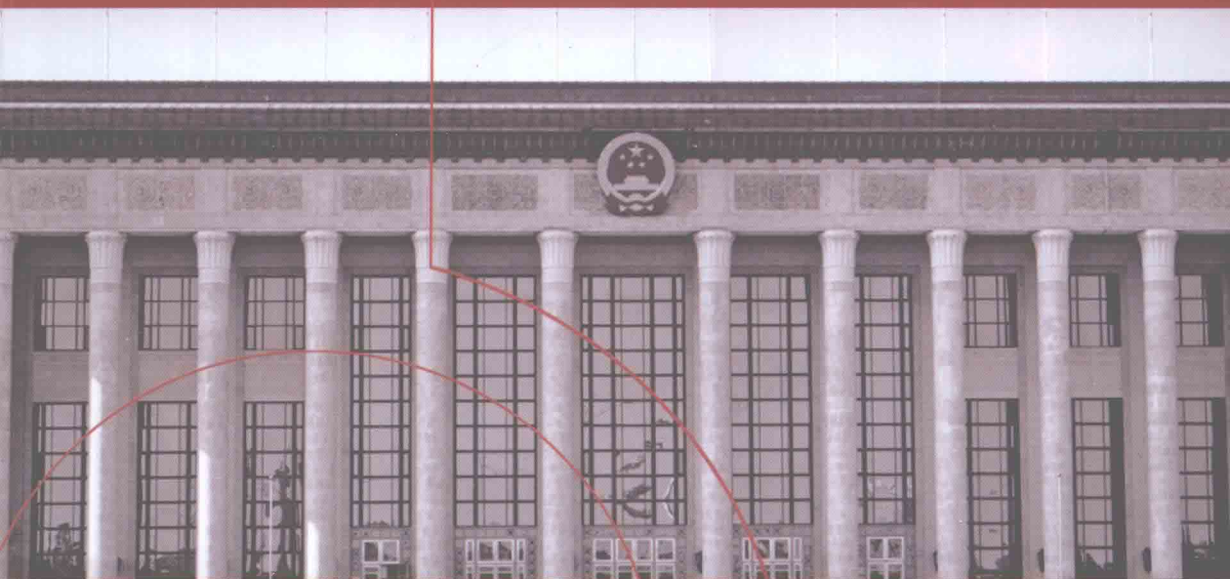


中国法评注与适用丛书·刑法系列



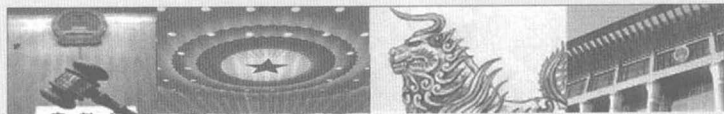
《中华人民共和国刑法修正案(八)》 解读与思考

▲ 高铭暄 陈璐 著



 中国人民大学出版社

中国法评注与适用丛书·刑法系列



《中华人民共和国刑法修正案(八)》 解读与思考

▲ 高铭暄 陈璐 著



中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

《中华人民共和国刑法修正案 (八)》解读与思考/高铭暄, 陈璐著. —北京: 中国人民大学出版社, 2011. 4

(中国法评注与适用丛书·刑法系列)

ISBN 978-7-300-13568-7

I. ①中… II. ①高…②陈… III. ①刑法-法律解释-中国②刑法-法律适用-中国
IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 057199 号

中国法评注与适用丛书·刑法系列

《中华人民共和国刑法修正案 (八)》解读与思考

高铭暄 陈璐 著

Zhonghua Renmin Gongheguo Xingfa Xiuzheng'an (ba) Jiedu yu Sikao

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京中印联印务有限公司

规 格 170 mm×240 mm 16 开本

版 次 2011 年 4 月第 1 版

印 张 13.5 插页 2

印 次 2011 年 4 月第 1 次印刷

字 数 244 000

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

前言 走向完善的中国刑事立法

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律，在中国特色社会主义法律体系中起着支架作用。^① 刑法作为国家的基本法之一，与共和国一起风雨兼程，经历了孕育、诞生与完善的艰难历程，尔来已有六十余载。回顾新中国第一部刑法典编订告竣的曲折过程，不禁使人感慨万千：一部出台时不过 192 个条文的刑法典，从全国人大常委会办公厅法律室着手起草算起，先后竟然孕育了 25 年之久。而实际工作时间只用了 5 年多，有近二十年是因为政治运动的冲击而处于停顿状态。新中国成立近三十年，我们才有了第一部粗放型的刑法典，这不能不说是法制的严重滞后。^② 所幸，在经历了法律虚无主义的劫难之后，举国迷途反思，及至 1978 年党的十一届三中全会作出全面建设社会主义法制的决策之后，社会主义法制建设才终于迎来新生，我国刑事立法工作也才得以正式全面启程。自 1979 年颁布第一部刑法典起始，中国的刑事法治建设一路繁兴，成果令世人瞩目。随着中国社会主义市场经济体制的确立和发展、依法治国与建设社会主义法治国家之基本治国方略的确立和推行，以及随着市场经济条件下平等观念和民主法治观念的弘扬，中国的刑事法治改革正在不断推向纵深，其中刑事立法的活跃便是明证。^③ 从 1979 年刑法到 1997 年刑法，再到 1 部单行刑法、7 个《刑法修正案》，刑法一路紧锣密鼓地随着社会情势的变化与刑法观念的革新进行着修正，这个过程是经验的积累，也凝聚了更大的立法力量。这种力量随着《中华人民共和国刑法修正案（八）》（以下简称《修正案（八）》）的出台终于喷薄而出，于是我们看到了刑法的修正再也不满足于分则各罪的增删与修缮，而是对总则中的宏观制度设计开始了前所未有的革故鼎新，其力度之大、刻度之深堪为历次修法之最，当是我国刑法立法改革的一个里程碑。故此，以《修正案（八）》的颁布为契机，笔者意欲就我国刑法立法改革中的若干重要问题作一宏观的透析与展望，算是对此次刑法修改的一个总括，也算是对刑法立法改革步履多年的一次盘点吧。

① 参见吴邦国委员长在十一届全国人大常委会第十九次会议闭幕式上的讲话，载《人民日报》，2011-02-26。

② 参见高铭喧：《刑法肄言》，94~95，北京，法律出版社，2004。

③ 参见高铭喧、赵秉志：《中国刑法立法之演进》，前言，北京，法律出版社，2007。



一、我国刑事立法改革的必要性和可行性

刑法作为调整社会关系最严厉的部门法，历来是国家立法工作的重点。然而，立法是一项巨大的工程，不能一蹴而就，必须首先考虑到国家是否实际需要、立法条件是否成熟。此次《修正案（八）》正是在改革迫切需要、各方面条件都相对成熟的条件下酝酿出台的。

（一）我国刑事立法改革的必要性

我国刑事立法的发展大致经历了三个阶段：一是1949年新中国成立之后至1979年第一部刑法典颁布之前。新中国成立初期，我国并没有统一的刑法典，只是根据革命和建设的实际需要先后制定了一批单行刑法，并且在一些非刑事法律中设置了一些附属刑法规范，这些刑事法律规范有效地保证并推动了各项政治运动的开展，但并不是现代意义上系统规定犯罪、刑事责任与刑罚的刑法。二是1979年刑法颁布之后到1997年新刑法颁布之前。1979年刑法的颁布标志着我国有了比较全面、系统的刑法规范，我国刑事立法从此进入了法典化时期。三是1997年新刑法颁布之后适用至今。1997年刑法对1979年刑法进行了一次比较系统、全面的修订，大大促进了我国刑法的现代化和科学化。晚近十多年来，国家立法机关又根据实践需要先后通过了1部单行刑法和7个刑法修正案，对刑法典进行了局部的修改和完善。在这个过程中，我国刑法已经确立了罪刑法定、罪责刑相适应、适用刑法人人平等、刑法谦抑、刑罚人道等现代刑法观念，形成了比较合理的刑法篇章结构、条文排列与修法模式，规定了内容相对科学的刑罚结构、量刑制度与刑罚执行制度，应当说，已经能够基本满足刑法惩罚犯罪、保护人民、维护社会稳定与发展的需要。但是随着社会经济、政治体制改革的不断深入、刑法观念的进步更新以及国家政策的调整，我国刑法规范也逐渐暴露出一些缺陷和不足，亟待进一步改革。具体来说，主要有以下几个方面的必要性：

1. 适应社会发展的迫切需要

近年来，随着经济社会的不断发展，我国社会陆续出现了一些新情况和新问题需要刑法作出积极的回应。这主要表现在：（1）出现了一些新的严重危害社会的行为，需要刑法加以调整，对其作入罪化处理，一些严重危及人民群众生命、健康和财产安全的犯罪行为，需要进一步降低入罪门槛、加大法定刑幅度。（2）原有一些行为的社会危害性有所弱化，需要适当降低法定刑幅度。（3）民众的刑法观念日益进步，对刑法中一些基本观念、基本制度（如死刑、量刑制度、特殊群体犯罪等）的认识有了深入变化，需要刑法作出相应的调整。法律从来都是以社会为基础的，是利益与需要的表现，作为社会关系重要调节器的刑事法

律，应根据社会发展变化的新情况以及惩治犯罪的需要作出必要的修改补充，以担当起刑法维护和促进社会发展进步的重任。

2. 贯彻宽严相济刑事政策的必然要求

宽严相济的刑事政策作为当前我国打击犯罪、维护社会稳定的基本刑事政策，对于刑事立法、刑事司法均具有重要的指导作用。宽严相济的刑事政策要求刑事立法根据不同的社会形势、犯罪态势与犯罪的具体情况，对犯罪人区别对待，科学、灵活地运用从宽和从严两种手段，打击和孤立极少数，教育、感化和挽救大多数，最大限度地减少社会对立面，既要有力地打击和震慑犯罪，维护法制的严肃性，又要尽可能减少社会对抗，化消极因素为积极因素，实现法律效果和社会效果的统一，促进社会和谐稳定，维护国家长治久安。因此，贯彻宽严相济的刑事政策必然要求我国刑事立法在新形势下适当地作出调整，以体现其区别对待的精髓。

3. 弥补刑法典自身缺陷的需要

刑法自1997年全面修订之后，虽然立法机关根据社会发展的需要又对刑法典作了多次的局部修改，但我国刑法典依然存在不少缺陷。这主要体现在：（1）一些刑法条文长时间未曾使用过，造成了立法资源的浪费与闲置，长此以往，必给人陈旧之感。（2）刑罚结构失衡，存在着实际执行中死刑过重、生刑过轻的矛盾，死刑惩罚的严厉性与自由刑惩罚的严厉性不相协调。^①（3）刑罚轻重失调，部分犯罪的刑罚设置不合理，存在着重罪轻罚、轻罪重罚的现象，刑法立法的宽严不相协调。（4）一些制度规范有失详备周全，致使在司法实践中适用标准不统一，难以实现制度设计的初衷。（5）刑法立法的前瞻性不够、国际性不强，不能及时反映社会发展中的新情况、新问题，对刑法发展的国际趋势和国际标准顺应不够。^②为了弥补刑法典自身的上述缺陷，也亟须对刑法典进行及时的修改完善。

以上三个方面的需要说明在当前的社会背景下，我国应当对刑法作进一步的改革，以适应我国社会发展和刑事政策调整的需要，并通过弥补刑法自身存在的缺陷，最大限度地发挥刑法为构建社会主义和谐社会保驾护航的积极功效。

（二）我国刑事立法改革的可行性

1. 从立法方面看我国刑事立法改革的可行性

近年来，我国立法机关根据国家整体改革开放对刑事法治的需要，根据刑法

^① 参见全国人大常委会法制工作委员会主任李适时2010年8月23日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）（草案）〉的说明》。

^② 参见赵秉志：《中国刑法改革新思考——以〈刑法修正案（八）（草案）〉为视角》，载《北京师范大学学报（社会科学版）》，2011（1）。



规范科学、协调发展的要求，对及时、稳健地修改刑法之必要性已经有了清醒的认识，同时，我国立法机关在1997年刑法全面修订以及此后一系列刑法修正案的立法过程中，逐步摸索和积累了较为丰富的立法经验，也发现、总结了一些立法教训，在立法宏观方向的把握以及立法技术的运用方面已经相当成熟。除此之外，立法机关还十分重视调查、研究司法机关和刑法学界关于修改、完善刑法的意见成果，并注意对现代其他法制建设先进国家刑事立法例的研究和借鉴。更值得一提的是，近年来我国立法机关开始逐步开放立法过程，向全社会征求立法意见，体现了我国人民当家做主的制度优越性。这些宝贵的经验促进了我国刑事立法科学化、民主化、开放化的发展进程，也使得立法机关对刑法的进一步修改与完善有了更强的驾驭能力。

