

宪法视野下

刑事疑难问题研究

XIANFA SHIYE XIA

XINGSHI YINAN WENTI YANJIU

余捷 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

014004582

D924. 04-53
14

宪法视野下

刑事疑难问题研究

XIANFA SHIYE XIA
XINGSHI YINAN WENTI YANJIU

余捷 主编



D924.04-53

14



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



北航

C1691727

图书在版编目(CIP)数据

宪法视野下刑事疑难问题研究 / 余捷主编. —北京:
法律出版社, 2013. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5344 - 8

I. ①宪… II. ①余… III. ①刑法—中国—学术会议
—文集②刑事诉讼法—中国—学术会议—文集 IV.

①D924. 04 - 53②D925. 204 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 211672 号

宪法视野下刑事疑难问题研究
主编 余捷

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 朱海波
责任编辑 朱海波
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 沙磊

开本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印张 44.5

字数 1036 千

版本 2013 年 10 月第 1 版

印次 2013 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5344 - 8

定价:105.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

2012年12月4日,中共中央总书记习近平在首都各界纪念现行宪法公布施行30周年大会上指出:“全面贯彻实施宪法,是建设社会主义法治国家的首要任务和基础性工作。”宪法公布施行30多年来,以其至上的法制地位和强大的法制力量,有力推动了社会主义法治国家进程,促进了人权事业发展,对我国民主法治建设以及经济、社会、文化等各个方面都产生了极为深刻的影响。实践证明,宪法与国家前途、人民命运息息相关。只有切实尊重和有效实施宪法,才能保证人民当家做主,才能建设社会主义法治国家,才能推动党和国家事业顺利发展。

为纪念现行宪法颁行30周年,重庆市法学会刑法学研究会将2012年年会的主题确定为“宪法视野下刑事疑难问题研究”。与以往年会主题相比,这次年会主题比较宏观,而且超越了刑法学本身。确定这一主题,主要考虑到刑法与宪法的关系问题本身就是一个非常重要的问题,也是一个常常被忽略的话题,需要刑法学界深入研究探讨。

本次年会,得到高等院校专家学者、司法实务部门同志们的心参与与大力支持,共收到论文142篇。为了将研究成果更好地转化,切实发挥理论对实践的指导作用,本书编委会精选了103篇具有较高质量的论文结集出版。根据论文的选题情况,将论文集分为四编:第一编,宪法视野下的刑法理念研究。宪法的发展,对现代刑法理念的形与发展具有积极的促进作用。刑法必须恪守宪法精神,遵循宪法原则。本编从宪法的视角,深入探讨惩罚犯罪与人权保障、刑法目的、刑事政策等基本理论问题,以促进刑法理念的转变,树立与宪法理念相适应的刑法理念。第二编,《刑法修正案(八)》的适用研究。本编紧密结合《刑法修正案(八)》实施以来的热点难点问题,注重从实证研究的角度,深入探讨醉酒驾驶、扒窃、食品安全犯罪、拒不支付劳动报酬犯罪、人体器官犯罪、污染环境罪等新型罪名的认定与适用问题。第三编,职务犯罪、涉众犯罪等犯罪问题研究。本编紧密结合刑法分则,深入探讨职务犯罪、经济犯罪、涉众犯罪、有组织犯罪以及其他类罪、个罪的有关疑难问题。第四编,刑法适用与量刑规范化研究。本编紧密结合刑法总则,系统探讨犯罪的认定、刑罚的适用等有关理论和实践问题。

从宪法的视角来探讨刑法问题,这是重庆市刑法学研究会新的尝试。从入选论文的内容可以看出,无论是专家学者,还是实务部门的同志,不但对宪法与刑法的关系,宪法视野下刑法理念的转变、刑事政策的调整等基础理论问题研究广泛深入、精益求精,更对司法实践中透析出的热点难点问题倍加关注、论点独到。论文中的点点滴滴,只言片语,无不闪耀着各位作者智慧的火花。在此,我代表重庆市法学会刑法学研究会,衷心感谢所有惠赐稿件的作者对刑法学年会的热心关注与大力支持,对刑法学研究的无私奉献与

真诚热爱!

