



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文
阅读次数: 204

第三届刑事法前沿问题研讨会综述

2005年11月26-27日,中国社会科学院刑事法重点学科在京举办第三届刑事法前沿问题研讨会。会议围绕刑事法理论、刑事法实践和刑事法改革三个主题展开,采取主题发言和自由讨论的形式进行。

一、关于刑事法理论的研讨

在刑事法理论领域,与会学者围绕刑法平等原则、刑法解释、刑事政策、刑事一体化、客观处罚条件、自救和他救、犯罪既遂和死刑展开了广泛研讨,进一步深化和推进了刑事法理论。

关于当代西方刑事政策,有学者概括其发展趋势与特点为:第一,摆脱了长时间关于报应论、一般预防论和特殊预防论等传统刑法理论的纠缠,结合一些社会先进思想,创立了积极的犯罪预防理论,这一理论认为刑罚具有三个基本的作用与目的:具有社会教育的学习效应、信用效应、平抚效应。第二,坚持刑事政策的效益价值理念,努力创造人权思想,强调人的生命不可剥夺性。随之而来的是废除死刑运动和严格限制死刑。第三,刑事政策更加讲求刑罚的效益,弱化监禁刑的依赖性。第四,追求刑罚处罚方法的多样化,将社会利益、被害人利益和被告人人权保护有机统一起来。第五,重视刑事处罚执行政策。刑事执行政策是否科学有效,直接影响刑事政策的效用。

关于刑法平等原则,有学者认为刑法平等原则的法律依据是宪法第33条的规定。“中华人民共和国公民在法律面前人人平等”。理论基点在“法律面前”而不是“立法上”,“平等”只能是相对平等,而不可能是绝对平等。内涵上,“任何人”应指犯罪人、被害人等;既包括自然人,也包括单位;“适用法律”,包括管辖上平等、定罪适用上平等、刑罚裁量上平等和刑罚执行上平等。三是刑法平等原则的“平等”是指“权利享有的相同”,不应包括权力配置的平等(这是一个立法问题),还应包括权利保障、履行义务、适用法律的标尺的相同。四是“平等”应讲求实质平等优先,兼顾形式上平等。五是刑法平等与个案个别化应当兼顾。

关于刑法解释溯及既往的效力,与会学者认为刑法、刑事诉讼法应从理念、制度和规则等层面展开研究。在20世纪90年代以前,一般认为刑法解释的效力是基于其解释的法律的效力。有学者认为应当区分扩张解释与非扩张解释。刑法解释不合理时应由立法者或有权解释者作解释,而不应由法官作解释,法官只是适用法律。如果存在根据不同司法解释做出的判决,司法解释有变动而原判决原则上不宜变动,即使参照变化了的司法解释会获得对被告人不利的结果。

关于刑事一体化与刑事学科体系的构建。与会学者探讨了刑事一体化理论,认为刑事一体化应区分为观念的刑事一体化和作为方法的刑事一体化,把刑事一体化作为一个有机的系统加以研究,从方法论意义上来理解。从理论上分析,必须从刑事一体化角度重新思考、反思刑事现实,使刑事一体化适应现实的要求,作为反思的一个结果,作为回应现实的表现。关于如何构架刑事一体化,要打破学科界限,强调立体的整体意识,既瞻前顾后,又环左顾右;强调开放意识,不仅要考虑打击犯罪,还要考虑保障人权;强调发展意识,把打击犯罪作为一个动态发展过程。有的学者从刑事学科系统论的角度,对刑事一体化以及刑事哲学方法论进行了分析,认为刑法、刑事诉讼法、犯罪学、侦查学、犯罪心理学、刑事被害人学、刑事执行法学等组成大的刑事学科,众多刑事学科的目的和功能一致,组成一个相互联系的刑事学科系统。刑事一体化分为三个层次:第一层是以刑法学为中心,即把与刑法学相关的学科整合起来,共同为刑法学

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

发展服务；第二层是以刑事法学为本位；第三层是整个刑事学科，进而倡导构建犯罪者、犯罪行为、犯罪者与被害方的互动的三元结构。

关于刑法中的客观处罚条件，有学者认为在中国刑法中不存在客观处罚条件。理由在于：（1）我国的犯罪论体系中不可能有类似大陆法系刑法中的客观的超过要素的客观处罚条件的存在，因为我国的犯罪构成是实质与形式要件的结合；（2）我国刑法中不存在所谓的客观的超过要素，这违反了责任原则，也违反了刑法第14条“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪”的规定；（3）肯定存在客观处罚条件的观点认为，承认客观处罚条件的存在有利于解决此罪与彼罪的问题，但是在定罪与量刑的时候，还是应该从客体及客观方面入手，否则有可能陷入主观主义。认为我国刑法中虽然有诸如“严重后果”的规定，如刑法第129条规定丢失枪支不报罪，但是这些“结果”都是构成要件的结果，是构成要件之内的东西，而非构成要件之外的事物。