2. 从司法方面看我国刑事立法改革的可行性

立法和司法同是我国刑事法治建设的重点，两者相辅相成。刑事立法改革的一切目的都是在司法中实现法治建设关于自由、公平、秩序的一切价值追求，因此，刑事立法的成败与否反映到司法领域就是具体案件能否依法得到合理、妥善的处理。实践是检验立法的唯一标准，刑法规范完善、合理与否必须在司法实务中获得证明。经过实践的反复检验，属于立法缺陷与不足的问题很快就会充分地显露出来，并且司法实务中出现的新情况、新问题也会反映到立法领域，为我国刑法规范的修改与完善提供充分的实践根据。

3. 从理论方面看我国刑事立法改革的可行性

近年来，我国刑法理论研究事业蓬勃发展，并且在内容上注重理论与实践相结合，根据国家改革开放与法治建设的进程和惩治、预防犯罪的实际需要开展关于刑法完善的研究，不论从宏观层面还是微观层面都提出了很多完善现行刑法的建议，并进行了周密详尽的理论论证，形成了相当规模的学术成果。这些研究成果使得立法机关对改革的深层社会根源有了更加深刻的理性认识、对具体制度的设计有了更加科学的实证分析、对可能引起的实施效果有了更加充分的观测预见。在我国刑事立法改革过程中，专家学者充分发挥了智囊团的促进作用，刑法的历次修改都与刑法学者的呼吁与论证密不可分，为刑法的修改工作提供了很好的理论参考意见和具体方案。

二、《修正案（八）》对刑法完善的维度分析

《修正案（八）》的颁布标志着我国刑事立法改革开始进入深水区，一些过去借国情为由不为所动的制度从此开始了深入变革，一些过去的成功经验也经由此次修法而更加成熟、完善。具体来说，《修正案（八）》对刑法典的完善有不同之

维度。概而言之，分为四个层次：第一，从刑法修法模式上讲，修正案模式作为在我国刑事立法实践中大获成功的立法模式日益走向成熟；第二，从宏观政策指引上讲，宽严相济的刑事政策是刑事立法一以贯之的指导方针；第三，从刑法调整对象的范围上讲，犯罪化与非犯罪化是刑法改革的核心内容之一；第四，从实现刑罚功能上讲，削减死刑罪名，实现不同刑种之间的顺接与协调是刑法改革的核心内容之二。

（一）修法模式之维度

刑法修改究竟应当采取何种形式进行，对此我们经历了一个不断尝试、不断探索的过程。1979年刑法颁行之后，为了体现立法适应性的要求，我国立法机关采取了形式上独立于刑法典而内容上又是专门规定犯罪、刑事责任的单行刑法和非刑事法律中附设刑事责任条款的附属刑法两种模式，来修改和补充刑事立法。其中，单行刑法的修法模式一直延续到1997年刑法颁行以后，直到我国立法机关通过第一个刑法修正案和发布第一个刑法立法解释文件，才结束了长期以来单行刑法作为主要修法模式一统我国刑法立法实践的局面。^①如今，我国刑事立法改革已经形成了以修正案为主要形式的修法模式，实践证明这是我国当前法治背景下比较理想的修法模式。

刑法修正案这一立法模式，借用我国台湾地区学者的观点，即所谓的“包裹立法”，此种立法具有单一性的特性，亦即对于所欲规范事项的立法，仅维持单一法律规定之形式，法律欲作变更时，仅将其法律规定从所在之基本法律中抽出加以修正，完成后其仍旧回归各基本法律形式之中。或许在修法时，有一修正法规名称，但此一法案名称如同“包裹”一般，系将相关法律规定自原所在法律规范中提出修正，再将各规定回归原法律规范之中，始终维持对于一事项之单一法律规定。^②对于刑法修改的立法模式种类而言，与“包裹立法”相对应的是“特别立法”（即单行刑法），此种立法形式主要系在普通规定之外，基于对特殊人、事、地、物的考量，在既有规范之外，另定一独立之法律形式，作为专属规范之法律规定，故乃衍生出适用优先之法律基本原理，即所谓特别规定优先于普通规定适用之法理。^③两种立法模式孰优孰劣，现在似乎已经是不言自明了。我国台湾地区在刑事法律的制定上，向来偏好特别立法，台湾学者对此颇有微词。林山田教授称刑法特别立法的频繁现象为“特别法肥大症”^④，柯耀程教授认为，特

^① 参见赵秉志：《改革开放30年我国刑法建设的成就及展望》，载《北京师范大学学报（社会科学版）》，2009（2）。

^② 参见柯耀程：《刑法的思与辩》，63页，北京，中国人民大学出版社，2008。

^③ 参见柯耀程：《刑法的思与辩》，63页，北京，中国人民大学出版社，2008。

^④ 林山田：《刑法的革新》，143页，台北，学林文化事业有限公司，2001。



别刑法立法使刑法呈现无所限制之过度扩张的趋势，并且在刑事立法上对于特别立法的基本理念认知不清，遂使得对于一个法律事实的规范，时常出现叠床架屋的情况，非但在法律适用时形成困扰，也造成法律关系混沌不清。^①在日本，长期以来对刑法典采取的也是直接对条文进行修改或者增删的方式，而没有颁布新的刑法典，于是出现了第××章之二，第××条之二、之三的表述方式。^②由此可见，直接修正条文的修正案模式为各国、地区的刑事立法所青睐。相比较而言，这种修法模式具有显著的优点，具体表现在：（1）刑法修正案是对原刑法条文的修改、增补与删减，颁行后直接成为刑法典的组成部分，并不打乱原刑法典的条文顺序，不像单行刑法那样独立于刑法典而存在，更不像附属刑法那样依附于非刑事法律而存在，从而更有利于保持刑法典的完整性和稳定性。（2）刑法修正案仅仅针对原刑法条文进行完善，其增补与删减均与原条文有关，衔接得有理、有序、有节，由此可以避免刑事立法无节制地过分扩张，从而有利于保持刑法典的统一性与连续性。

（二）刑事政策之维度

第二次世界大战以后，世界各国经济逐步复兴，政治亦逐步民主化，伴随而来是人权观念深入人心、人道主义刑事政策席卷各国。出于对犯罪人之权利和社会之义务的考量，社会防卫思想力压传统刑法观念脱颖而出，成为对个人尊严保护的坚固盾牌。彼时，刑法观念的发展似乎已经超出了现实的藩篱。而现实是：犯罪率在日益自由的经济模式中不断攀升；高昂的代价使刑事矫治措施捉襟见肘；社会矫治的直接后果是改造效果不彰而不是更好地复归社会；社会公众更关心犯罪人是否受到了应有的惩罚而不是其尊严是否得到了保护……因此，宽缓的刑事政策在遭遇现实时不得不束之高阁，以社会防卫论和人道主义为基础的宽容刑事政策并不能满足社会治理犯罪的需要，于是，刑事政策又逐渐回到了严格的定位上。然而剧烈的制裁毕竟与业已形成的刑法先进观念不相协调，于是各国刑法学者踌躇辗转找到了刑事政策上的中间道路：即宽与严并进的刑事政策。日本学者森下忠于1988年提出了两极化刑事政策的观点，认为对于凶恶的犯罪以及危险的犯罪人，应该使用以严格的处遇为目标的刑事政策；相对地，对于轻微犯罪以及具有矫治可能性的犯罪人，则应使用缓和的刑事政策，使其不受刑罚的制裁，或以缓和的方式处遇，例如除罪化、除刑化或非机构型的社会处遇等。^③以

① 参见柯耀程：《刑法的思与辩》，64页，北京，中国人民大学出版社，2008。

② 有学者认为，我国将新增加的条文写为“第××条之一”是不严谨的。参见张明楷译：《日本刑法典》，2版，20页，北京，法律出版社，2006。

③ 参见林山田：《2005年刑法修正总评》，82页，台北，元照出版公司，2007。

此为端始，各国的刑法改革便逐渐与宽严并进、宽严相济的刑事政策如影相随。自不待言，此次《修正案（八）》对刑法典的修改完善便是在新的社会形势下对宽严相济刑事政策的进一步贯彻，既有从严的一面，又有从宽的一面。

第一，充分保护人民群众的安全感，注重从严惩治危害民生和社会安全的犯罪。笔者认为，当下的刑事立法改革的重点是提高民众的“社会安全感”。社会安全感是社会公众对其人身、财产等合法权益将会受到违法犯罪行为侵害或者司法部门保护的可能性的心理预期和感受，这种社会安全感涵盖了人民群众社会生活的重要内容，包括食品安全、出行安全、劳动安全等。如果社会安全感强，人民感受到自己将会遭受违法犯罪行为侵害的可能性较小，对自己生命、财产的安全就有信心。从一定意义上讲，维护和增强人们的社会安全感，是刑事政策的基本目标之一。^① 2010年2月8日，最高人民法院发布了《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》，其第4条指出，要根据经济社会的发展和治安形势的变化，尤其要根据犯罪情况的变化，在法律规定的范围内，适时调整从宽和从严的对象、范围和力度。要全面、客观把握不同时期不同地区的经济社会状况和社会治安形势，充分考虑人民群众的安全感以及惩治犯罪的实际需要，注重从严打击严重危害国家安全、社会治安和人民群众利益的犯罪。到目前为止，《修正案（八）》应当说是最能体现刑事立法保护民众社会安全感的立法。主要表现在：（1）对一些社会危害严重，人民群众反响强烈，原来由行政管理手段或者民事手段调整的违法行为规定为犯罪，例如醉酒驾车、飙车等危险驾驶的犯罪，恶意不支付劳动报酬的犯罪，组织出卖人体器官的犯罪等。（2）加大对弱势群体的刑法保护，例如针对当前出现的新情况，完善强迫劳动罪的构成要件，提高其法定刑。（3）加强刑法对广大人民群众生命、健康的保护，例如调整生产、销售假药罪，重大环境污染事故罪的构成要件，降低入罪门槛，加大对这些犯罪的惩处力度。

第二，《修正案（八）》在从严惩处严重犯罪的同时，又进一步完善刑法中从宽处理的法律规定，以便更好地体现中国特色社会主义刑法的文明和人道主义，促进社会和谐。^② 主要表现在：（1）完善对未成年人和老年人犯罪从宽处理的规定。一是将犯罪时不满18周岁的未成年人排除出构成一般累犯的范围；二是对不满18周岁的人和已满75周岁的人犯罪，只要符合缓刑一般条件的，应当予以缓刑；三是对不满18周岁的人犯罪被判处5年有期徒刑以下刑罚的，免除其前

^① 参见何秉松主编：《刑事政策学》，311页，北京，群众出版社，2002。

^② 参见全国人大常委会法制工作委员会主任李适时2010年8月23日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）（草案）〉的说明》。



科报告义务；四是减轻已满 75 周岁的老年人犯罪的刑事责任；五是对已满 75 周岁的老年人原则上不适用死刑。（2）进一步细化缓刑适用的实质条件，有利于明确标准，扩大适用。《修正案（八）》颁布以前，我国刑法规定的缓刑适用的实质条件是“适用缓刑确实不致再危害社会”，如此规定过于原则，缺乏具体、科学的评价标准，导致实践中操作起来弹性过大，影响正确运用。《修正案（八）》进一步细化了缓刑适用的四个实质条件，即犯罪情节较轻、有悔罪表现、没有再犯罪的危险以及宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。适用标准如此明确，有利于缓刑功效的充分发挥。（3）完善管制刑以及缓刑、假释的执行方式。《修正案（八）》新增加规定对判处管制、宣告缓刑以及裁定假释的犯罪分子依法实行社区矫正，使得社区矫正一词第一次正式出现在刑法典中，这是对社区矫正在我国试行 7 年以来积极意义的重要肯定，也是对我国刑罚轻缓化、行刑社会化发展的进一步考验。（4）坦白从宽第一次被纳入刑法。为进一步落实坦白从宽的刑事政策，《修正案（八）》第 8 条规定，犯罪嫌疑人虽不具有自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。