宪法与刑法的关系十分密切。宪法是制定刑法的法律根据,刑法的制定与修改都必须以宪法为根本的立法准则。刑法的价值取向应当顺应宪法的目的,反映宪法的精神。宪法所蕴含的控权思想和人权保障价值应当贯穿于整个中国刑事立法之中。伴随着宪法的发展,我国刑法在基本理念、主要制度、法律规范以及立法模式等方面都取得了巨大进步。同时,刑法观念的确定和发展也对宪法理念、宪法规范产生了积极的促进作用。如1997年刑法典将“反革命罪”修改为“危害国家安全罪”。1999年宪法修正案相应作出了调整,将宪法原第28条中的“镇压叛国和其他反革命的活动”修改为“镇压叛国和其他危害国家安全的犯罪活动”。此外,1999年宪法修正案关于“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”、2004年宪法修正案关于“国家尊重和保障人权”等规定,都是刑法典已经规定的对现代法治精神和人权保障思想的罪刑法定原则的确认和体现。

加强对刑法与宪法关系的研究,以宪法引领刑法的理念提升和规范完善,是进一步促进刑法进步的需要。宪法作为保障公民基本权利的国家根本大法,必然要对刑法作原则性规范。宪法与刑法的关系,主要有刑法宪法化和宪法刑法化两种基本模式。如何正确认识并恰当处理二者之间的关系,对于促进宪法发展、刑事法治的发展与进步具有至关重要的意义。当前,社会转型日趋激烈,民主法治精神不断强化,为此,直接关涉公民财产、人身自由甚至生命的刑法应遵照宪法不断革新,不断提升惩罚犯罪的科学化水平,不断提升刑法领域的人权保障水平,实现惩罚犯罪与人权保障的有机统一,保障经济社会的发展,维护社会安全和国家安全。总之,实现刑法与宪法的协调发展任重而道远,我们仍须加倍努力。

第一,要强化刑法的人权保障机能。良好的刑法,既是保障犯罪人权利的大宪章,也是保障一般国民权利的大宪章。马克思把法律(包括刑法)称为人民自由的圣经,就是指刑法具有人权保障的功能。刑法的人权保障主要体现在两个方面:一是对全体公民个人权利的保障,二是对犯罪人权利的保障。这两者都是刑法的人权保障的题中应有之义。要在刑法中实现宪法发展所体现的法治与人权精神,必须严格贯彻罪刑法定原则。罪刑法定原则是法治原则在刑法中的具体体现,也是在刑法中保障人权的坚实屏障。要杜绝类推定罪,杜绝适用不利于被告人的事后法,杜绝口袋罪,坚持罪责刑的统一,防止轻罪重罚和重罪轻罚。基于宪法发展所体现出来的平等保护精神,在刑事立法与刑事司法中应树立平等观念,平等对待各类经济社会主体、平等对待自然人和单位、平等对待国家工作人员与普通公民,切实做到“刑法面前人人平等”,不能厚此薄彼。

第二,要坚持刑法的谦抑性,破除刑法万能论。诚如陈兴良教授所言:“刑法是一种不得已的恶,个人与社会两受其益;用之不当,个人与社会两受其害。”因此,刑法只有在不得已的情况下才能够使用,作为一种最后的、必要的手段而保留。能够通过行政法、民法等其他法律调整的,最好不要用刑法。虽然近年来人们已经普遍认识到了刑法的谦抑性,但是人们对刑法仍然寄予了过高的、甚至不切实际的期望,这是值得反思的。面向2020年“依法治国基本方略全面落实”的宏伟目标,我们仍应当继续批判刑法万能主义,张扬刑法的谦抑观念,使刑法谦抑观念为社会公众尤其是决策机关所接受,成为国家刑

事立法和刑事法的刑事政策基础。

第三,要坚持刑罚适度轻缓化,继续反对重刑主义。“乱世用重典”。治世,则应当法缓刑轻。因此,是否适用“重典”必须根据社会形势的需要来决定。一段时间以来,“治乱世用重典”的重刑主义思想不断重新抬头,并在一定程度上影响了刑事立法和刑事司法。根据现代法治精神,我们必须反对报复主义、惩罚主义和重刑主义,赋予刑法理性主义、人道主义和科学主义的内核。从主要以刑法报复性的惩罚作为对付犯罪的策略到主要根据有效的社会政策控制犯罪,从国家本位的犯罪控制模式到国家与社会双本位的犯罪控制模式。在坚持罪刑法定和罪责刑均衡的基础上,以促进犯罪人重新社会化、复归社会从而预防犯罪为刑事政策和刑罚制度的基础价值。要通过宪法的形式,确认刑罚宽容、限制或者废止死刑、禁止残酷的、非人道的刑罚等刑罚理念。刑法也要进一步全面贯彻宪法的人权保障理念和法治原则,对死刑、非监禁刑等刑罚制度作适当的改革和完善,更好地体现宽严相济刑事政策的要求。

