

当代刑法思潮论坛

FORUM ON CONTEMPORARY  
CRIMINAL LAW THEORIES

第三卷

# 刑事政策与刑法变迁

*Criminal Policy and Transformation of Criminal Law*

主 编/梁根林 副主编/车 浩 江 溯



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

本论坛得到杨春洗法学教育与研究基金资助

## 当代刑法思潮论坛

FORUM ON CONTEMPORARY  
CRIMINAL LAW THEORIES

### 第三卷

# 刑事政策与刑法变迁

*Criminal Policy and Transformation of Criminal Law*

主 编/梁根林 副主编/车 浩 江 溯



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

当代刑法思潮论坛. 第三卷, 刑事政策与刑法变迁/梁根林主编. —北京: 北京大学出版社, 2016. 10

ISBN 978-7-301-27559-7

I. ①当… II. ①梁… III. ①刑法—文集 IV. ①D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 224424 号

**书 名** 当代刑法思潮论坛(第三卷): 刑事政策与刑法变迁  
Dangdai Xingfa Sichao Luntan (Di-san Juan): Xingshi Zhengce  
yu Xingfa Bianqian

**著作责任者** 梁根林 主编

**责任编辑** 陈 康

**标准书号** ISBN 978-7-301-27559-7

**出版发行** 北京大学出版社

**地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871

**网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

**电子信箱** yandayuanzhao@163.com

**新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

**电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

**印 刷 者** 北京大学印刷厂

**经 销 者** 新华书店

880 毫米×1230 毫米 A5 12.375 印张 345 千字

2016 年 10 月第 1 版 2016 年 10 月第 1 次印刷

**定 价** 39.00 元

---

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

**版权所有, 侵权必究**

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

“当代刑法思潮论坛”是北京大学法学院梁根林教授主持，我们共同参与的一项刑法学术活动，持续时间已达五年之久，吸引了北京“四校一院”（北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学、中国青年政治学院）的莘莘学子的踊跃参加。现在，“当代刑法思潮论坛”前36讲的内容以文字形式、三卷本的宏大规模，呈现在读者面前，为我们展现了那热烈的讲座场景和睿智的思想碰撞。梁根林教授邀我为该书作序，我感慨系之。

当初梁根林教授以前瞻性的学术视野，提出举办“当代刑法思潮论坛”的设想，我十分赞同。当前，我国刑法学科面临着知识转型，学术争鸣活跃，观点交锋激烈。如果提供一个展示各种刑法学术思想的平台，这对于促进我国刑法学术的发展，无疑具有推动作用。梁根林教授的设想获得了北京“四校一院”各位刑法学科同仁的积极响应，由此拉开了“当代刑法思潮论坛”的大幕。我清楚地记得第一讲的主讲人是清华大学法学院的张明楷教授，地点是北京大学二教309教室。正是在这次讲座中，梁根林教授确定了“当代刑法思潮论坛”的宗旨。

“当代刑法思潮论坛”是开放性的学术论坛，提倡坦诚的学术交流、平等的学术对话与规范的学术批评。论坛的主办者与主讲者、评论者当然可以大张旗鼓地推销自己的学术主张，但不搞山头主义，不搞党同伐异。我们真诚地欢迎中外刑法学界的同仁加入这个学术共同体，抛玉引玉，我们希望每一次的专题论坛，都是一个刑法基本问题

的专题学术研讨会，在最短的时间、用最省钱和最高效的方式来推动学术交流，扩大学术共识。

此后的论坛活动都遵循了这一宗旨，使论坛能够健康顺利地展开。张明楷教授第一期的讲座题目是“犯罪的实体是违法和责任”，这个题目本身就是一个刑法学术命题，是德日刑法教义学的精髓之所在。此后，各位中外学者纷纷登场，给我们带来了一场又一场的学术盛宴。

在“当代刑法思潮论坛”这个名称中，“当代”意味着前沿，是对当下最为重要的刑法问题的讨论；“思潮”表明这个论坛是注重思想性和观念性的，具有启迪性和启蒙性；而“论坛”则显示学术的争鸣性和论辩性，拒绝学术垄断和独断。以上特点，都在各期论坛活动中得到了完美和圆满的体现。

从36期论坛活动的主题来看，几乎涉及所有当前刑法学界共同关注的重大理论问题。其中，犯罪论体系是最为集中的一个话题。例如，张明楷教授关于“犯罪的实体是违法和责任”这一命题的论证，其实就是对犯罪论体系的整体性思考。我发现，德国著名学者乌尔斯·金德霍伊泽尔教授的讲座题目是“犯罪构造的逻辑”，尽管这是一个较为抽象的命题，其实也是犯罪论体系的结构问题，与张明楷教授的讲座形成了一种“隔空交流”。从金德霍伊泽尔教授的讲座内容来看，同样涉及对违法与责任关系的界定。金德霍伊泽尔教授指出，犯罪概念的初步定义可以是，犯罪是违法的举止，某个人必须对这一举止负责。由此犯罪可以通过两个规则系统加以构建：其一，规定了认定一个举止违法的所有条件；其二，规定了认定某人应对该举止负责的所有条件。由此可见，金德霍伊泽尔教授也是从违法和责任两个方面界定犯罪的，这是犯罪论体系的基础。当然，犯罪论体系的具体要件如何安排，这是存在争议的。其中，二要件说、三要件说甚至四要件说，都各有其主张者。除了犯罪论体系的结构以外，构成要件、违法性和责任等要件，在此后的论坛活动中都有所涉及。例如，关于构成要件，有我的“构成要件论：从贝林到特拉伊宁”；关于违法性，有刘艳红的“实质刑法观的体系化思考”和邓子滨的“形式刑法观初反省与实质刑法观再批判”；关于有责性，有冯军的“刑法中的责任