（三）犯罪化与非犯罪化之维度

改革开放以来，刑事立法不得不紧跟社会形势频繁扩张，从 1979 年刑法到《修正案（七）》颁布的三十余年间，我国刑事立法的总体趋势表现为犯罪扩大化。1979 年刑法共 192 个条文，其中分则条文 103 条，从 1979 年到新刑法颁布前，全国人大常委会先后通过了 25 部单行刑法，在 107 个非刑事法律中设置了数量可观的附属刑法规范。1997 年刑法充分吸收了这些单行刑法和附属刑法的规定，共规定了 452 个条文，分则由原来的 103 条增加到 350 条。^① 从 1997 年刑法颁布至今，我国立法机关根据经济社会发展的现实和同犯罪作斗争的需要，又对刑法典进行了局部的修改补充。从犯罪化与非犯罪化的维度看，我国刑事立法改革的过程主要是不断创设新的犯罪种类的过程，此次《修正案（八）》对刑法典修正的重点同样集中在犯罪化上。主要表现在：（1）增设新罪。将一些社会危害严重、人民群众反应强烈、原来由行政管理手段或者民事手段调整的违法行为规定为犯罪行为，加大对弱势群体的保护以及加强刑法对人民群众生命健康的保护。^② 例如《修正案（八）》第 22 条规定，在刑法第 133 条后增加一条，作为第

^① 参见高铭喧：《1997 年刑法典的全面修订及其整体评价》，载《高铭喧自选集》，88 页，北京，中国人民大学出版社，2007。

^② 参见全国人大常委会法制工作委员会主任李适时 2010 年 8 月 23 日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）（草案）〉的说明》。

133条之一：“在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，或者在道路上醉酒驾驶机动车的，处拘役，并处罚金。”即增加了醉酒驾车、飙车等危险驾驶的犯罪。(2) 犯罪标准前移。为了严惩严重危害民众生命健康的犯罪以及防止出现这样的危险，世界各国刑事立法的一致选择是将犯罪标准前移，将危险犯改为行为犯、将实害犯改为危险犯。例如《修正案（八）》第23条规定，将刑法第141条第1款修改为：“生产、销售假药的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金……”原条文的表述为：“生产、销售假药，足以危害人体健康的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金……”由此可见，《修正案（八）》将该罪由危险犯变为行为犯，即行为人只要生产、销售假药，即使没有达到足以危害人体健康的程度，也构成犯罪。再如《修正案（八）》第46条规定，将刑法第338条修改为：“违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”与原条文相比，《修正案（八）》着重修改了该罪犯罪构成的结果要件，即将原来的“造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的”改为“严重污染环境的”。由此可见，《修正案（八）》通过改变重大环境污染事故罪的结果要件，从而将该罪由实害犯变为危险犯。降低了入罪门槛，增强了可操作性。(3) 扩张或者缩减构成要件要素，使得刑事规制的范围更加广阔。例如《修正案（八）》第42条规定，将刑法第293条修改为：“有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制：（一）随意殴打他人，情节恶劣的；（二）追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；（三）强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；（四）在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。”“纠集他人多次实施前款行为，严重破坏社会秩序的，处五年以上十年以下有期徒刑，可以并处罚金。”与原条文相比，《修正案（八）》增加了恐吓他人、纠集他人多次实施寻衅滋事行为的犯罪行为构成方式，这实际上是通过增加构成要件的行为方式要素实现了行为的人罪化处理。

然而，在立法犯罪化方兴未艾的背后，学界对此又抱有另一种隐忧，即刑法是否过多地承担了维护社会秩序的行政职责？刑事立法是否面对日益复杂的社会关系反应过度而表现出了“过剩犯罪化”的趋势？这种隐忧集中爆发于《修正案（八）（草案）》颁布后，彼时，社会各界对草案新增罪名的反应可以说是针锋相对，学界对某种行为是否应作犯罪化处理的争议从来没有这么激烈过。可以说，刑法学界对刑事立法犯罪化与非犯罪化问题的反思在《修正案（八）（草案）》颁布后达到了高峰，并持续争论着。那么，我国刑事立法果真有了“过剩犯罪化”



的趋势吗？笔者认为，并非如此。新中国成立至今，我国在前进中摸索社会制度构建的初步经验，步履艰难，目前，各项社会改革正处于攻坚阶段，社会阶层分化、各种矛盾凸显，社会治安状况不容乐观。在这种局势下，刑事立法义不容辞地担当着惩治犯罪、保护人民、维护社会和谐稳定的任务，更多地考虑犯罪化也是在情理之中的事。可以预见，这种局面还将维持相当长一段时间。但是，理论工作应当具有一定的前瞻性，待社会渡过了改革的最艰难时期，各种社会关系理顺了的时候，刑事法治的状况也会明显改观，到那个时候，刑事立法就会逐步地关注非犯罪化的问题了。在犯罪化与非犯罪化的问题上，切不可将其他国家非犯罪化的做法简单照搬到我国。正如日本学者所言：“和日本不同，在中国，至少在现阶段，所有的刑罚法规都集中在刑法典之中，而在刑法典之外则几乎看不见，因此，在中国不存在所谓的行政刑法。由于刑法典上的条文数量很少，因此，乍看之下，中国刑法中的处罚范围似乎很广，但实际上并非如此，日本刑法中的处罚范围比中国要广泛得多。所以，在非犯罪化方面，中国远比日本进步，这一点，必须引起注意。”^①此外，我国1979年刑法颁行之初的条文数是当时世界上最少的，分则罪名是随着经济社会的发展而逐步增加进去的，因此，我国刑法的发展还没有到以非犯罪化为重点的阶段。笔者赞同这样的观点：综合我国刑法制度、民众观念、犯罪状况等诸多因素，对当前我国一些严重危害社会安全、人民群众生命健康的行为，应当主要采取“适度犯罪化”的策略。所谓适度犯罪化，是指对于一些严重危害民生的行为，应当根据行为的现实危害、影响范围、发展趋势等状况和我国法律制度的配套情况，有选择地予以犯罪化。^②这种观点是中肯的，是符合我国社会发展实情的，应当予以肯定。

（四）刑罚结构之维度

我国目前的刑罚结构是以死刑、自由刑为中心的，从世界范围来看属于一个重刑结构，甚至是一个超重刑结构。这一刑罚结构的不合理性不仅仅在于过重的刑罚设置，尤其是过多的死刑罪名，而且在于我国刑罚体系存在着结构性缺陷，这就是死刑过重，生刑过轻：一死一生，轻重悬殊，从而极大地妨碍了刑罚功能的正常发挥。^③多年来，我国刑法学者对刑罚结构的不足进行了深刻的反思并提出了许多中肯的完善建议，直到此次刑法修正，刑罚结构的调整才终于迈出了实质性的步伐。《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）（草案）〉的说明》指出，

① [日] 西原春夫：《日本刑法与中国刑法的本质差别》，黎宏译，载赵秉志主编：《刑法评论》（7），123页，北京，法律出版社，2005。转引自张明楷译：《日本刑法典》，2版，10~11页，北京，法律出版社，2006。

② 参见赵秉志：《我国刑事立法领域的若干重大现实问题的探讨》，载《求是学刊》，2009（3）。

③ 参见陈兴良：《刑罚改革论纲》，载《法学家》，2006（1）。

这次刑法修改的重点是落实中央深化司法体制和工作机制改革的要求，完善死刑法律规定，适当减少死刑罪名，调整死刑与无期徒刑、有期徒刑之间的结构关系。^① 具体来说，《修正案（八）》对刑罚结构的调整主要表现在以下五个方面：（1）适当削减死刑罪名。《修正案（八）》取消了近年来较少适用或基本未适用过的13个经济性非暴力犯罪的死刑，占死刑罪名总数的19.1%，这是我国1997年刑法颁行以来第一次在立法上正式削减死刑罪名。（2）限制对某些被判处死刑缓期执行犯罪分子的减刑，延长其实际服刑期限。据此，《修正案（八）》将死缓犯确有重大立功表现的减刑幅度由“十五年以上二十年以下有期徒刑”修改为“二十五年有期徒刑”。对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。（3）适当延长有期徒刑数罪并罚的刑期。原刑法第69条的规定总体上是适当的，但实践中有一些犯罪分子一人犯有较多罪行，被判处有期徒刑的总和刑期较高，如果最高只判处20年有期徒刑，难以体现罪刑相适应的原则，应当适当提高这种情况下有期徒刑的上限。据此，《修正案（八）》规定，有期徒刑总和刑期不满35年的，决定执行的刑期最高不能超过20年，总和刑期在35年以上的，决定执行的刑期最高不能超过25年。（4）完善减刑的规定。将被判处无期徒刑的罪犯减刑后实际执行的刑期由“不能少于十年”改为“不能少于十三年”；对限制减刑的死缓犯，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，再减刑以后实际执行的刑期不能少于25年，缓期执行期满后依法减为25年有期徒刑的，实际执行的刑期不能少于20年。（5）完善假释的规定。将被判处无期徒刑的犯罪分子假释前的实际执行期限由原来的10年以上改为13年以上；对累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。

三、我国刑事立法改革面临的新问题

此次刑法修正无疑为我国刑事立法改革开创了一个崭新的局面，我们在肯定立法进步的同时，也应当看到当下我国刑事立法还面临着一些新问题，对这些问题的思考，将有助于我国刑事立法工作不断朝着完善的方向继续前进。

^① 参见全国人大常委会法制工作委员会主任李适时2010年8月23日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）（草案）〉的说明》。



（一）刑事立法自身的困境

从《修正案（八）》草案出台、征求意见到审议再到颁布过程中的热烈争议可以看出，刑事立法的过程越来越不轻松，这其中自然有立法程序科学化、民主化的因素，但是更重要的是，它反映出了刑事立法自身的困境：一方面，刑法承担着保障公民自由与维护社会安全的双重任务，怠慢了任何一方，都会招致理性的批判与现实的灾难；另一方面，刑法面临着理论自足与社会政策的双重制约，它不可能置任何一方于不顾。在观念上，自由与秩序、报应与功利同是刑法追求的价值；在实践中，犯罪化与非犯罪化、轻刑化与重刑化同是立法者面临的抉择。在复杂的社会情势面前，这些困境实在令刑事立法难以解脱！

1. 刑事立法如何协调社会利益与个人自由之间的矛盾

我国经济社会的急速发展导致了公共利益和个人自由的矛盾对立，反映到刑事法治领域就表现为以下两个方面：第一，工业经济的无节制扩张危及人们共同的生存利益，食品安全犯罪、环境犯罪即是适例。第二，经济文明惠及每个个人的同时也给社会公共安全造成了威胁，危险驾驶即是适例。社会利益与个人自由的对立使得社会整体的安全处于极端不确定状态，公众的不安全感与日俱增。在群体性安全事件频发的今天，刑事立法如何作为才能既不辜负人们对其所怀有的权利保障的期望，又能充分发挥后盾法的功能为人们赢回社会安全的信心，这是刑事立法必须处理好的核心问题。

2. 刑事立法如何协调法理与政策的矛盾

刑法作为一门独立的科学，其本身具有成熟的理论体系与基本原则，例如归责原则、因果关系准则等，刑法规制的范围与设罪的过程应当在预先设定的概念、范畴、原则中进行，这是体系性思维方式的必然结果。而在当前社会中，以政治、经济为核心的社会基本发展状况对于刑法立法具有直接的影响，国家政策已经渗透进刑事立法。就政治影响力而言，虽然同属于上层建筑，但是政治在其中占据非常突出的地位，而隶属于法律范畴的立法往往为政治所左右，表现出一定的从属性。例如，为了避免危险造成的社会不安全性，刑法依照国家政策的选择创设了大量的新罪名。但是毋庸置疑，国家政策的介入不可避免地使刑法法理为其所触动，例如，犯罪标准前移、创设新的归责形式等，于是现代刑法本身就存在着背离法理的巨大危险。如何协调法理与政策的矛盾又是我国刑事立法必须处理好的问题。

对于刑事立法的自身困境，笔者的基本立场是：面对社会的发展变迁，现代刑法应当有积极的反应，必须进行自身调整，包括定罪标准、归责原则、刑罚功能等，即在社会整体的变迁过程中重新定位科技进步、文明发展与刑事立法的协调互动关系，并经由这样的调整，使得刑法立法一方面坚持传统刑法的基本品