第四,要坚持正确适用刑法,反对主观臆断。习近平总书记反复强调,“努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义。”刑法制定出来后,如果得不到正确的适用,无异于一纸空文。刑法在维护社会秩序中发挥着重要的作用,因而实体正义更是法治国家刑法文化的归依。在刑法中,实体正义表现在立法与司法两个方面。立法上的实体正义是指犯罪与刑罚设置的正当性。司法上的实体正义是指司法机关通过刑事司法活动所实现的正义,表现为犯罪认定与刑罚适用的正当性。刑事错案就是最大的不公,无论表现为程序不公,或者表现为实体不公,都是对正义的亵渎。近年来频频曝光的诸多冤案,让人触目惊心!为此,必须切实转变司法理念,破除“重打击犯罪、轻人权保障”、“重实体、轻程序”、“重有罪推定、轻无罪推定”以及口供中心主义等传统观念,牢固树立人权保障、程序正义、无罪推定、疑罪从无等现代司法理念。由于受制于认识手段和能力水平等因素,少数案件破不了、抓不到、诉不了、判不了的情形是客观存在的,因此不要苛求“命案必破”。要通过完备的程序制度,最大程度上为防范冤假错案提供制度保障。要加大错案责任追究力度,严肃处理、清除那些贪赃枉法、执法犯法、草菅人命甚至制造冤假错案的害群之马。公检法三机关都要善待每一个刑事案件和每一个当事人,最大程度地避免“生产”冤假错案,以积累“正能量”,不断提升司法公信力。

以此为序,当以共勉。

余捷

2013年7月10日

目 录

第一编 宪法视野下的刑法理念研究

宪法精神在刑法中的展开

——以财产刑没收为视角

余 捷 3

宪法视野下的惩罚犯罪与保障人权统一观

赵长青 13

黄金分割, 点在何处?

——宪法视野下惩治犯罪与保障人权的冲突与协调

李大槐 陈洁婷 21

宪法视野下犯罪控制与人权保障研究

杨 晓 28

刑法实施中犯罪控制与人权保障问题研究

陶正平 王 蒙 32

我国刑法立法的优化研究

——基于社会、价值与技术的变迁视角

陈世伟 39

宪法视野下刑法理念的转变

李建超 冉 章 张福坤 47

宪法视野下的刑法理念转换

王国平 54

试论宪法视野下刑法发展的动力

罗伟文 63

宪法视野下的“犯罪本质”新探

张永强 68

——兼评马克思主义“犯罪本质”观

胡 江 81

近三十年来罪刑法定原则研究之历程与展望

段明学 92

犯罪观与刑事政策的变迁

——兼论起诉便宜主义的发展趋势

段明学 92

宪法视野下的刑事政策研究

——宽严相济刑事政策的司法实践与落实

邹 涛 101

宪法视野下刑事政策法治化研究

戴 萍 赵 靖 104

宽严相济刑事政策的落实

——以故意伤害犯罪案件为视角

田 微 110

试论“轻刑化”背景下受害者的矛盾化解工作

张亚林 吴 波 115

第二编 《刑法修正案(八)》的适用研究

“舌尖上的犯罪”

——醉驾入刑专题调研报告

于天敏 123

《刑法修正案(八)》疑难问题研究

——以醉酒驾驶为例

李清芸 130

危险驾驶罪的理解与应用探究

——以醉酒驾驶为切入点

陈 元 张富兴 137

《刑法修正案(八)》第22条司法适用疑难探究

王远伟 144

还原被误读的真相

- 透视危险驾驶案件数量的大幅反弹 陈 璐 乐 巍 152
- 危险驾驶罪量刑均衡实证研究
- 以 50 起危险驾驶案件为样本 冯骁聪 161
- 司法实践中醉驾案件的共犯及特殊情节研究 任耀东 170
- 醉驾入刑与严格责任理论 张红良 175
- 浅析醉酒驾驶主观罪过形态 莫婷婷 183
- 盗窃罪入罪门槛降低后的法律适用调研报告 重庆市人民检察院第一分院课题组 188
- 扒窃入刑新课题:扒窃的理性界定 王东海 193
- 扒窃认定相关问题初探 唐 柳 201
- 刑法第 143 条基本罪状的解释问题 朱建华 205
- 民生风险理论与食品安全刑法规制的理性思考 陈 宏 209
- 论食品质量安全犯罪的刑法规制 胡红军 谢帮友 216
- 《刑法修正案(八)》实施以来的疑难问题研究
- 以食品安全的刑法保护为视角 廖 青 221
- “拒不支付劳动报酬罪”认定中值得关注的几个问题 牛建平 谢甫成 226
- 拒不支付劳动报酬罪若干疑难问题研究 杨 鑫 233
- 论拒不支付劳动报酬罪司法适用中的几个问题 关 超 240
- 组织出卖人体器官罪刍议 陈 峰 李雪华 248
- 论人体器官犯罪 郑小楠 253
- 刑事法律应当成为保护环境的利器
- 关于《刑法修正案(八)》“污染环境罪”的几点思考 张广超 259
- 浅析污染环境罪适用的困境 张缤予 265
- 当前毒品犯罪态势分析及对策建议 重庆市人民检察院第一分院课题组 270
- 《刑法修正案(八)》实施以来“毒品犯罪”疑难问题研究 陈 康 张一薇 276
- 《刑法修正案(八)》实施以来的疑难问题研究
- 对未成年人犯罪的一些思考 晏礼鑫 281
- 对《刑法修正案(八)》涉及总则部分若干条款的思考 任 宁 张红良 285
- 坦白制度的理解与适用
- 以《刑法修正案(八)》为背景 李 璐 张蓝兰 291
- 略论刑法禁止令的理解与适用 李 玲 300
- 《刑法修正案(八)》实施以来的疑难问题研究
- 试论我国刑法的减轻处罚制度 吴海金 304
- 第三编 职务犯罪、涉众犯罪等犯罪问题研究**
- 司法腐败的基本特征及其预防对策
- 基于 1990~2010 年相关统计数据的实证分析 盛宏文 魏 娜 315

