观后效，是正确的。

不过，在实践中，对自首犯的人身危险性应作具体的分析，既要看到自首罪行的客观情节（犯罪事实、危害程度），也要看到自首犯的主观情节及悔罪程度、悔悟原因等等，不能认为凡自首犯的人身危险性均已减弱或消除，从而一概从轻、减轻或免除其刑罚。尤其对那些以身试法，铤而走险，而又企图玩弄法律的人，要特别警惕，不能被其假象所迷惑。例如：1985年7月5日，被告人戴××，因怀疑被害人戴×说其坏话而与其发生争吵、扭打，接着互掷石块，被告人左眼被砸破，被害人母亲即给其包扎，并答应次日陪被告人去医院治疗，但被告人却赖在被害人家中不肯走，直至次日早上，被害人父亲又陪其去医疗站打针治疗。而被告人并不满足，反怀恨在心，产生了杀人恶念，回家写好遗书后，即身带菜刀一把，铁球两只，赶到被害人家门口，先用铁球向被害人掷去，其中一只铁球砸中被害人背部，被害人逃入房门，被告人又手持菜刀追入，抓住被害人朝其背肩部连砍六刀，被害人当即昏倒在地。尔后，被告人又持刀去追杀被害人的母亲，未追上，正好碰上被害人的父亲，即朝其颈部猛砍一刀，致使其昏倒在地。

这时被害人的妹妹刚从地里回来，见状就叫喊，被告人又追上去砍伤她的左手腕关节和削掉其右食指一节。此时，被害人的母亲见女儿被砍，拼命呼救，被告人看到又去追杀，幸被躲掉。尔后，被告人才到村委会办公室，向村干部说“我杀人了，来投案的，你快打电话到公安局去”，并再次写了遗书。对这种杀人犯的自首应如何处理呢？是悔罪，还是妄图逃避法律的严惩，显然是后者，而不是前者。审判人员判定犯罪人的人身危险性的大小，必须纵观全案进行综合分析，而不能仅仅以犯罪人罪后的某些态度作为唯一的决定根据。

3. 对“事出有因”，且犯罪人罪前一贯表现较好的，可酌情从轻处罚。这是根据犯罪人罪前的表现推断其人身危险性的大小。所谓“事出有因”，是指那些由于被害人的过错或逃逗，致使被告人一时冲动，酿成大错，包括“大义灭亲”、“为民除害”一类的犯罪。这种犯罪人罪前的表现一般较好，罪后的悔悟比较明显。实践证明，犯罪前表现较好的人，再犯罪的危险性也较小，一般不致再危害社会，所以对这些罪犯酌情从轻处罚，不仅是刑罚个别化原则的体现，也是考虑刑罚社会效果之要求。例如：被告人王××一案，1984年，吕××与被告人王××之妻多次通奸，后因吕外出做工而断绝，但吕做工回来后仍要纠缠，被拒绝，1987年2月的一早，吕与王一起喝酒，王吃醉酒，吕以叫王妻来背丈夫回家为名，到王家要与她发生关系又被拒绝。当晚，吕将王家放在门堂里的三根松树偷走。次日早晨，王发现后即赶到船埠头，发现吕要运走出卖的树中有其三根松树，这时吕欺骗说，叫王晚上到他家去拿树，结果当晚王去吕家又不见其人，同年8月30日中午，两人又为三根松树发生争吵，吕用砖头砸王未中，当吕拾第二块砖头时，王转身回到自己家里拿来一根竹叶枪（上端装有铁矛的木棍），对吕说“你今天有本事敢走进我家”，吕继续走上阶沿，王即用竹叶枪的下端去敲吕，被吕接住，两人进行争夺，王

因用力过猛跌倒，当吕松手时，王用竹叶枪的上端朝吕腹部戳去，刺中吕的腹部后，拔出即逃离现场，到乡政府投案自首。吕因腹壁穿孔致死。王××归案后，当地干部群众、乡政府均要求对其从轻处罚。法院认为，此案系被害人挑起事端发生，且被害人平时作恶较多，在当地有一定的民愤，而被告人平时表现较好，并能投案自首，坦白认罪，具有法定从轻情节，最后以故意（间接）杀人罪，判处王××有期徒刑十五年。宣判后，当地反映较好。笔者认为，法院对此案的处理是正确的。虽突出了刑罚个别化原则，但不违背罪刑相适应的原则。王××的犯罪行为造成了一人死亡的后果，应该说客观存在的社会危害性是大的，但从全案分析，王××再次犯罪的可能性是比较小的，尚不属于危险性的犯人，所以，依法予以从轻处罚，能加速其追悔心理，而达到较好的特殊预防的效果。如果不考虑其人身危险性的大小这一因素，仅根据造成一人死亡的后果，一味从重处罚，反而会促使其产生逆反心理，不利于对他的教育改造，也得不到社会舆论的支持，而影响社会效果。

综上所述，刑罚个别化原则，无论在理论上法律上，还是在司法实践中都应该也已经被确认为量刑的原则之一。现在问题不是承认不承认这一原则，而是如何摸索其规律，把握好它的尺度。要解决好这一问题，不仅是实践问题，更需从理论上加以指导，立法上加以完善，同时还必须不断提高审判人员的政治、业务素质，才能保证这一原则的正确实行。