质，另一方面兼顾社会发展，在体现刑法惩罚害恶、恢复公平正义的同时，积极发挥现代刑法维护社会安全秩序和保障人权的双重功能。

（二）刑事立法体系的失调

到目前为止，我国刑事立法的重点在于发挥刑法惩治犯罪、保护人民的作用，对犯罪预防立法的重视明显不足，这种倾向严重影响了我国预防和控制犯罪的成效。1999年6月28日第九届全国人大常委会通过了《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》，这项立法是我国第一个针对犯罪前的预防工作而颁布的法律，反映了立法者对预防犯罪的重视。^①但这也是我国刑事法律体系中唯一的一部犯罪预防法，这说明我国刑事立法对犯罪预防立法的重视力度还远远不够，不能不说是我国立法改革在整体体系上的遗憾与缺失。笔者认为，社会主义法制统一与完备的特性要求预防犯罪、惩罚犯罪的法律体系要前后一致、相互协调，因此必须建立、健全对犯罪预防的立法，作为惩治犯罪的前置性法律，并且与刑事法律相互衔接、相互配合，这也是完善我国社会主义法制的题中应有之义，而当前亟须加快职务犯罪、商业贿赂等犯罪的预防立法。

（三）警惕盲目冒进，保持立法理性

在我国刑法改革过程中，一些学者由于改革心切而对立法中没有考虑到的方面深表忧虑，进而感慨改革力度不足、步子不大。对此，笔者认为，《修正案（八）》对我国现行刑法的修整力度并不保守，对一些制度变革的深刻程度是有目共睹的，特别是死刑罪名的削减、社区矫正的引进等。我们应当认识到，事物的发展变化是一个循序渐进的过程，不能冒失跃进，否则将与社会严重脱节，浪费立法资源。中国刑事法治实践六十余载，我们在刑法立法方面取得了显著的成绩，同时也积累了丰富的经验。这些经验总结为：第一，刑事立法要从我国实际出发，立足于本国国情；第二，刑事立法要有理论依据、宪法依据和政策依据；第三，刑事立法只宜规定成熟的东西，不成熟的不要定，能写多少写多少，逐步完备；第四，刑事立法要能适应形势发展的需要，便于各地执行；第五，要做好立法前的充分准备工作；第六，实行民主立法程序；第七，要吸收各方面的专家参加立法工作；第八，要密切注意法律执行中的问题，适时进行修改、补充；第九，为搞好立法，必须学习法学理论。^②这些经验在今天来看依然适用，我们应当警惕立法中不顾现实的盲目做法，循序渐进、先易后难，耐心地在法理与现实的结合中寻求符合中国国情的规则之治。

^① 参见何秉松主编：《刑事政策学》，324页，北京，群众出版社，2002。

^② 参见高铭喧：《刑法肄言》，86～90页，北京，法律出版社，2004。



四、结语

《修正案（八）》经过轰轰烈烈的讨论之后终于顺利颁布，掩卷遐思，久久不能平静。这次修法真正是对刑法扬其精神、动其筋骨，在经历过刑法创制的艰辛以及一路走来的曲折之后，遂更加觉得此开拓性进展是多么不易，这是我国刑事立法改革进程中的阶段性重大成果，对刑事立法的进一步完善起到了承上启下的重要作用。不论学界，还是实务界，都当惜之、思之。本书即是以《修正案（八）》为蓝本，对其中的重要理论问题分专题进行研究解析，冀望对刑法研究与实践有所裨益，不当之处，还请广大同仁予以指教，不胜感激。

contents

目 录

专题一 死刑立法改革的破冰之旅	1
一、我国死刑制度的立法沿革	2
二、我国死刑制度的立法特点与改革的现实困难	6
三、我国死刑立法改革的进一步思考	12
四、结语	18
专题二 对老年人犯罪从宽处罚立法的解析与思考	19
引言——除却对老年人犯罪的道德偏见	19
一、立法背景与立法意义	20
二、老年人犯罪的特殊性与从宽处罚的合理性	22
三、对老年人犯罪从宽处罚立法的进一步思考	28
四、结语	31
专题三 我国未成年人犯罪刑事立法的回顾与前瞻	32
一、我国未成年人犯罪刑事立法的基本状况	32
二、我国未成年人犯罪刑事立法的缺憾与前瞻性建言	39
三、结语	43
专题四 我国刑罚结构的调整与完善	45
一、死刑与生刑衔接断裂之反思	45
二、《修正案（八）》对生刑结构的调整与完善	48
三、结语	53
专题五 量刑制度改革的总体思考	54
一、量刑制度修改的背景、内容及相关争议	54
二、量刑制度的功能与量刑制度修改的意义	58



专题六 对缓刑制度大幅修改的深刻解读	63
一、缓刑制度修改的背景与特点	63
二、对缓刑适用的再解读	68
专题七 社区矫正纳入刑法的初步探索	73
一、问题的提出	73
二、社区矫正的概念和性质	74
三、社区矫正写入刑法的重大意义	75
四、有关社区矫正制度的进一步思考	82
五、结语	85
专题八 新增设的罪	86
一、危险驾驶罪（刑法第 133 条之一）	87
二、对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪 （刑法第 164 条第 2 款）	94
三、虚开发票罪（刑法第 205 条之一）	98
四、持有伪造的发票罪（刑法第 210 条之一）	101
五、组织出卖人体器官罪（刑法第 234 条之一）	103
六、协助强迫劳动罪（刑法第 244 条第 2 款）	105
七、恶意欠薪罪（刑法第 276 条之一）	107
八、食品安全监管滥用职权罪、食品安全监管玩忽职守罪 （刑法第 408 条之一）	110
专题九 修改犯罪构成要件要素、调整法定刑的罪	114
一、生产、销售假药罪（刑法第 141 条）	114
二、生产、销售不符合安全标准的食品罪（刑法第 143 条）	114
三、生产、销售有毒、有害食品罪（刑法第 144 条）	115
四、走私普通货物、物品罪（刑法第 153 条）	116
五、强迫交易罪（刑法第 226 条）	117
六、强迫劳动罪（刑法第 244 条）	118
七、盗窃罪（刑法第 264 条）	118
八、敲诈勒索罪（刑法第 274 条）	120
九、寻衅滋事罪（刑法第 293 条）	120
十、组织、领导、参加黑社会性质组织罪，包庇、纵容黑社会性质	

组织罪（刑法第 294 条）	121
十一、严重污染环境罪（刑法第 338 条）	123
十二、非法采矿罪（刑法第 343 条）	124
十三、协助组织卖淫罪（刑法第 358 条）	125
余论 关于《修正案（八）》生效后如何贯彻执行从旧兼从轻的 时间效力原则问题	126
附录 《刑法修正案（八）》暨相关资料选编	130
（一）中华人民共和国刑法修正案（八）	130
（二）《刑法修正案（八）》相关资料选编	139
（三）《刑法修正案（八）》修改条文对照表	181

专题一 死刑立法改革的破冰之旅

作为剥夺犯罪人生命的、最严厉的刑罚手段，死刑制度在相当长一段历史时期内持续牵绕着无数思想家的智慧，并引发了激烈的争论。意大利刑法学家贝卡里亚在其 1764 年发表的名著《论犯罪与刑罚》中，首次在理论上较为系统地论证了死刑的残酷性、不人道性以及不必要性，明确主张废除死刑或者严格限制死刑的适用。从此，人们对死刑的反思一发不可收拾。当前，死刑制度改革是我国刑事法治领域乃至整个法治领域备受关注的重大现实问题，它的成败与中国刑事法治的进步以及社会的文明发展程度休戚相关。在人权日益昭彰的国际大趋势下，死刑作为曾经在人类刑罚史上留下浓重印记的刑罚制度已经日益失去生存的社会根基，受到现实和伦理的双重拷问，限制、减少乃至废止死刑已成为世界各国保障人权的必要手段。据大赦国际的统计，截至 2009 年 4 月 30 日，世界上超过 2/3 的国家已经在法律上或事实上废止了死刑，其中废止所有犯罪死刑的国家多达 92 个，废止普通犯罪死刑的国家为 10 个，事实上废止死刑的国家为 36 个（以过去 10 年未执行一例死刑为标准），也就是说在法律上或事实上废止死刑的国家已多达 138 个，而在法律上保留死刑并在实践中适用死刑的国家现在仅为 59 个。^① 在这样的国际大背景下，2009 年 11 月 19 日，俄罗斯联邦宪法法院宣布在 2010 年后不再适用死刑，这意味着俄罗斯在 1999 年“冻结”适用死刑后，终于在法律上彻底废止了死刑。作为人口大国，俄罗斯死刑的废止一方面为中国死刑制度改革提供了可资借鉴的例子，另一方面也给我们造成了一定的压力。在中国，学者们的一致意见是，对待死刑问题必须采取“渐进式”的改革模式，有步骤、有计划地逐步限制、减少死刑的适用，为全面废止死刑开辟道路。以 2007 年 1 月 1 日起最高人民法院全面收回死刑案件的核准权为标志，司法实务界也开启了死刑制度改革的新探索。在学界的大力倡导论证与实务部门的积极实践下，中国的死刑制度改革取得了一定成效。及至 2011 年 2 月 25 日，第十一届全国人大常委会第十九次会议通过了《中华人民共和国刑法修正案（八）》（以下仍简称《修正案（八）》），提出取消 13 种经济性、非暴力犯罪的死刑和原则上免除已满 75 周岁老年人的死刑，这是 1997 年刑法颁布后，我国首次作出的削减死刑罪名

^① 参见赵秉志、袁彬：《俄罗斯废止死刑及其启示》，载《法制日报》，2009-12-02。



的立法举措，可谓是我国死刑立法改革的“破冰之旅”。在本专题中，笔者将在回顾新中国成立以来死刑立法概况的基础上，介绍《修正案（八）》出台的重要意义，并对我国死刑改革的未来作进一步的思考与展望。

一、我国死刑制度的立法沿革

（一）《修正案（八）》颁布之前我国死刑制度的立法概况

新中国成立初期，由于法制不健全，关于死刑的规定仅见于几个单行刑法，如1951年的《惩治反革命条例》、《妨害国家货币治罪暂行条例》，1952年的《惩治贪污条例》等。这些单行刑法涉及的死刑罪名主要是反革命罪，包括背叛祖国罪、策动叛变罪、持械聚众叛乱罪、间谍罪、资敌罪、利用封建会道门进行反革命活动罪、反革命破坏罪、反革命杀害罪，以及贪污罪、伪造国家货币罪等。1956年2月，最高人民法院对审判实践中适用的罪名、刑种和量刑幅度进行了系统的总结。从这个总结中可以看出，审判实践中曾经适用过的死刑罪名，除了上述单行刑法所列举的以外，还有故意杀人罪，故意伤害（致死）罪，强奸妇女罪，惯窃、惯骗罪，虐待致死罪，毁损通信设备罪，制造假药罪，盗卖、盗运珍贵文物罪等。这些普通刑事犯罪被判处死刑，并非依据法律上的明文规定，而是依据“惩办与宽大相结合”的刑事政策精神。直到1979年制定我国第一部刑法典，一切可判处死刑的罪行，才统一由刑法典加以规定。1979年刑法规定可判处死刑的罪名有27种，其中属于反革命罪的有14种，属于普通刑事犯罪的有13种。1979年刑法分则没有包括军人违反职责罪，该类罪由1981年《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》单独规定，涉及的死刑罪名共有11种。该条例实际上是刑法典的续篇，而依照刑法典连同该条例的规定，可判处死刑的罪名共计38种。需要指出的是，1979年刑法对死刑的设置持非常谨慎的态度，除了在分则中极力控制死刑的罪种数外，还在总则中对死刑的适用作了严格的限制。比如规定“死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子”，“犯罪的时候不满十八岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑”，“对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行，实行劳动改造，以观后效”，“死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准”。这些限制深刻体现了“严肃与谨慎相结合”的方针。^① 1979年刑法典实

^① 1979年6月7日时任全国人大常委会副委员长的彭真在五届全国人大常委会第八次会议上所作的《关于刑法（草案）刑事诉讼法（草案）的说明》中指出，关于死刑我们现在还不能废除，但是应当尽量减少。1966年以前，毛泽东同志一再提出要尽量减少死刑，实际上当时社会秩序比较安定，判处死刑的已日益减少。现在新中国成立已三十年，林彪、“四人帮”破坏所造成的暂时的社会秩序混乱现象已经好转，因此，从实际需要或者从国际影响考虑，我们将判处死刑的条文大大减少了。转引自高铭暄、赵秉志编：《中国刑法立法文献资料精选》，331页，北京，法律出版社，2007。