前瞻与能动:破解受贿罪客观方面司法认定困境

——以重庆市一中院审理的收受型受贿案件为切入点 吴 雯 325

受贿罪司法认定疑难问题研究 赵 靖 335

交由控制因素:职务便利的意涵解构与路径识别 谢晓静 345

基层医疗卫生领域职务犯罪的特点、原因及防治对策

——以重庆市某基层检察院办理的此类案件为蓝本 钱学敏 351

“新农合”领域职务犯罪问题初探

——以一起私分“新农合”资金职务犯罪案例为切入点 叶 青 357

高校职务犯罪调查报告

——以重庆市某区为蓝本 冉 忠 彭 冲 367

征地拆迁领域职务犯罪的法律适用和刑事政策调适 李建超 师亮亮 373

农村征地拆迁领域职务犯罪实证分析 程天民 379

再论性贿赂应当犯罪化 杨慧君 李丰利 383

论受贿罪的犯罪客体 吕治平 陈 燕 389

利用影响力受贿罪的犯罪主体及其影响力的认定 张 文 398

在犯罪动机运行轨迹中探索职务犯罪预防 黄 玲 402

职务犯罪轻刑化的检察视角 庞 旭 宋 飞 407

贪贿案件证据易变问题及遏制 曹忠鲁 陈远宝 414

贪污、受贿犯罪案件缓刑适用问题研究 郑 旭 陈佳佳 417

涉众型金融犯罪调查分析 重庆市人民检察院第一分院课题组 425

办理涉众型经济案件的困难与应对 熊 皓 白恒沧 430

涉证券类经济犯罪相关问题研究 许 云 435

涉众型经济犯罪研究 程 权 刘 雯 439

涉众型经济犯罪疑难问题及其对策 聂慧苹 447

金融犯罪的刑事司法规制 崔志鑫 454

非法吸收公众存款罪的理论实务探讨 卢 君 460

非法占用农用地罪若干疑难问题探析 但 萍 467

“非法占用土地”案件实证分析

——以重庆市 A 区人民检察院为样本 李和杰 472

非法占用农用地犯罪的法治问题研究

——以重庆市某基层检察院办理的此类案件为样本 吴 娟 477

论群体性事件引发的聚众犯罪之防控研究 罗 杰 483

对《刑法》第 292 条第 2 款罪状的理解 杨 骆 496

浅析游行示威中的聚众打砸抢若干问题 肖 洪 钱雪珉 502

浅谈我国有组织犯罪的司法控制与社会控制 陈代春 508

论危害国家安全犯罪的立法完善 马洪伟 514

不法原因的委托物能否成为侵占罪的犯罪对象 陈 峰 521

强奸罪对象浅析

转化型抢劫的认定

第四编 刑法适用与量刑规范化研究

关于刑法相关问题的几点探讨

——以重庆司法实践为参考

刑法相关疑难问题研究

间接正犯的概念与性质略探

论防卫过当的主观结构

论共同犯罪中实行过限问题

论共同犯罪中止的成立标准

再论立功在刑法中的适用

长期嗜酒者刑事责任能力审查浅析

见死不救“刑与不刑”