关于死刑，有学者从生命权剥夺的法理基础出发分析了自然权利的生命权，认为生命权并不仅仅属于个人自行决定的范畴，生命权同时还有生命共同体的涵义；进而从“人生目的”分析废除死刑的各种理由，提出谁有权利剥夺生命权的命题。最终的结论归结到：（1）国家可以根据法律剥夺生命权，但这种剥夺是不得已的，是符合公正利益的；（2）死刑是残酷的刑罚，废除死刑是我们的目标；（3）国家可以剥夺生命权，但不等于国家必须剥夺生命权，国家应尽可能宽容犯罪。与会学者从法哲学、伦理学等角度拓展了对生命权剥夺的研究：有学者认为剥夺生命权的终极效力必须从应然角度去讨论，死刑本身没有正当与不正当之分；有学者建议从法哲学、政治哲学和伦理哲学三方面去进行分析生命权剥夺的法理基础，认为死刑文化应包括死刑制度文化、理论文化、观念文化、道德文化等，中国现在保留死刑的主要原因是死刑文化上的原因。

关于犯罪既遂理论，与会学者提出我国刑法分则规定的犯罪是以既遂为模式还是以成立为模式的问题。既遂模式说曾经是理论界的通说，但是近年来该说不断受到成立模式说的挑战。有学者认为需要否定既遂模式说，刑法分则中的过失犯罪不是以既遂为模式，而且我国刑法与大陆刑法的规定不同，在分则条文中没有诸如“前款规定之罪未遂，亦罚”的规定，也没有在总则中说明对于预备犯、未遂犯的处罚限于分则的特别规定，对故意犯罪，我国刑法分则不是以既遂为模式的。

关于刑法中的自救与他救，与会学者探讨了正当防卫与自救的关系，认为正当防卫包含自救，二者有所交错，比较了中外刑法中关于正当防卫的异同，建议我国刑法作出调整，呼吁增加正当事由的法律规定，减少误导。

二、关于刑事法实践的研讨

刑事司法实践需要刑事法理论的指导，而刑事法理论的“源头活水”正是刑事司法实践。会议围绕犯罪故意、经济刑法、死刑适用、恐怖组织认定、诉讼诈骗、刑事再审、暂缓起诉以及检警关系构建等展开了研讨，对刑事司法实践具有促进和指导意义。

与会的实务部门的同志认为司法实践对创新理论研究存在需求，提出实践中的若干问题供讨论研究。比如：目的犯问题，学界认为目的犯除了有“法定目的犯”外，还有“非法定目的犯”。实践中主张“目的犯”通过客观实际情况来推定目的。又如，滥用职权罪的问题。滥用职权罪的主观罪过是过失、故意还是故意过失混合说，抑或是复合罪过，存在争议。再如，诉讼诈骗问题。实务部门一般认为，诉讼诈骗侵犯的客体是审判活动而不是公私财物的所有权关系，不符合诈骗罪的特征。2000年最高人民检察院根据山东高院的请示做出的批复引起了很大的争议。在单位实施盗窃罪问题上，如单位集体研究窃电，能否追究自然人的责任，实践中争议也颇大。

关于犯罪故意中明知的认定，有学者指出司法解释中的“明知是指知道或者应当知道”，可以做两种解释：“明知”的法律文本含义的解释；司法判断的指导、指引。通过对司法解释中若干“明知”情形的分析，指出在制定刑事司法解释时区分司法认定指导与法律文本解释的必要性，即：法律文本解释应当遵循文本解释的规则，而司法认定指导的重点在于根据事实证据认定被告人的心态，给出应当知道或可能知道的情形或推定的规则。

关于经济刑法，有学者重新构建了中国国情下经济刑法的基本格局，认为目前我国的经济刑法立法存在罪名虚置和罪名应付阙如的问题。对经济犯罪的刑事立法与刑事司法要考虑到经济犯罪作为法定犯的特质以及不同刑罚的社会效果，认为罚金刑同行政处罚没有实质性的区别，既可由他人代交也可以代他人交，浪费了大量的司法资源，又没有取得良好的司法效果。从中国的实际出发，提出凡是能够以金钱解决的问题，都不必进入犯罪圈，坚持以身体刑为界限划定经济犯罪犯罪圈，使刑罚保持威慑性。