施不久，国内形势发生了一些变化。鉴于经济领域和社会治安领域犯罪活动十分猖獗，国家先后开展了严厉打击严重经济犯罪和严重危害社会治安犯罪的斗争。与“严打”斗争相适应，国家立法机关也先后制定了一系列单行刑法，对刑法典进行了修改补充，其中在死刑的罪种上有了较大增长。经过1982年至1995年多个单行刑法的修改补充，总共增加了33种死刑罪名，因此在1997年修订刑法典之前，我国刑法立法中涉及可判处死刑的罪名，总共有71种。1997年刑法典除了在总则编中对死刑的适用对象作了更精确的表述，删除原刑法典中对已满16周岁不满18周岁的未成年犯可以判处死缓的不妥规定，对死刑的执行方法增设“注射”方法，并对死缓制度作进一步完善以外，在分则编对可判处死刑的罪种数基本上没有大的动作，只是略作调整，略有减少，使得1997年刑法分则仍然保持着68种罪挂有死刑。^①此后至《修正案（八）》颁布之前，我国死刑制度的刑事立法则一直处于不变状态。

（二）《修正案（八）》对我国死刑立法改革的实质性进展

《修正案（八）》的颁布无疑是我国死刑立法改革富有实效的大举动，其涉及死刑方面的规定主要体现在两个方面：第一是取消了部分罪名的死刑；第二是原则上免除已满75周岁老年人死刑的适用。（对老年人原则上免除死刑适用将在专题二中详细论述，本专题主要论述死刑罪名的取消。）应当说，这是中国踏上废除死刑征途步伐的一个起点，标志着理论界呼吁已久的限制、废除死刑的主张正式获得了立法机关的认可，并进入立法操作层面。具体来说，《修正案（八）》对我国死刑立法改革的实质性进展主要表现在以下几个方面。

1. 确立了以经济犯罪为突破口的死刑改革思路

《修正案（八）》取消了近年来较少适用或者基本未适用过的13个经济性非暴力犯罪的死刑，具体包括：走私文物罪，走私贵重金属罪，走私珍贵动物、珍贵动物制品罪，走私普通货物、物品罪，票据诈骗罪，金融凭证诈骗罪，信用证诈骗罪，虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，伪造、出售伪造的增值税专用发票罪，盗窃罪，传授犯罪方法罪，盗掘古文化遗址、古墓葬罪，盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪。以上取消的13个死刑罪名，占死

^① 当时的立法者认为，考虑到目前社会治安的严峻形势和经济犯罪的严重情况，还不具备减少死刑的条件，这次修订，对现行法律规定的死刑，原则上不减也不增加，对于个别死刑的规定，可以进一步研究。参见《关于〈中华人民共和国刑法（修订草案）〉的说明》（1996年12月24日），转引自高铭喧、赵秉志编：《中国刑法立法文献资料精选》，688页，北京，法律出版社，2007。



刑罪名总数的 19.1%。^① 从取消的死刑罪名的分布来看，第三章破坏社会主义市场经济秩序罪占了 9 个罪名，第五章侵犯财产罪占了 1 个罪名，第六章妨害社会管理秩序罪占了 3 个罪名。不难看出，分则死刑罪名的削减主要集中在经济犯罪领域，由此便确立了以经济犯罪为突破口的死刑改革思路。首先，经济犯罪的成因是多方面的，受到经济、政治、法律等各种因素的影响，靠死刑是无法有效遏制的。这一点与许多严重的暴力犯罪，如故意杀人罪、强奸罪、抢劫罪、爆炸罪等有很大的不同。其次，单纯的经济犯罪的社会危害性一般都要低于侵犯他人生命权利、国家安全和社会公共安全的犯罪，对之适用死刑有过重之嫌。此外由于这些犯罪适用死刑的主要依据是犯罪数额，死刑的适用无异于贬低人的生命价值，有悖于死刑的刑罚等价观念。再次，从国家和社会的利益考虑，对经济犯罪适用死刑也是极不经济的，因为科处严重经济犯罪分子长期徒刑或者无期徒刑，至少可以通过强制罪犯以无偿劳动来尽可能地弥补因其犯罪给国家、社会和人民造成的经济损失；而死刑从肉体上消灭罪犯，事实上同时也剥夺了罪犯以无偿劳动弥补其所造成的经济损失的机会。最后，对于经济犯罪不设置死刑是世界各国刑事立法的通例，随着改革开放的深入，我国刑法必然成为一部开放的刑法，对经济犯罪大力削减死刑，可以使我国刑法更加适应世界性潮流。^②

2. 为我国死刑的立法改革首开先河

逐步限制、减少乃至废止死刑的观点早已在我国刑法学界与实务界达成共识，我们可以借用日本刑法学者大谷实教授的精彩论述来说明这一观点的普适价值。“第一，在法哲学的问题上，国家一边以生命的绝对价值为前提，将杀人行为作为犯罪，一边却又剥夺他人生命，这是互相矛盾的；第二，在刑事政策的问题上，死刑是否具有威慑力并不明确，此时至少应当采取‘疑则不用’的态度；第三，在宪法问题上，从现代文明来看，死刑明显属于酷刑；第四，在适当程序问题上，死刑一旦执行便无可挽回，审判中既然存在误判的可能性，则判处死刑

^① 针对《修正案（八）》削减死刑罪名，立法者指出，此次刑法修改的重点是落实中央深化司法体制和工作机制改革的要求，完善死刑法律规定，适当减少死刑罪名，调整死刑与无期徒刑、有期徒刑之间的结构关系。经与各有关方面反复研究，一致认为我国的刑罚结构总体上能够适应当前惩治犯罪、教育改造罪犯、预防和减少犯罪的需要，但在实际执行中也存在死刑偏重、生刑偏轻等问题，需要通过修改刑法适当调整。一是刑法规定的死刑罪名较多，共 68 个，从司法实践看，有些罪名较少适用或基本未适用过，可以适当减少。二是根据我国现阶段经济社会发展实际，适当取消一些经济性非暴力犯罪的死刑，不会给我国社会稳定大局和治安形势带来负面影响。参见全国人大常委会法制工作委员会主任李适时 2010 年 8 月 23 日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）〉（草案）的说明》。

^② 参见高铭喧、苏惠渔、于志刚：《从此踏上废止死刑的征途——〈刑法修正案（八）〉（草案）死刑问题三人谈》，载《法学》，2010（9）。

是违反适当程序的。”^①因此，死刑改革没有任何理由踌躇不前。《修正案（八）》坚定地走出了我国死刑立法改革的第一步，虽然有学者提出，应当取消的非暴力死刑罪名远不止 13 个^②，但是应当看到，立法应始终持谨慎的态度，将已经论证成熟的东西写下来，因此这一步是极为稳健的。首先，对这些犯罪取消死刑符合罪刑均衡原则的要求，不会触及民众的价值情感。罪刑均衡原则要求刑罚所剥夺的犯罪人的权益与犯罪行为所侵害的权益大致相当，而非暴力犯罪并不以他人生命为侵害对象，其社会危害性明显有别于故意杀人等暴力犯罪，尚不能视为罪行极其严重，但两者之法定最高刑同为死刑，这无疑有悖于罪刑均衡原则的要求。因此，死刑立法改革应以废止那些不触及人类根本伦理、民众报应情感不是很强烈的犯罪的死刑为起点，由浅入深、由轻到重地依次展开，而这类犯罪危害性最小的当属非暴力犯罪中的经济犯罪（不包括贪污罪、受贿罪），对这些犯罪适用死刑无疑是对人性过于苛刻地期待，也意味着对生命价值的贬低。^③其次，率先取消哪些犯罪的死刑是一项政治性、技术性很强的工作，对这些犯罪取消死刑既要符合我国司法的实际情况，不能引起适用上的强烈反差，又要具有一定的立法气魄，只要时机成熟，就果断地将那些司法上适用率低的死刑罪名废除，及时清理刑法中与司法实践严重脱节的条文，为死刑进一步的立法改革开辟道路。应当说，《修正案（八）》对 13 种罪名废除死刑的立法举措是稳健、慎重的，它兼顾了死刑废除的法律效果和社会效果，避免了不必要的阻力，这个成果的取得来之不易，得到了社会各界的普遍支持与赞赏。

3. 树立了我国人权事业发展的里程碑

法治与人权息息相关、互为因果，在人权观念衍生及深入发展的当今社会，法治是实现人权的必要保障，而刑法作为后盾性质的惩罚法，承载着国家予夺自由甚至生命的专属权力，因此，倡导刑法的人权保障功能尤显重要。而死刑作为剥夺人的生命的最严厉的刑罚，其改革无疑会是国家人权事业发展中浓墨重彩的一笔。需要指出的是，中国的人权事业目前还处于起步阶段，民众的人权观念需要耐心培植，国家的某些具体制度亦需要勇于破立，我们不能抛开一切具体的制度而空谈人权，人权是一个具体的范畴，需要国家制度的支

^① [日] 大谷实：《刑事政策学（新版）》，黎宏译，118 页，北京，中国人民大学出版社，2009。

^② 例如，学界普遍认为，起码集资诈骗罪、组织卖淫罪、运输毒品罪和伪造货币罪这四种罪也应当废除死刑，但是《修正案（八）》并没有涉及。

^③ 讨论控制经济性非暴力犯罪的死刑问题往往与“贪官免死”的敏感话题联系在一起，在 2006 年“两会”期间，就有代表提交修改刑法的议案，提出对贪污、受贿等贪利犯罪应该逐步废除死刑。但是，废除贪污贿赂犯罪死刑与中国当前的国情尚不符合，在短期内不可能实现。当然，《修正案（八）》并没有涉及这个敏感的话题。



持、法律的保障以及观念的拥护，在人权受到前所未有的重视的现实下，国家人权事业也迫切需要发展，而死刑制度的改革正是国家发展人权事业的迫切要求。《修正案（八）》体现的削减死刑罪名以及体恤老年人的精神注定将成为我国人权事业发展的里程碑。

二、我国死刑制度的立法特点与改革的现实困难

《修正案（八）》对死刑罪名的削减使众多心系死刑制度改革的学者快意淋漓、备感欣慰，它使我们相信，无论跨出下一步的改革需要多长时间或者跨度有多大，只要有开始就不会停下。为此，我们必须保持冷静的头脑，重新审视我国死刑制度的立法与改革的现实困难，为死刑制度的深入改革进一步地思索。

（一）我国死刑制度的立法特点

1. 刑法总则基本上体现了严格控制死刑的思路

我国刑事立法采取“总则+分则”的方式对死刑制度加以规定，总则规定适用死刑的一般标准与排除死刑适用的消极条件，试图在原则上体现严格限制死刑的精神；分则设置死刑罪名，规定具体罪名的死刑适用标准。理想的形式是，通过抽象与具体的立法双向规定，共同发挥限制、减少死刑适用的作用。应该说，修改后的刑法典总则关于死刑的规定基本上体现了严格控制死刑的思路，具体表现在以下几个方面。

第一，规定了死刑适用的一般标准。即“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”（刑法第48条第1款），这就把那些并非严重犯罪或者犯罪分子不具有极端人身危险性情形排除在死刑适用的范围之外。但是“罪行极其严重”是一个抽象的立法语言，要想在实践中真正成为严格限制死刑适用的立法基点，必须在理论上准确界定其含义，这不仅有助于指导司法实践中准确把握死刑（包括死缓）的适用条件，而且是死刑政策在立法上的具体体现。我国刑法学者们比较一致的观点是，“罪行极其严重”是一个主观与客观相统一的概念，指犯罪客观危害极其严重和主观恶性极其严重，两者缺一不可，应当全面把握。在司法实践中，应当站在贯彻“少杀、慎杀”的死刑政策之高度，对死刑的适用条件作限制解释，即人民法院在量刑时，一方面应当根据犯罪分子的社会危害行为和后果去确定是否应当判处死刑，另一方面也应考察犯罪分子的主观恶性和人身危险性。刑法第5条明文规定了罪责刑相适应原则，因而对于任何犯罪判处刑罚、判处何种刑罚，离开行为人的主观恶性和人身危险性而片面强调行为的客观危害，都是