——从见死不救之入刑争议展开

公正量刑根基分析

——以美国量刑改革为分析进路

论故意杀人案中被害人过错量刑的技术方案

检察机关量刑建议权的实践反思与建构

量刑规范化实证分析与完善

——以南岸区人民法院刑事审判为视角

论量刑情节的分类及适用

——建立在量刑过程的合理分解基础之上

试论司法公正语境下的量刑建议机制建设

价值与方法:刑罚价值在量刑步骤中的体现

试析量刑建议制度的完善

死刑适用之酌定量刑情节探析

——围绕二十份死刑与死缓裁决的叙说

我国假释制度的司法困境及完善路径探索研究

困境与出路:“概括性判决”的解决之道

后 记

李丰利 杨慧君 529

袁梅 姜爽 535

勾香华 545

黎小锋 550

杨 骆 王兆星 554

高国其 558

伍富国 566

崔志鑫 王兆星 573

梅 锦 580

唐 慧 587

王伯文 杨丛瑜 592

姜 敏 601

卢 君 陈立洋 612

戴 萍 王家鹏 622

谢 虎 631

刘文飞 641

尹 畅 648

戴 军 周国华 657

余 宁 665

王立新 唐龙飘 671

姜 爽 袁梅 680

官小汀 兰建恒 唐龙飘 689

698

第一编
宪法视野下的刑法理念研究

宪法精神在刑法中的展开

——以财产刑没收为研究对象

余捷*

“国家尊重和保障人权”，是我国宪法确立的基本精神。所谓人权，即人依其自然属性和社会属性所应享有的权利，它包括生命权、自由权、平等权、尊严权以及财产权、救助权等内容。尽管世界各国对人权保障的具体认识与实践不尽相同，但对其最基本的内涵还是具有共识的。比如对人权中财产权的认识和保护：财产权是生命权的延展，是自由与尊严的保障，个人有支配自己财产的权利，个人合法财产不能肆意被剥夺。我国宪法关于保护公民合法私有财产的精神，则在刑法、民法、行政法等诸多部门法中广泛体现。权益保障更是刑事法视野下人权保障的基本内容，刑事立法完善和刑事司法发展应然须切合人权保障的时代要求。本文以宪法精神为指引，通过对刑法没收财产刑的立法及司法实践进行考察，对完善没收财产刑的理念及制度略陈己见，以供参考。

一、关于没收财产刑制度的比较分析

(一) 关于没收财产刑的规定

刑事法领域中的没收财产刑是指将犯罪人所有的财产的一部分或全部强制地无偿地收归国有的刑罚方法。我国《刑法》第59条规定：“没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部。没收全部财产的，应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。在判处没收财产的时候，不得没收属于犯罪分子家属所有或者应有的财产。”我国《刑法》分则中关于判处没收财产刑的明确规定共有60处，涉及70余个罪名。其中，规定“并处没收财产”54处，规定“可以并处没收财产”5处，此外在危害国家安全罪一章第113条第2款规定“犯本章之罪的，可以并处没收财产”（共涉及12个罪名）。由此可见，我国刑法没收财产刑适用的犯罪类型集中于危害国家安全犯罪、经济型犯罪及贪利性犯罪。从刑法分则来看，其主要适用于危害国家安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯财产罪、贪污贿赂罪，另适用于侵犯公民人身权利、民主权利罪和妨害社会管理秩序罪的少数罪名，修改后的《刑法》还新增适用于组织、领导、参加黑社会性质组织罪。^①

纵观世界其他国家，在刑事法中设立没收财产刑制度的国家并不多，仅有保加利亚、越南等少数国家。苏联的刑法规定了没收财产刑，在其解体之后，俄罗斯的刑法将这一制度继承了下来。然而，在俄罗斯国内的思想意识呈多元化发展的背景下，以及学术界

* 重庆市人大法制委员会主任委员、重庆市高级人民法院原常务副院长、中国犯罪学研究会常务理事、重庆市法学会副会长、重庆市刑法学研究会会长。

① 《中华人民共和国刑法修正案（八）》将《刑法》第294条修改为：“组织、领导黑社会性质组织的，处七年以上有期徒刑，并处没收财产；积极参加的，处三年以上七年以下有期徒刑，可以并处罚金或者没收财产；其它参加的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，可以并处罚金。”修改后的《刑法》对黑社会性质组织犯罪增加了判处财产刑的规定，包括罚金刑和没收财产刑。

和社会其他政治力量的强烈批判下,没收财产刑制度于2003年被废除了。但废除这一制度,也引起了该国相当多的学者和法律实践工作者的强烈反对。^①在英美法系大多数国家,由于尊崇私有财产神圣不可侵犯,故大都未设立没收财产刑这种刑罚,而普遍建立的是民事没收制度,一般将没收对象限于与犯罪有关联的财产。然而也有学者指出,此种没收制度虽以政府为原告,运用的是民事诉讼程序,但实为“借民事之名,行刑事之实”。^②