关于定罪，与会学者认为实现公正定罪需要：（1）良好的法律文本支撑；（2）正确的法律理念支撑；（3）公正的诉讼程序支撑；（4）一套理性的解释法律的思维方式。无论是研究犯罪论、犯罪构成还是程序问题，都应当从整体及各要素的互动中研究其功能、价值及定位。实现公正定罪需要多元支撑，而且多元之间应当互相契合、互相支撑。也有学者从另一个角度提出公正定罪的实现还需要合理的经济、政治制度等的支撑，法官在具备相应的理念之外，还需要良好的司法素质等作为基础。

关于恐怖组织认定，与会学者分析了我国恐怖组织认定的现状和缺憾，认为我国目前对恐怖组织的认定采取的是司法认定和行政认定并行的双轨制，但公安部的行政认定缺乏法律依据、机制不够完善。与会学者比较考察了恐怖组织的认定，但在我国尚不明确，邪教组织由公安部认定，黑社会性质组织由法院认

定,其他犯罪组织一般也是法院,恐怖组织的认定主体需要厘清。在恐怖组织认定的立法上,存在专门立法、刑法修正案等设想,有学者建议采用单轨制的行政认定模式,建议制定反恐法,明确恐怖组织的认定,并在刑法修改中增设反恐认定模式。

关于诉讼诈骗问题,与会学者提出诉讼诈骗是指通过虚构事实、隐瞒真相或伪造证据等不正当手段,利用人民法院判决的强制执行力非法占有他人财产的行为。与会学者分析了诉讼诈骗是否构成犯罪的两种观点和相应的论据,认为根据刑法第266条“诈骗公私财物,数额较大”的规定,诉讼诈骗的行为完全可以构成诈骗罪,但诉讼诈骗的行为未必全部构成诈骗罪,应当区分具体情形:(1)利用掌管公章的机会,在借据上自盖公章,然后起诉所在的单位,要求法院判处单位给予其财物,侵占公共财产的行为可能构成贪污罪;(2)如果上述的单位是公司等私有单位,可能构成职务侵占罪;(3)如果指使他人做为证,可能构成妨害作证罪;(4)如两个单位利用法院判决执行不需要缴税的做法双方合谋偷逃税则侵害国家的利益,再如债务人将其债权通过虚假诉讼转移到其他公司,就侵犯了其他债权人的利益。

关于死刑的司法适用,与会学者分析了死刑的适用条件,认为必须充分考虑犯罪情节及危害程度(犯罪人具有法定或酌定的从重情节、犯罪人不具有从宽情节)及刑法第49条规定的否定条件。实践中死刑与死缓如何适用,有学者认为如下情形可以考虑适用死缓:具有法定的从宽处罚情节;具有酌定的从宽情节;犯罪动机有情可原的;判决前后果大部分已经消除的;犯罪人没有引起极大民愤的;因家庭纠纷引起的犯罪;根据政策原因区别对待犯罪人;基于国家利益给予特别考虑的。在死刑案件的证明标准上,有学者认为应当对证明标准分而治之,适用双层标准,即在定罪程序中,坚持排除合理怀疑的标准,在量刑程序中,坚持排除一切怀疑的标准,即不能存在任何的怀疑,因为合理的怀疑也是怀疑。死刑适用应当慎重,只有在对被告的罪行根据明确和令人信服的证据、对事实没有其他解释余地的情况下,才能判处死刑。如果仅仅适用排除合理怀疑的标准,会产生很多问题,会使被告人在许多疑问的情况下被判决死刑。

针对被追诉人违法所得的认定,与会学者认为,司法实践中缺少明确的法律规定导致移送违法所得呈现出很大的随意性,有必要对违法所得进行合理的界定。违法所得是指有重大嫌疑系违法行为所得而应当予以罚没的财产:不是犯罪所得;其取得没有合法依据;有证据证明是根据违法行为所得。认定违法所得应坚持如下标准:有证据证明行为人的行为虽然不构成犯罪,但是系违法行为;有证据证明行为人没有合理的依据而取得相关财产;在特定场合下,有证据证明行为人的财产来源不明,但又不构成巨额财产来源不明罪。也有学者提出,即使能够证明在行为人的违法行为与财产获得之间有一定的因果关系,因缺乏相应的救济程序故在采取强制措施时应该慎重。