违背这一原则的。^①

第二，规定了死刑适用的消极条件。“罪行极其严重”只是适用死刑的必要条件，并非充分条件。如果存在刑法总则规定的死刑适用的消极条件，则必须排除死刑的适用。这些消极条件包括：（1）犯罪的时候不满 18 周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑（刑法第 49 条第 1 款）；（2）审判的时候已满 75 周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外（刑法第 49 条第 2 款）。^② 这里“犯罪的时候”，是指实施犯罪行为的时候，“审判的时候”是指从羁押到执行的整个诉讼过程，而不是仅指法院审理阶段。怀孕的妇女，无论其怀孕是否属于违反国家计划生育政策，也不论其是否自然流产或者经人工流产，以及流产后移送起诉或者审判期间的长短，仍应视同审判时怀孕的妇女，同样不适用死刑。此外，怀孕妇女因涉嫌犯罪在羁押期间自然流产后，又因同一事实被起诉，交付审判的，应当视为审判时怀孕的妇女，依法不适用死刑。^③ 对以上三种人不适用死刑，是指既不能判处死刑立即执行，也不能判处死刑缓期二年执行。

第三，规定了死刑缓期执行制度。刑法第 48 条第 1 款同时规定：“对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。”死缓制度是死刑制度的重要组成部分，适用死缓必须同时满足两个条件：（1）罪该处死。这是适用死缓的前提条件，即适用死缓的对象也必须是罪行极其严重、应当被判处死刑的犯罪分子，如果所犯罪行不应当判处死刑，则不存在适用死缓的问题。（2）不是必须立即执行。这是区分死缓与死刑立即执行的严格界限，也是适用死缓的本质条件。但是究竟什么情形属于“不是必须立即执行”，立法并没有言及，在具体案件中是由审判机关裁量确定的。根据《修正案（八）》的规定，对判处死缓的犯罪分子，在死缓期满后一般有三种处理办法：（1）死缓执行期间如果没有故意犯罪，二年期满后，减为无期徒刑。（2）死缓执行期间如果确有重大立功表现，二年期满后，减为 25 年有期徒刑。（3）死缓执行期间如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。另外，根据《修正案（八）》的规定，对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。

第四，规定了死刑的核准权。刑法第 48 条第 2 款规定：“死刑除依法由最高

^① 参见高铭暄主编：《刑法专论》，2 版，528 页，北京，高等教育出版社，2006。

^② 《修正案（八）》新增。

^③ 参见最高人民法院研究室 1990 年《关于如何理解“审判的时候怀孕的妇女不适用死刑”问题的电话答复》和最高人民法院 1998 年 8 月 7 日《关于对怀孕妇女在羁押期间自然流产审判时是否可以适用死刑问题的批复》。



人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准”，这是我国刑法对死刑核准权的规定，体现了刑法对死刑适用的谨慎态度。但是1997年9月26日最高人民法院《关于授权高级人民法院和解放军军事法院核准部分死刑案件的通知》指出：鉴于目前的治安形势以及及时打击严重刑事犯罪的需要，有必要将部分死刑案件的核准权由各高级法院、解放军法院行使。这一司法解释对死刑核准权作了授权性规定，以至于相当长一段时间内，除了危害国家安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、贪污贿赂罪和外国人以及港澳台人犯罪以外的大多数死刑犯罪的核准权实际上由各高级人民法院和解放军法院行使。^①这使得实践中死刑案件的核准标准并不一致，死刑数量急剧增加。可喜的是，第十届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法组织法〉的决定》，将《人民法院组织法》原第13条修改为第12条：“死刑除依法由最高人民法院判决的以外，应当报请最高人民法院核准。”以此为根据，2006年12月13日最高人民法院审判委员会第1409次会议通过了《最高人民法院关于统一行使死刑案件核准权有关问题的决定》，这意味着自2007年1月1日起，死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当统一报请最高人民法院核准。^②由此可以看出实务界对死刑制度改革所持的积极态度与决心。

2. 刑法分则的死刑罪名具有很大的裁量空间

我国已于1998年签署了《公民权利和政治权利国际公约》，该公约明确倡导废除死刑，对于保留死刑的国家，该公约第6条第2款规定：“在未废除死刑的国家，判处死刑只能是对最严重罪行的惩罚”。所谓最严重罪行，按照联合国经济与社会理事会1984年5月25日1984/50号决议《关于保证面临死刑者权利的保护的保障措施》所限定的标准，是指“有致死或者其他极其严重之后果的故意犯罪”^③。虽然《修正案（八）》削减死刑罪名的力度并不小，但是从总体上来讲，分则死刑罪名的数量还是相当可观，其设置标准与国际公约的要求还有一定差距，其直接结果是刑法总则严格控制死刑的思路与分则的死刑罪名之间存在较为紧张的矛盾关系，这种结构性矛盾是我国死刑制度改革面临的最大障碍。^④但是这种结构性矛盾并非不可解决，这是因为我国刑法分则规定的死刑罪名留给了

① 参见陈兴良：《规范刑法学》，211～212页，北京，中国政法大学出版社，2003。

② 参见刘志伟等编：《刑法规范总整理》，3版，160～161页，北京，法律出版社，2009。

③ 高铭喧：《略论我国死刑制度改革中的两个问题》，载《法学家》，2006（1）。

④ 2006年2月25日，北京师范大学刑事法律科学研究院与纽约大学法学院、美国律师协会在北京友谊宾馆召开了“关注中国死刑改革”的学术座谈会。高铭喧教授在此次会议上所作的发言中提出了该观点，得到了学者们的广泛关注和认同。转引自赵秉志：《中国当前死刑制度改革的现状与展望》，载《河北法学》，2007（12）。

法官巨大的刑罚裁量空间。通过对刑法中可适用死刑的罪名进行层次划分，可以进一步阐明我国死刑罪名的立法状况。第一个层次是绝对确定的死刑，立法表述为“……的，处死刑”，这种死刑的适用仅有2个罪名，即劫持航空器罪和绑架罪。第二个层次是相对确定的死刑，立法表述为“……情节特别严重的，处死刑”，这种死刑的适用涉及5个罪名，即暴动越狱罪、聚众持械劫狱罪、贪污罪、受贿罪和战时造谣惑众罪。第三个层次是选择适用的死刑，立法一般表述为“……的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”或者“……的，处无期徒刑或者死刑”，这种死刑的适用涉及剩余的48个罪名。由此可以看出，刑法上别无选择必须判处死刑（包括死缓）的实际上只有2个罪名，其余的53种罪名，都存在法官运用自由裁量权不予判处死刑的巨大空间。^①此时，解决矛盾的关键又回到了总则，即死刑适用标准的严格把握与证明。但是不得不承认，总则笼统的原则规定使分则仰赖不了总则的指导，分则过多的罪名设置也使总则无法依赖分则的配合，因此统一死刑适用标准与削减死刑罪名就成了我国死刑制度改革的重点与突破点。

（二）我国死刑制度改革的现实困难

死刑问题不仅仅是一个刑法问题，更是一个社会问题，牵一发而动全身，死刑制度改革问题涉及法律、观念、文化等诸多社会因素，错综复杂，这就决定了我国死刑制度改革势必会遭遇各种各样的现实困难。准确找出对死刑制度起重大影响作用的现实困难，是循序渐进推动死刑改革的必要前提，也是有针对性地提出具体方案与措施的基本条件。总体来说，我国死刑制度改革主要面临以下两个难点。

1. 社会转型期控制严重犯罪的现实需要

我国正处在社会转型的关键时期，各项改革处于攻坚阶段，各种社会矛盾凸显，在刑事法治领域表现为经济犯罪、职务犯罪以及恶性侵犯人身权利等的犯罪频发，民众对惩治这些犯罪的愿望极其强烈，说严惩这些犯罪是缓解社会矛盾、增强民众对社会公平信心的重要手段亦不为过，而这些犯罪恰恰是适用死刑的大户，这就使得我们倡导的死刑制度改革在遭遇社会现实时处处碰壁，也因此成为决策层的最大顾虑。2009年12月21日，中国社会科学院发布了2010年《社会蓝皮书》，预测了2010年中国社会发展趋势和面临的主要问题，并发布了《2010年中国社会形势分析与预测》。该蓝皮书指出，回顾2009年，尽管金融危机带来的经济波动对中国社会稳定带来了一定影响和冲击，但总体上比预计的要好。中

^① 参见高铭喧、王秀梅：《论死刑控制的路径选择》，载[美]杰罗姆·柯恩、赵秉志主编：《死刑司法控制论及其替代措施》，9页，北京，法律出版社，2008。



国社会治安状况继续保持总体稳定, 社会秩序平稳, 一些突出的违法犯罪活动得到有力整治, 打击黑恶势力的行动得到民众普遍支持, 群众安全感普遍增强。但是, 刑事犯罪案件依然处于高发时期, 维护社会治安持续稳定的压力不断加大。据统计, 2009年1月至10月, 全国公安机关共立案各类刑事犯罪案件444.3万起, 比2008年同期上升14.8%。全国有25个省、自治区、直辖市公安机关刑事案件立案数与2008年同期相比有所上升。蓝皮书还指出, 2009年以来, 全国公安机关进一步加大打黑除恶和打击有组织犯罪的工作力度, 危害一方的黑恶势力有所收敛。在持续不断的严打高压态势之下, 除黑社会性质犯罪集团外, 其他各类犯罪集团与2008年同期相比普遍有所下降。蓝皮书还指出, 2010年的社会治安工作, 必须从全局和战略的高度, 在牢牢把握经济社会发展阶段性特征的基础上, 有针对性地化解和解决当前的主要矛盾和突出问题, 最大限度地控制、减少诱发犯罪增长的不利因素, 不断加大对突出违法犯罪和多发治安灾害事故的打击、整治力度, 确保社会治安大局的持续稳定。^①由此可见, 当前我国的社会治安状况并不乐观, 为了维护经济社会发展的大局, 重刑扮演了重要的作用, 在这样的社会现实下, 死刑制度改革举步维艰, 我们不能轻易苛责决策层在死刑改革问题上的不作为, 也不能借此作为消极应对的借口, 学者的崇高使命大概就是在理想与现实冲突的时候才更能彰显, 我们有义务让理论先行, 只有在理论上论证成熟了, 才能敦促实践逐步向前推进。

2. 民意

民意是影响死刑制度改革进程的重要社会因素, 所谓民意, 是指社会中大多数成员对公共事务所持有的共同情感和行为倾向。中国人民信仰杀人者必偿命, 这种朴素的正义感表达了对生命权的捍卫和对奸恶进行严惩的要求, 民众的情感在国家死刑改革中发挥着重大作用, 主要表现在以下两个方面: 第一, 在死刑案件的判决中, 民意往往通过媒体、网络等渠道向法院施加压力, 使得法院在判决时, 首先要考虑公众的可接受性, 其次才能考虑判决的正当合法性; 第二, 在死刑制度改革过程中, 民意的反对依然是最大的现实壁垒, 在当前稳定压倒一切的大局下, 死刑制度的改革不可能忽略民意而一意孤行。民意是个社会学范畴, 民意到底如何不能仅凭主观推断, 而要开展实证调研以掌握第一手资料。目前国内范围最大的死刑民意调查报告是武汉大学刑事法研究中心与德国马普外国刑法与国际刑法研究所合作, 对北京、湖北、广东三地所作的死刑民意调查。调查显示, 普通民众中只有60.1%总体赞成死刑, 超过1/4的人态度并不确定, 而令人诧异的是, 刑事司法专业人士中有91.2%都认可死刑在中国现行刑罚体系中的

^① 参见李培林编: 2010年《社会蓝皮书》, 北京, 社会科学文献出版社, 2009。

重要地位，并站在了支持死刑的立场上，两者相差了 31.1 个百分点。^① 单就普通民众的调查结果来说就足以彻底改变我们对大众死刑观念的传统认识。我们认为，基于实证调查的成果，在中国当前的社会环境下，对于死刑改革与民意的关系问题应该处理好以下几个问题。