(二)没收财产刑的性质与特点

我国刑法中的没收财产刑属于财产刑的一种,其在刑罚中地位属于附加刑。财产刑是以剥夺犯罪人财产利益为惩罚内容的刑罚方法,旨在通过经济制裁的方式使犯罪人受到惩戒和教育,并达到预防犯罪的目的。据刑罚的此性质,没收财产刑具有以下特点:(1)没收财产刑是一种刑罚方法,其适用于刑法分则中明文规定的判处没收财产刑的相关罪刑,如无明文规定则不能施以该刑罚;(2)没收财产刑的对象是犯罪人的合法财产,是现实存在的财产,并且一般说来这些财产没有用于犯罪;(3)判处没收财产刑,旨在通过没收犯罪人的财产,实现对犯罪人的惩戒和教育,并消除其再犯的可能性,从而达到预防犯罪的目的;(4)没收财产刑虽为附加刑,但属于一种相对较重的刑罚,主要适用于重罪重刑,除危害国家安全犯罪、黑社会性质组织犯罪等少部分罪刑外,附加适用没收财产刑的主刑大都为10年以上有期徒刑、无期徒刑及死刑;(5)适用没收财产刑的主体只能是人民法院,这是基于它是刑罚的一种,其他任何机关无权对犯罪人判处和执行没收财产刑。

(三)没收财产刑的立法根据

任何一种刑罚的设定都应有其法理基础。没收财产刑的刑罚权根据是什么呢?尤其是没收犯罪人的合法财产的做法,对犯罪人来说是否公平,是否有违私有财产不受侵犯的精神?受到正当性、合宪性的拷问。对这个问题进行考察,需要从刑法的任务、机能和刑罚的目的、功能方面进行切入探究。刑法的任务概括为保护法益,保护的方法是禁止和惩罚侵犯(包括侵害和威胁)法益的犯罪行为。惩罚和保护密切联系,不使用惩罚手段抑止犯罪行为,就不可能保护法益;为了保护法益,必须有效惩罚各种犯罪;惩罚是手段,保护是目的。^③刑法要发挥其应有的作用,就必须保护人们公认的、对社会有存续意义的法律上的利益,由此来保卫社会,保持现存的生活秩序。^④犯罪为刑法所禁止,犯罪人基于其罪行应然承担由此带来不利的法律后果,且这个后果必然是对犯罪人的否定性法律后果。对犯罪赋予否定性的法律后果,体现了对犯罪的报应,体现了刑法的正义性。^⑤由此,国家基于刑罚权的行使,对犯罪行为所作出的否定性评价,运用统治力量在实体上对犯罪人施加惩罚,以保护法益,维护国家和社会的安定,实现刑罚目的的要求,是具有正当性和合理性的。诚然,刑罚的运用必然触及到犯罪人的

① 参见姚贝:“俄罗斯没收财产刑的兴起于衰落”,载《求是学刊》2012年第1期。

② 何帆:《刑事没收研究——国际法与比较法的视角》,法律出版社2007年版,75~77页。

③ 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第25页。

④ 周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第19页。

⑤ 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第446页。

权利(这当中包括犯罪人的财产权),但对于某些特殊的犯罪也必须运用这样的方法,才能实现惩戒和教育的效果,才能消除犯罪行为带来的消极影响,增强刑罚的威慑功能和防卫功能。从这个意义上讲,没收财产刑制度的设立并不使刑罚丧失正当性,并不与宪法的精神相冲突。但由此也必须看到,刑法的保护机能和保障机能之间是存在冲突的:重视人权保障机能,就会尽量限制处罚范围,维护法益的保护机能的发挥就会削弱;强调对社会秩序的维护,就会限制个人权利的范围,权力保障机能就会退缩。只有当刑法的社会保护机能和个人权利保障机能的矛盾关系得到合理处理时,刑法适用的效果才比较理想。^①

(四) 刑事法中没收概念之比较

刑法理论中,根据没收对象是否为特定物品进行划分,可分为一般没收和特别没收。没收财产刑对应一般没收,即通过这种刑罚方式,剥夺犯罪人的合法财产所有权,将相关财物收归国有。与之相区别的是特别没收,也被称为刑事没收、特定没收和刑法上的没收、未定罪的没收,主要是指对与犯罪相关联财物的没收。我国《刑法》第64条规定:“犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者责令退赔;对被害人的合法财产,应当及时返还;违禁品和供犯罪所用的本人财物,应当予以没收。没收的财物和罚金,一律上缴国库,不得挪用和自行处理。”这是我国刑法关于特别没收的规定。这当中出现了几个涉及对犯罪相关联财物予以强制性处理的表述,即“追缴”、“责令退赔”、“返还”、“没收”。世界上大多数国家的刑法中都规定有特别没收的制度,不仅大陆法系国家的刑法典中有类似规定,英美法系国家也有关于特别没收制度的规定。司法实践中,一般没收和特别没收时有被混用,引起对司法公正乃至对没收制度的质疑。对此,有必要对二者作识别区分。