关于再审启动权的归属,有学者提出人民检察院与人民法院均依法有权启动再审程序,但人民法院自行启动再审程序违背了控审分离的原则,违背了审判中立的原则,与不能自以为非的诉讼规律相悖。也有学者认为,二审审理应该区分法律审与事实审,简单地发回重审不妥,法院主动纠错的做法有问题,主张“有错必查,纠错慎重”。关于如何开展刑事司法合作,有学者认为在制度层面上,相关的国际条约、国际公约及双边条约只是进行刑事司法合作的基础,顺利、成功的刑事司法合作需要了解对方的法律制度。

关于暂缓起诉制度,与会学者提出目前暂缓起诉制度的适用对象主要为未成年人及大学生,适用犯罪的范围多为财产犯罪,如盗窃罪。有学者认为,无论从刑事政策、实体法还是从实施方面而言,暂缓起诉制度都有着其存在的合理性。有学者认为,在轻罪案件中适当地延长审查起诉的时间,有利于修复受损的社会关系与人际关系。暂缓起诉制度对于未成年人是有益的,既能收到良好的法律效果又能收到良好的社会效果。也有学者对暂缓起诉制度的设计做了补充:在共同犯罪中,如果出现主犯被暂缓起诉对从犯应形成相应处理措施;暂缓起诉制度中应考虑被害人的影响。

关于司法机构之间的关系,有学者提出要重新构建科学警检关系。认为警检关系是刑事诉讼中非常重要的内容,但实践中警检常常发生冲突,结果常常是损害当事人的利益。建议在现有刑事诉讼法框架之下,以检察监督为切入点;实行警检一体化。有学者认为不仅仅在理念上坚持警检一体化,而且要在工作机制上实现警检一体化,使检察机关对公安机关的司法起到监督作用。

与会学者还对轻罪罚的执行方式、集资诈骗罪与非法吸收存款罪的差异进行了研究。

三、关于刑事法改革的研讨

刑事法改革一直是刑事法理论与实践集中关注的问题。与会学者围绕反腐败公约的批准与刑事诉讼法的修改、刑事诉讼法修改的理念和原则、刑事管辖改革、司法鉴定体制改革、死刑复核程序、刑事救济程序、刑事附民事的精神损害赔偿的完善展开了研讨,为刑事立法与司法的改进准备了条件、奠定了基础。

全国人大常委会已于2005年10月27日批准《反腐败公约》,该公约在年底要在我国生效,我国仅保留了《公约》的第66条第2款(不把案件移送到国际法院)。公约要求对腐败加强打击力度、保证程序公正。与会学者对反腐败公约与刑事诉讼法的修改进行了研讨,认为反腐败公约对刑事诉讼法修改的借鉴表现在:一是加强侦查能力,比如控制之下的交付,技术侦查在我国刑事诉讼中应当规范化、程序化。二是推定和证明责任的倒置。《公约》规定可以搞举证责任倒置,值得刑事诉讼法加以借鉴。三是追赃问题。

《公约》规定,只要有生效裁判就可以追赃,但按照我国刑事诉讼法的规定,“先刑事后民事”,案件的刑事部分在附带民事部分之前要解决。这要求我国的刑事附带民事诉讼制度应作修改,允许民事部分独立起诉和先行审判。四是我国应对特别的刑事案件规定缺席审判,以便追击外逃贪官和返还赃款。有学者建议在缺席审判的案件中都不要判处死刑,以便引渡。

关于刑事诉讼法修改的理念和原则，与会学者认为修改刑事诉讼法应当贯彻一种精神：化解被告人与被害人之间的矛盾，修复被告人与被害人之间的关系。主张：（1）轻微的犯罪，对国家利益侵害不是很严重的犯罪，尽可能通过双方和解、调解等实现轻刑化，尽可能用赔偿解决双方的关系，达到和谐；

（2）注重被害人诉讼权利的保障，强化被害人权利，在诉讼中明确告知被害人的法定权利，规定不告知的程序性法律后果；（3）刑事附民事的提起，应规定在诉讼中可由被害人选择在刑事诉讼中提起附带民事诉讼，还是单独提起民事诉讼；（4）应当关注被害人的二次被害问题。也有学者提出刑事诉讼法修改应考虑权利的相对性问题，认为大陆法系讲求诉讼内保障，英美法系讲求诉讼外保障，应当考虑诉讼内外平衡协调的问题。

与会学者认为，刑事诉讼法修改不仅要关注基本原则和与一些国际公约的关系等宏观问题，也应关注一些具体问题，比如刑事管辖、死刑复核程序、刑事救济程序、司法鉴定体制、刑事附民事的精神损害赔偿问题等。关于刑事管辖，有学者认为，我国目前的刑事诉讼法关于管辖主要针对两种主体：一是针对公安机关的，二是针对诉讼参与人的。即立案管辖和审判管辖。审判管辖，在我国分成三大类，在德法等国分成两大类：法定管辖和裁定管辖，这比我国更加科学明晰。当发生管辖竞合时，在国外的裁定管辖权是由法院去裁决，提请法院指定管辖。刑事诉讼法在提起再审条件上，有没有管辖问题，应进行整体性反思。也有学者提出要通过刑事诉讼法修改来防止地方管辖保护、普通管辖与专门管辖冲突的协调等问题。