首先，培育民众理性科学的死刑观，进一步引导民意转变，为死刑制度的改革赢得社会支持。及至依法治国方略的提出，中国自上而下的法治观念、人权观念已经有了长足进步，但是由于死刑是一个最底线问题，所以死刑观的转变困难最大，在这个问题上，理论界和实务界都负有不可推卸的责任。对于实务界来说，必须为公众提供全面的有关死刑的信息，否则，就难以打破民众在死刑之独特威慑力方面的想象成分，也难以帮助民众超越“以命抵命”的报应逻辑。^② 对于理论界来说，我们万不可低估民众的智识，学者智慧来源于民众，我们要以弘扬人道主义、公平正义的价值观为己任，用知识引导、塑造民意。相信随着社会物质、文化乃至整体文明程度的提高，民主与人权会更加深入人心，民众的宽容情怀自然会逐渐形成，对重罪犯是否一定要采取死刑这种极端手段将越来越感到有检讨的必要。

其次，强化司法独立，排除部分民众不理性情感的干扰，对民意要作分析。某些民意具有非理性、难测量性以及不合理性，甚至有的所谓民意是一种极端情感的爆发。威廉·夏巴斯教授就认为，“在死刑审判中不得赋予民意以太高权重，民意不能与民主政府实行等价相连，否则国际人权和宪法将会被视为是反民主的。法院和立法机关须更加积极地支配民意，仰赖尊严、平等和人道待遇的价值观，这些支持并巩固着国际人权准则”^③。在实践中，有的民意确实不能反映审判中应当尊重的价值与刑法原则。司法公正要求罚当其罪，但是一些罪犯往往已经是社会的弱势群体，如果还让他们为社会承担罪与罚，很难说司法是公正的。因此，强化刑事司法独立不仅是实现司法公正的必要途径，也是教育引导民意、培养理性公民的良好示范。

最后，死刑替代措施的及时补位，满足公众惩奸除恶的社会情感。死刑表达

^① 该项民意调查是北京师范大学刑事法律科学研究院与英中协会、爱尔兰人权中心、德国马克斯—普朗斯外国刑法与国际刑法研究所、英国伦敦死刑项目研究所、武汉大学刑事法中心等中外机构合作申报的由欧洲民主与人权促进会（EIDHR）资助的 2006—2009 年度欧盟民主与法治项目“中国死刑制度改革研究”的子项目。具体数据参见武汉大学刑事法研究中心、德国马普外国刑法与国际刑法研究所主编：《中国死刑态度调研报告》，244 页，台北，元照出版公司，2010。

^② 参见赵秉志、周国良：《论中国死刑存废问题中的国家决策与民意之关系》，载赵秉志主编：《刑事法治发展研究报告（2008—2009 年卷）》，225 页，北京，中国人民公安大学出版社，2010。

^③ [加] 威廉·夏巴斯：《民意与死刑》，载赵秉志、[加] 威廉·夏巴斯主编：《死刑立法改革专题研究》，136 页，北京，中国法制出版社，2009。



了人民对善恶因果报应的原始信仰，作恶者不可道，于是大快人心，民众之所以过于依赖用死刑惩治最严重的犯罪，是因为人们知道如果不判处死刑，即使判处无期徒刑，实际上要不了多久就会被放出来，直接结果是民众对社会安全与公正彻底失去信心。相反，如果死刑替代措施能够及时补位，公众觉得即使不适用死刑，罪犯一样得到了应有的，甚至更痛苦的惩罚，那么死刑制度的改革变险阻为通途就不远了。实际上，二百多年前贝卡里亚就论证过，“对人类心灵发生较大影响的，不是刑罚的强烈性，而是刑罚的延续性。……处死罪犯的场面尽管可怕，但只是暂时的，如果把罪犯变成劳役犯，让他们用自己的劳苦来补偿他所侵犯的社会，那么，这种丧失自由的惩戒则是长久的和痛苦的，这乃是制止犯罪的最强有力的手段……同人们总感到扑朔迷离的死亡观念相比，它更具力量”^①。因此，作为死刑替代措施的自由刑一定是“长久的”，否则就不足以替代死刑的惩罚强度。

三、我国死刑立法改革的进一步思考

尽管我国死刑立法改革取得了重大突破，但是死刑的司法现状以及面临的现实困难直接决定了死刑制度改革的道路还很漫长，本着务实的态度对死刑制度改革作进一步的思考与建议，才能使死刑制度改革深入推进、再获突破。《修正案（八）》对死刑罪名削减的经验告诉我们，我国死刑制度改革必须司法先行，立法紧跟，两者互相配合，待司法经验积累成熟，立法一举突破。申言之，在司法上切实贯彻“少杀、慎杀”的死刑政策，统一司法中死刑的适用标准，逐步限制、减少死刑的适用，而对于那些不触及人类根本伦理、民众报应情感不是很强烈的犯罪则可以逐渐将死刑搁置不用；在立法上，积极对死刑替代措施以及刑罚体系的重构进行论证，待司法实践成熟，立法就是顺理成章的事了。

（一）死刑与司法适用

就刑法总则来讲，由于总则关于死刑适用的规定大多是原则性规定，缺乏具体的操作指标，所以在司法实践中死刑适用的标准并不统一。^②就刑法分则来讲，有关死刑适用标准的规定主要包括以下几种：第一是犯罪对象，如刑法第263条规定，抢劫银行或者其他金融机构的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产；第二是犯罪数额，如刑法第347条第2款规

^① [意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，46~47页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

^② 例如“罪行极其严重”这个死刑适用的一般标准，在涉及具体各罪时就缺乏统一的操作指标，直接导致司法中死刑适用标准混乱。再如死缓制度中“不是必须立即执行”的规定也缺乏统一的参照标准。

定，走私、贩卖、运输、制造鸦片 1 千克以上，海洛因或者甲基苯丙胺 50 克以上或者其他毒品数量大的，处 15 年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产；第三是犯罪结果，如刑法第 239 条第 2 款规定，犯前款罪，致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产；第四是行为本身，如刑法第 232 条规定，故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑；第五是犯罪主体，如刑法第 347 条第 2 款规定，走私、贩卖、运输、制造毒品集团的首要分子，处 15 年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产；第六是笼统的犯罪情节，如刑法第 151 条规定，走私武器、弹药、核材料或者伪造的货币情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产（《修正案（八）》修改后的规定）；第七是上述几种标准的不同结合，如刑法第 383 条规定，个人贪污数额在 10 万元以上，情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。^① 这些标准有的具体，有的还比较笼统，司法机关也没有对分则中具体死刑罪名的适用条件作出明确的解释，这就导致司法中法官对各罪死刑适用标准的认定也并不统一。因此，在立法之外统一死刑的司法适用标准就成了改善我国死刑实施状况的一个关键因素。2007 年最高人民法院收回死刑案件的核准权无疑是司法统一死刑适用标准的第一步。然而我们必须认识到，即使最高人民法院收回了死刑复核权，死刑的初审权和二审权仍然在地区法院和军队法院，因而对于行使死刑初审权和二审权的法院来说，仍然存在如何统一死刑适用标准的问题。如果不能实现初审和二审法院死刑适用标准的统一，就可能一方面造成各地适用死刑的大量案件由于量刑过重需要纠正，最高人民法院不堪重负，另一方面又可能使一些应当判处死刑的案件在各地由于量刑畸轻而未判处死刑，违背刑法面前人人平等的基本原则。

如前文所述，我国刑法规定的绝大多数死刑罪名都可以由法官根据自由裁量权选择不适用死刑，这就为死刑的适用与否留下了巨大的选择空间。笔者认为，为实现死刑适用标准的严格统一，当务之急是确定具体的死刑适用的司法标准，如果司法实践中有统一的死刑适用标准的规范，那么司法严格控制死刑的目标就可以较好地实现。立足我国当前司法体制，对于死刑适用标准的统一，最高人民法院具有不可替代的作用。我国历来存在最高人民法院通过司法解释指导下级法院的做法，并且其实际效力也为下级法院所承认，因此对于死刑适用标准统一这样一个迫在眉睫的问题，比较可行而又最有效率的解决方法是由最高人民法院以司法解释的形式颁布统一的死刑适用规则，同时辅以典型判例加以示范。当前适用死刑最多的案件主要是故意杀人案、故意伤害致死案、抢劫案。对于这些经常

^① 关于死刑适用标准在分则中的具体化可参见刘作俊：《死刑限制论》，115～119 页，武汉，武汉大学出版社，2001。



有可能判处死刑的案件，笔者建议最高人民法院可以在对既有死刑判决进行分析概括的基础上，归纳出某些常见的犯罪情节，明确在具有这些情节时就不应当判处死刑。这样，就以消极条件的形式为不适用死刑划定了清晰的界限，防止死刑适用标准不统一而导致量刑畸重判处被告人死刑。而在死刑适用的消极条件确定后，最高人民法院同样可以概括出一些常见的能够适用死刑的积极条件，并以司法解释的形式加以公布。例如，对于故意杀人罪适用死刑的积极条件，一般就可以从以下几个方面进行归纳：故意杀人造成1人以上死亡或者造成其他特别严重后果（如虽未造成他人死亡，但致使数人重伤或严重残疾）的；为实施其他严重犯罪而故意杀人或者故意杀人后再次实施其他严重犯罪的；故意杀人虽未造成他人死亡，但手段特别残忍的；采取危险性极大的方法故意杀人，致人死亡或者多人重伤等特别严重后果的；多次实施故意杀人，严重危害他人人身安全和社会治安秩序的；故意杀害尊亲属，社会影响恶劣或造成其他严重后果的；故意杀人后焚毁、肢解尸体的等。而对于上述这些积极条件、消极条件的具体应用，最高人民法院同样可以公布一些典型的判例，对其进行阐释、说明，以作为下级法院是否判处死刑时的参照。笔者认为，通过最高人民法院颁布死刑适用规则的方式，进一步将死刑适用的一般标准与积极条件、消极条件具体化，并辅以典型判例以供参照，就有可能达致死刑适用标准的严格统一。^①

（二）死刑与死刑替代措施^②

在逐步限制、减少乃至废除死刑的进程中，一个不可回避的重大问题是对不适用死刑的严重犯罪应适用何种刑罚、何种强度的刑罚才能既不违背罪责刑相适应原则，又能起到一般预防的作用，达到抚慰被害人，弘扬法律正义的社会效果。对此，日本刑法学者木村龟二指出：“随着废除死刑论，要想到与废除死刑不可分的两个必要条件：第一要有代替死刑的刑罚问题，对这个问题的解决是可以考虑无期徒刑或不定期刑；其二是对被害人的家属的补偿问题……”^③ 死刑替代措施是死刑制度改革的强大后盾，有了它，才能保证不适用死刑后惩罚严重犯罪

^① 参见高铭暄：《略论我国死刑制度改革中的两个问题》，载《法学家》，2006（1）。

^② 笔者认为，关于死刑的替代措施有两种理解，第一种是立法上的死刑替代措施，指对某些罪在废除死刑的同时，应代之以其他刑种作为法定最高刑的设计措施。从《修正案（八）》的规定来看，普遍是用无期徒刑来替代原来的死刑，例如，《修正案（八）》第44条规定，传授犯罪方法……情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。第二种是司法上的替代措施，指在立法没有废除死刑的前提下，依法限制死刑的适用，代之以其他刑种或者刑罚执行措施。这意味着在司法层面对可能适用死刑的犯罪加以鉴别区分，剥离出相当一部分罪犯，代之以其他刑罚方法，最终使死刑圈进一步缩小。本书兼采上述二种理解。另外，不得假释的无期徒刑是不符合我国实际情况的，这样无异于用另一种极端残酷的刑罚代替了死刑，不符合死刑替代措施的应有之精神，从刑罚执行成本与刑事法治资源的角度看，也是极不经济的。

^③ [日] 木村龟二：《刑法学辞典》，顾肖荣等译，422~423页，上海，上海翻译出版公司，1991。

之刑罚依然公允有力，从而顺利地将死刑请下神坛！具体来说，死刑替代措施包括死刑缓期执行和无期徒刑两种。

1. 死刑缓期执行制度

死刑缓期执行不是独立的刑种，而是死刑的一种执行制度，在严厉程度上仅次于死刑立即执行。因此，在不适用死刑立即执行的场合，死缓应以其严厉的制裁彰显其替代死刑立即执行的威慑力。联合国人权委员会号召仍保留死刑的国家“为了全面废除死刑，建立死刑执行延缓制度”，这一措施可以视为一种由适用死刑向废除死刑的过渡措施，具有很强的可操作性和实践性。^①《修正案（八）》颁布以前，我国死缓制度存在着死缓犯受刑明显过轻的缺陷，这使得其死刑替代措施的功能大打折扣。此次修法对死缓犯的减刑作了严格的限制，根据《修正案（八）》第4条的规定，死缓犯在死刑缓期执行期间，如果确有重大立功表现，2年期满以后，减为25年有期徒刑，这较之原来死缓犯有重大立功表现减为15年以上20年以下有期徒刑的规定更为严厉。对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。另外，《修正案（八）》第15条还规定，对于限制减刑的死缓犯，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，再减刑后实际执行的刑期不能少于25年，缓期执行期满后依法减为25年有期徒刑的，实际执行的刑期不能少于20年。应当说，经由这样的调整，死刑缓期执行与死刑立即执行在刑罚梯度衔接上更为协调、紧密，更有利于发挥其死刑替代措施的积极功能。