1. 二者的性质有所不同

这是二者最本质的区别。没收财产刑是刑罚的一种,具有刑罚的典型特征和功能。适用没收财产刑,必须以行为人的行为构成犯罪为前提。而对于特别没收的性质,学术界争议颇多,通常认为其虽非刑罚制裁措施,但具有刑罚本质。就其标的物的性质来看,对于来源非法的财物或者违禁品的没收主要体现为补偿性或保安性,对用于犯罪但来源合法的财物实施没收则主要体现为刑事惩罚性。我国刑法将特别没收规定在第四章“刑罚的具体运用”第一节“量刑”之中,对于其法律地位没有明确,但未将其放在第三章“刑罚”中,由此也可以肯定其不是刑罚种类,而只是刑法中的一种强制性处理方法、刑法性质的措施。

2. 二者适用的对象不相同

没收财产刑的适用以刑法分则的明文规定为前提,没收的对象限于犯罪人合法所有的财产,这些财产以犯罪人的个人合法财产且没有用于犯罪为限。特别没收的对象强调与犯罪的关联性,即没收的财产应具有违法性,以实现消除其违法状态的功能。特别没收适用于刑法中的一切犯罪,只要符合《刑法》第64条规定的均应予没收,并不以刑法分则是否有规定为适用前提。特别没收的对象包括违法所得的财物、违禁品、

^① 周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第20页。

供犯罪所用的本人财物三类。在我国刑事诉讼法及相关司法解释中还表述为“赃款赃物及其孳息”、“聚敛的财物及其收益”、“用于犯罪的工具”,如关于“涉黑”犯罪的有关规定。^①而事实上“犯罪工具”不仅限于作案工具,还包括组成犯罪行为之物,如用于赌博的赌资、用于行贿的财物。需要指明的是,特别没收的对象之一“供犯罪所用的本人财物”,其本身可能系犯罪人的合法财产,但基于与犯罪高度关联,即形成了对犯罪的支撑,则具有违法性。此外,基于对象的不同,两类没收所历经的法定程序也不尽相同。一般情况下,特别没收要求侦查机关要通过查封、扣押、冻结等强制措施对没收对象进行保全,而财产刑没收并不受此程序性规定的限制,只要判决生效即可执行。

3. 二者的正当性根据不同

如前所述,财产刑没收以报应和预防犯罪作为正当性根据,剥夺犯罪人再犯能力,并具有赎罪的意义;而对犯罪关联物实施的特别没收,具有补偿性、保安性和一定的惩罚性,其正当性根据是取缔不法状态,并非着眼于对犯罪人合法权益的剥夺。刑罚必须在责任之下考虑预防犯罪的需要,而保安处分只是单纯考虑特殊预防的需要。因此,适用没收财产刑,受罪责刑相适应原则的限制;实施特别没收,则不受该原则的限制(但没收“供犯罪所用的本人财物”,应符合保安处分的比例原则)。这正如法谚所云:“任何人不得因自身的不法获得利益”。基于此,我国刑事法将特别没收的权力赋予了侦查机关、检察机关及审判机关行使,只要依法追缴、没收的是赃款赃物,无论多少,都不构成刑罚和过量的惩罚。修改后的《刑事诉讼法》新增设的“特别程序”一编中,明确规定的“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”,则在程序上进一步表明了特别没收的正当性与没收财产刑的区别。

二、没收财产刑理解与适用存在的问题

没收财产刑是我国刑罚体系中最严厉的财产性刑罚措施。由于其直接涉及到犯罪人的财产权益,且适用范围广、强制力度大,无论是理论界还是实务界对其根据、功能和作用的研究从未停止过。事实上,司法实践中对没收财产刑的理解与适用也存在分歧和偏差,并引发了不少问题,由此导致了理论界、实务界对没收财产刑的公正性、合理性的激烈争论。

(一) 对没收财产刑存废的争议

现代法律的价值标准包括公正、秩序、自由、效率等,而其核心是“公正”。刑法的价值构造是以公正为基石的,刑法的公正性就表现在个人自由与社会秩序的统一,因而是刑罚人权保障机能与社会保护机能的统一。^②受西方“私有财产神圣不可侵犯”思想的影响,以及国外废除没收财产刑主流和刑罚价值理论分歧的影响,我国没收财产刑制度的公正性、合宪性受到一些学者的质疑,主张废除之声不在少数。有的学者认为,没收财产