关于司法鉴定体制的改革，有学者分析了司法鉴定体制改革的目标（建立同一的司法鉴定机构）、价值基础（公正的司法鉴定）及鉴定结论应具备的特征（中立性、可接受性及公证性），介绍了2005年2月全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》所取得的进展，就建立一个公正、独立的鉴定机构进行了展望，认为需要：（1）建立完善的鉴定行业管理，如成立行业协会；（2）制定详细、完善的行业规则、纪律、规范；（3）建立一整套的标准体系；（4）完善鉴定人员与鉴定机构的责任制度，《关于司法鉴定管理问题的决定》仅规定了行政责任与刑事责任，还缺少民事责任，可以考虑根据鉴定机构与鉴定人员的违约情况，根据合同法的相关规定，明确鉴定人员与鉴定机构应承担连带责任。

关于死刑复核程序，有学者分析了死刑复核程序中的控辩平等关系。认为死刑的程序法控制主要是通过一审和二审程序。在二审程序中，强调二审的开庭审。理论界对死刑复核程序中是否应当建立控辩平等程序的机制存在不同认识：有观点认为，死刑复核程序是典型的“核”而“不审”，属于行政程序之列；也有观点认为，死刑复核程序是书面启动但秘密进行。与会学者认为死刑复核程序是一种司法程序，具有公开性、参与性、平等性、合法性和终局性，以便实现三大功能：不能错杀，不能多杀，不能滥杀。死刑复核的主体应当包括被告人、辩护人、死刑复核中的检察官、死刑复核中的被害人。有学者认为构建我国的死刑复核程序，应当实行三审终审制，贯彻“简者更简、繁者更繁”的原则，在司法考试基础上专门举行死刑复核资格考试，选拔死刑复核人员。也有学者认为普遍地实行三审制不太切合实际。

关于刑事救济程序，与会学者阐述了建构刑事救济程序的理论基础，建构刑事救济程序具有特别的意义。有学者介绍了建构救济程序的原则，包括诉权谦抑、控辩平等、有错必纠、公正与效率兼顾，并以二审程序为例，介绍了救济程序存在的相关问题，简单探讨了再审程序的主体制度，指出目前再审程序的启动权主要掌握在人民法院与人民检察院手中，应该赋予当事人启动再审程序的权利，但要施加一定的限制，以兼顾公正与效率。

关于刑事附民事的精神损害赔偿，与会学者探讨了刑事附民事精神损害赔偿的理论基础、法律基础和刑事附民事的精神损害赔偿研究的价值，对刑事附民事的精神损害赔偿进行了设计。有学者认为刑事附民事的精神损害赔偿范围不应以民法通则第120条为基础，应扩大到杀人、伤害、强奸、侮辱、诽谤等。请求主体一般应是被害人，特殊情况下被害人的近亲属也可提起，但应限制在父母、配偶和子女的范围。赔偿原则包括：处分原则、区别对待原则、适当限制原则、调解原则。也有学者提出刑事附民事的精神损害赔偿问题涉及到刑事立法走向问题，认为我国的相关规定是大陆法系的规定，英美法系没有类似规定。刑事诉讼中，任何犯罪都可能造成精神损害，不同的案件有不同的伤害，而且不同的精神伤害的界定标准很难确定。还有学者认为如果刑事附民事问题在刑事诉讼中妥善地解决，是解决重刑主义的一个重要举措，应在刑事诉讼法修改中加以考虑，或者考虑将刑事附民事放入民事诉讼中，禁止进入刑事诉讼程序。还有学者认为刑事附民事的精神损害赔偿应当受到重视，不能因为被告人赔不起就不判赔。

刑事法前沿问题研讨会是中国社会科学院刑事法重点学科主办的年度学术论坛，旨在创新刑事法理论、促进刑事法实践、推动刑事法改革。研讨会的优秀论文精选编入《刑事法前沿》。自2003年，刑事法前沿问题研讨会已举办三届，出版两卷《刑事法前沿》，受到刑事法理论界和实务界的广泛关注。来自北京和外地高等院校、科研机构以及实践部门的40多位同行参加了研讨会。

（记录与整理：蒋熙辉 石经海 周振杰 刘君）

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)