2. 无期徒刑

无期徒刑作为一种独立的刑种同样是对严重犯罪适用的一种严厉刑罚，无论在立法层面还是在司法层面，都是死刑最广泛的替代措施。相对于死刑立即执行一劳永逸地、消极地剥夺犯罪人生命而言，无期徒刑在保留犯罪人生命的情况下，对其加以长期的教育、改造，最终消除犯罪恶性，使其重新回归社会，因而是一种更加积极、人道的预防方略。《修正案（八）》颁布以前，我国无期徒刑同样存在着受刑过轻的缺陷，此次修法对无期徒刑的减刑、假释作了比以前严格的限制。根据《修正案（八）》第15条的规定，被判处无期徒刑的犯罪分子减刑以后实际执行的刑期不能少于13年；第16条规定，被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行13年以上，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险的，可以假释。对累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放

^① 参见高铭喧、苏惠渔、于志刚：《从此踏上废止死刑的征途——〈刑法修正案（八）（草案）〉死刑问题三人谈》，载《法学》，2010（9）。



火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。由此可见，修改后的刑法将被判处无期徒刑的犯罪分子减刑后实际执行的刑期以及假释前实际执行的刑期由原来的10年提高到13年，应当说，经由这样的调整，无期徒刑的严厉程度有所增加，其与死刑的衔接也较以前更为协调、紧密，无疑将更有利于其死刑替代措施功能的发挥。

（三）死刑与死刑赦免制度

所谓赦免，是指国家元首或者最高权力机关宣告对犯罪人免除其罪，或者虽不能免除其罪，但免除或者减轻其刑，进而消除刑事追诉权、刑罚裁量权或者刑罚执行权的法律制度。^① 现代赦免制度已不再是古代帝王基于至高无上之王权所给予犯罪人的“恩赐”，而是成为国家在刑罚之外对犯罪现象作出理性反应之工具。该制度具有无可替代的调节利益冲突、衡平社会关系、救济法律不足之刑事政策功能，绝不能因为其在运作过程中可能存在的问题，便放弃使用这一卓有成效的刑事政策工具，甚至因噎废食地全盘予以否定。国家通过赦免制度的运用，以牺牲局部或个别利益和一定程度之形式正义为代价，可以获得维护社会整体利益和实现个案处理的实质正义之功效。^② 赦免原则上适用于一切犯罪，就适用的刑罚类型来说，特赦既可以适用于死刑，也可以适用于自由刑、财产刑乃至资格刑。《公民权利和政治权利国际公约》第6条第4款规定：“任何被判处死刑的人应有权要求赦免或减刑。对一切判处死刑的案件均得给予大赦、特赦或减刑。”中国政府在签署该公约时并没有提出对该款进行保留，因此一旦全国人大常委会批准该公约，该款即具有同国内法相同的效力，死刑罪犯即可据此提出赦免的要求，但我国刑事立法并没有对死刑罪犯的赦免作出任何规定，仅在《宪法》第67条第17项笼统地规定全国人大常委会会有权决定特赦。实际上，我国先后有7次实行特赦的实践，但是自1975年以来，由于各种因素的影响，该制度已有三十多年闲置未用，对于普通刑事罪犯，更已有五十多年未曾行赦，这不仅是刑事法治改革的盲区，更是死刑制度改革的薄弱环节，没有相关立法、司法经验可循，而在现阶段保留死刑的现实下，死刑赦免制度从更深的观念层面上体现了国家对死刑犯的宽宥，无疑会对“逐步废止死刑”的目标起到一定的推动作用。因此，重构现代死刑赦免制度，在死刑制度改革中同样举足轻重。

^① 参见高铭喧、赵秉志主编：《刑罚总论比较研究》，629页，北京，北京大学出版社，2008。

^② 参见陈东升：《赦免制度研究》，232页，北京，中国人民公安大学出版社，2004，转引自高铭喧、赵秉志、阴建峰：《新中国成立60周年之际实行特赦的时代价值与构想》，载《法学》，2009（5）。

重构现代死刑赦免制度，关键要做好以下几个问题的论证与实践：第一，关于死刑赦免制度的立法模式，现在比较成熟的立法模式有两种，一种是宪法规定一般制度原则，刑事法律规定具体实施的条件和程序；另一种是由专门的赦免法来规定与赦免有关的全部法律问题。我国台湾地区采用的是第二种模式。笔者认为，现代赦免制度的构建应当实现赦免的法制化，在祖国大陆，学者们比较一致的意见是由宪法规定赦免制度的一般原则，另外再出台专门的赦免法，对所有犯罪的赦免规定具体的种类、权限、条件和程序。第二，关于死刑赦免的实质条件。从我国的特赦实践来看，基本上历次特赦都要求犯罪人“经过一定期间的改造，确实改恶从善”。而赦免制度的立法化要求赦免的实质条件必须具有司法上可操作的标准，这些标准必须明确、可考察、可证明。具体包括以下几个方面：（1）犯罪人自身方面的因素，如犯罪人的性格、悔罪表现、再犯可能性等；（2）社会对犯罪人的评价，如有无社会责任感，对社会有无贡献等；（3）原处理案件的法官、检察官的建议、意见；（4）被害人及其家属的意见以及其他因素等。^① 第三，关于死刑赦免的对象范围。死刑赦免的对象是已经被判处死刑的犯罪分子，这些罪犯都是罪行极其严重的，因此死刑赦免对象范围的确定要更加严格与慎重。原则上死刑赦免不适用于累犯以及故意杀人、爆炸、强奸、抢劫、绑架等严重暴力犯罪。此外，死刑赦免的对象范围应局限在具有特殊宽宥事件发生的情形，具体包括：（1）因患严重疾病而丧失危害社会能力的；（2）对人类科学进步具有重大贡献的发明、创造正在进行中的；（3）引起较大范围社会民众的同情，强烈呼吁保留其生命的。第四，死刑赦免制度的具体程序。我们可以借鉴国外的成功经验设立专门机构以保证死刑赦免制度运作的程序公正与公开。具有代表性的建议是，在全国人大常委会下设赦免事务委员会作为常设机构，专门负责处理具体的赦免事务。赦免事务委员会由全国人大常委会任命，并由法学专家、法律实务专家等组成，赦免案的起草在广泛征求各方意见的基础上由赦免事务委员会完成，交由全国人大专门委员会根据《立法法》第24条的规定向全国人大常委会提出，由委员长会议决定列入常务委员会会议议程，经三次常务委员会会议审议后交付表决，由常务委员会全体组成人员的过半数通过，由国家主席签署主席令予以公布。^② 死刑赦免制度的构建是一个重大的理论问题，这里仅作粗略阐述，旨在强调其是我国死刑制度改革中不可或缺的配套制度措施，更待刑法学者的深入论证。

^① 参见自高铭喧、赵秉志、阴建峰：《新中国成立60周年之际实行特赦的时代价值与构想》，载《法学》，2009（5）。

^② 参见赵秉志、阴建峰：《和谐社会呼唤现代赦免制度》，载《法学》，2006（2）。



四、结语

以上的论述旨在厘清思路，认清现实，从而在已有立法成果的基础上继续前行。在死刑制度改革的过程中，学者们任重而道远，我们既要摒弃不顾承继社会传统的激进做法，又要克服面对改革困难的消极懈怠，最终找到一条与国家现代化建设相互配合、相互促进的死刑渐进改革之路。^①“死刑行之最古，无国无之。洎乎博爱时代，一般人民之学问智识，大有进步，因学问智识之进步，而促个人之觉悟，自个人觉悟而有个人主义之勃兴，于是一般主张废止死刑之学者，相继辈出。”^②时至今日科学理性时代，学者们共同致力于寻求国家、民族的昌明与繁盛、公民人权的发达与荣兴，我们限制、减少乃至废止死刑的良善愿望已不再是超越现实的理想，而是有着深刻的现实需要和可观的实现条件。我们欣喜地看到，中国刑法学界有关死刑制度改革的研究成果日益丰厚成熟；立法与司法实践已经迈出了死刑改革的坚实的一步，纵然中国的死刑废止之途困难重重，在理论和实务界的共同协作与努力下，死刑制度改革大业必将如愿完成！

^① 赵秉志教授明确提出了分阶段废止死刑的具体构想，认为中国死刑的废止进程应与社会文明程度、法治发展状况乃至人权发展水平相适应，与中国社会主义现代化建设的不同发展阶段相适应，根据党中央提出的 21 世纪的阶段性发展目标，可以经过如下三个阶段逐步废止死刑：一是及至 2020 年亦即中国共产党建党一百周年，先行逐步废止非暴力犯罪的死刑；二是再经过 10 年至 20 年的发展，在条件成熟时进一步废止非致命性暴力犯罪（非侵犯生命的暴力犯罪）的死刑；三是在社会文明和法治发展到相当发达程度时，至迟到 2050 年亦即新中国成立一百周年之际，全面废止死刑。参见赵秉志：《死刑改革探索》，136 页，北京，法律出版社，2006。

^② 王觐：《中华刑法论》，371 页，北京，中国方正出版社，2005。

专题二 对老年人犯罪从宽处罚立法的解析与思考

引言——除却对老年人犯罪的道德偏见

对老年人犯罪从宽处罚的规定是《修正案（八）》的一大亮点，也是立法审议和征求意见过程中热议的问题之一。从这些针锋相对的争论中可以看出，在老年人犯罪是否从宽的问题上，人们的立场倾向显得很矛盾：一方面，一些老年人依然老当益壮，犯罪能力并不比成年人低下，而且其犯罪行为屡屡冲破道德底线，呈现出更加不能让人容忍的特征，例如实践中出现的老年人奸淫幼女、弱智女的恶劣刑事案件，不但严重践踏人类伦理情感，而且给未成年人的身心健康带来无可弥补的损害；而另一方面，当人们觉得应当严惩实施这些恶行的老年人时，往往又不忍心将严苛的刑罚加于他们已经佝偻的身躯，这从司法往往对老年人犯罪人从宽量刑的实践中可见一斑。笔者认为，产生这种矛盾的根本原因在于人们对老年人犯罪存在道德偏见。我们想象中的老年人应该是睿智平和、仁爱乐施的，怎么能够与奸邪淫逸、杀人强盗联系在一起呢！于是，当未成年人实施了奸淫、杀害亲人的犯罪行为时，人们就会以未成年人不谙人情、自制能力差等原因认为对未成年人从宽处罚在情理之中，而当老年人实施了道德情感难以容忍的罪行时，人们则往往在从宽与否的问题上难以释怀。这种判断的差异与人类的道德情感倾向密不可分。由此，笔者不禁要问，是否我们的法律给予了老年人太高的道德期盼，进而又在行为评价上给予了过于严苛的标准呢！以强奸罪为例，在某种程度上，人们不能容忍老年人犯奸淫罪与不能容忍老年人再婚有着情感上的相同偏见，抛却此偏见，在刑法学视野中，强奸罪的不同犯罪主体所呈现的行为的社会危害性并无二致。就强奸行为而言，被害人的年龄是衡量行为人为行为危害性以及主观恶性的标准，这是刑法理论的当然结论，但是行为人的年龄却并不能成为衡量行为危害性与主观恶性的标准。只有当人们对老年人犯罪没有了道德偏见时，才会以理性的态度面对老年人犯罪从宽处罚这个问题。因此，除却对老年人犯罪的道德偏见是论证老年人犯罪从宽处罚的前提，没有偏见，对老年人犯罪从宽处罚的合理性论证才会得出公允、科学的结论。对于刑法学者而言，面对刑法的新规定更应该保持理智、冷静的头脑，从理论上对其合理性作出令人信服的论