^① 《最高人民法院关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释》第7条规定“对黑社会性质组织和组织、领导、参加黑社会性质组织的犯罪分子聚敛的财物及其收益,以及用于犯罪的工具等,应当依法追缴、没收”。

^② 参见赵秉志等著:《中国刑法的运用与完善》,法律出版社1989年版,第334页。

刑的存在与现代刑罚目的相背离。^① 没收财产刑更多表现的是刑罚的惩罚、威慑功能,在教育改造犯罪人、促使其回归社会方面的作用并不明显。甚至认为,该刑罚不仅不利于预防犯罪,反而会增加犯罪人再犯的可能。如犯罪人因财产被剥夺,出狱后将面临生存的困境,有碍犯罪人的再社会化,极可能成为催生犯罪人再犯的隐因。^② 还有学者认为,没收财产刑与罚金刑有重叠之嫌。犯罪人交纳的罚金,也可能是其变卖房产、动产等所筹集来的钱款,没收财产刑与罚金刑并无多少区别。^③ 但我国大多数学者认为,目前刑法中的没收财产刑制度利大于弊,主张予以保留。^④ 没收财产刑的公正性、正当性、合宪性也是具有法理根据的。若在现有的财产刑制度的基础上加以完善,则更有利于全面发挥刑法的功能,实现刑罚的价值。

(二) 没收财产刑裁量标准的缺失

量刑标准对于确定刑罚,无论是主刑或是附加刑,都是一个至关重要的问题,其是宪法平等原则、公平精神在刑法领域中的具体体现。我国《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。”从罪责刑相适应原则的角度来讲,重罪重罚,轻罪轻罚,罪当其罚,罚当其罪。然而,我国现行刑法中没有关于没收财产刑裁量原则、规则和标准的明确表述,刑法总则中仅笼统作了没收全部财产和没收部分财产的区分,刑法分则中仅作了“并处没收财产”、“可以并处没收财产”的规定。这导致司法实践中关于没收财产刑的裁判随意性较大,操作尺度较大,执行弹性较大,罪责刑相适应原则无法统一地、较好地贯彻执行。与之相比较,同为财产刑的罚金刑却有相关具体规定。我国《刑法》第52条规定:“判处罚金,应当根据犯罪情节决定罚金数额”,这明确了罚金刑的裁量原则。此外,最高人民法院出台的司法解释明确规定,对罚金刑的裁量应考虑犯罪人的履行能力。^⑤ 在刑法分则中,还有比例罚金制、倍数罚金制等关于罚金刑裁量标准的进一步规定。对于同为财产刑的没收财产刑,且严厉程度更甚于罚金刑,却未有类似的明确规定,这不能不说是我国没收财产刑制度的缺失。由于没收财产刑立法的模糊,裁量原则、规则和标准的缺失,量刑粗略化、神秘化随之而来。司法实践中,什么情况下没收犯罪人的全部财产,什么情况下没收部分财产,没收部分财产时比例如何确定,各地法院均无法统一和平衡。这严重影响了司法的严肃性和权威性,并引起社会对个案公正的质疑,使没收财产刑制度受到宪法精神的诘责。没收财产刑的裁量原则和标准缺失,还带来了“一纸空判”等问题,人民法院往往只能作出宣示性的判决,之后能够执行的案件只占少数。^⑥

(三) 财产刑没收与特别没收混用

罪刑法定的原则,一方面是为了打击犯罪、维护国家及社会的安定,另一方面则是为

① 张利青:“对我国没收财产刑的反思”,载《长江大学学报》(社会科学版)2012年第7期。

② 方文军:“没收财产刑的主要弊端及其立法完善”,载《中国刑事法杂志》2000年第6期。

③ 谢望原:“刑法中的没收制度”,载《中国刑事法杂志》2009年第6期。

④ 阮齐林:“论财产刑的正当理由及其立法完善”,载《中国法学》1997年第1期。

⑤ 2000年12月19日,最高人民法院出台的《关于适用财产刑若干问题的规定》第2条规定:“人民法院应当根据犯罪情节,如违法所得数额、造成损失的大小等,并综合考虑犯罪分子缴纳罚金的能力,依法判处罚金。”

⑥ 据统计重庆市第四中级人民法院及辖区法院2007~2011年间的刑事判决,涉及没收财产刑的共计63件,其中立案执行11件,执行到位5件。