原则”等。这些讲座都对犯罪论体系的各个要件进行了较为深入的分析，为犯罪论体系的转型提供了理论资源。

在这36期论坛活动中，关于刑法方法论的讲座对我具有较大的吸引力。刑法方法论问题，是刑法理论研究中的一个核心问题，对于刑法理论的深入发展具有原动力的意义。“当代刑法思潮论坛”成为我国刑法方法研究成果的一个展示平台。例如，冯军教授的“刑法教义学的立场与方法”，系统地论述了刑法教义学的方法论，这对于刑法教义学在我国的推广与展开，具有重要参考价值。周光权的“价值判断与刑法知识转型”，对价值判断的方法论进行了深入论述，并且从我国刑法知识转型这样一个视角切入，具有启发性。杜宇的“类型思维与刑法方法”，对于类型的刑法思维方法进行了全面的阐释，开拓了我们的视野，丰富了刑法理论的思想工具。总之，“当代刑法思潮论坛”的讲座内容具有独创性和思想性，为我国刑法学科带来了一股清新的学术空气，这是令人难忘的。

“当代刑法思潮论坛”的每次讲座，在讲者和听者这两个方面，都给我留下了深刻的印象。

就讲者而言，将近20多位教授在论坛上竞相亮相，展示其最新研究成果。这些讲者大多是我国刑法学科的中坚力量，尤其是“四校一院”的刑法教授，更是当仁不让。值得肯定的是，一些中青年刑法学者登台亮相，表现惊艳。论坛还邀请了部分京外刑法学者参与讲座，拓展了讲者的来源。例如，京外学者冯亚东、蔡道通、刘艳红和杜宇等教授都有不俗表现。这里还值得指出的是，论坛邀请了外国学者和我国台湾地区学者参与论坛，极大地丰富了“当代刑法思潮论坛”的学术视野。在这些学者中，包括德国学者金德霍伊泽尔、希尔根多夫、许乃曼、魏根特、齐白等；美国学者罗宾逊；我国台湾地区学者陈子平、陈志辉等。这些学者给我们带来了独特的刑法思想和观点，极大地启发了我们的思路。

就听者而言，“当代刑法思潮论坛”并不是单向的思想传播，而是双向的观点互动。这里的听者，既包括参加论坛的点评嘉宾和其他教授，也包括各校的学生。这些听者都是论坛的积极参与者，他们的点评、提问和互动，构成了论坛热烈而生动的学术交流场景。“当代

刑法思潮论坛”还经常出现一些“不速之客”，即出差到北京的外地学者，正好赶上论坛活动，主办者邀请他们参加，增添了论坛活动的“变数”。例如，第一期张明楷教授的讲座，就恰逢重庆大学法学院陈忠林教授在京。陈忠林教授是我国刑法学界思想深刻、观点独特的一位刑法学者。从第一期讲座的现场录音资料就可以看出，陈忠林教授的加入为这次学术讲座增添了更为激烈的观点争论和更为激荡的思想交锋。

尤其值得说明的是，各校参加“当代刑法思潮论坛”的同学们，对于论坛活动表现出了极大的热忱。我现在还保存着一份中国政法大学准律师协会和中国政法大学刑事司法学院学生会制作的折页宣传材料。这是为2012年6月7日在中国政法大学昌平校区举行的第12期“当代刑法思潮论坛”专门制作的。该材料制作精美，对以往活动作了回顾，并对该期活动做了介绍，每期活动介绍中都有讲座老师的头像和内容简介。材料上有以下这样一段赠语，给我留下了深刻的印象：

“当代刑法思潮论坛”自开办以来，一直备受法大学子的关注。论坛能够在法大昌平校区举办，让同学们亲身领略众位名家的风采是我们的心愿。整整一年的盼望和努力，长久的期待终于化为了现实，此次论坛的成功举办离不开老师您的奉献和支持，我们将一一铭记在心。在此，向您致以我们最崇高的敬意！希望本次昌平之行给您留下美好的回忆！

莘莘学子的期盼之心跃然纸上！

历时五年的“当代刑法思潮论坛”，我主讲了3期，其他各期讲座我也基本上都参加了，给我留下了深刻的记忆。现在，论坛内容以文字形式呈现出来，成为历史档案的一部分。我作为其中的一员，参与了这一论坛，感到幸运。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春

2016年3月21日

# 序 二

由五校刑法学科组织的“当代刑法思潮论坛”，已经坚持了整整五年，产生了重大影响，取得了良好效果，可圈可点、可喜可贺。

“当代刑法思潮论坛”的主讲人，既有国内刑事法学者，也有国外刑事法学者；既有年长学者，也有年轻学者；既有在五校任职的学者，也有五校之外的学者。每一期论坛的主讲内容，都是主讲人精心准备的最新研究成果，没有哪位主讲人将旧论文作为主讲稿，没有哪位主讲人将旧观点作为演讲词。不管是旧瓶装新酒，还是新瓶装旧酒，都不是这个论坛的风格。虽然每一期论坛的内容都是刑法学中的重要课题，但没有故弄玄虚、高深莫测的偏题、怪题。此外，每一期论坛不只是有主讲人的精彩演讲，还有学生们的质疑问难，更有评论人的深刻点评，以及学者之间的唇枪舌剑、针锋相对。论坛凸显出良好的学术批评气氛，其中也不乏妙语解颐、风趣横生。

当然，主讲人的观点以及评论人的点评，不可能得到所有人的赞成。甚至可以肯定的是，本书出版后，每一位主讲人的观点以及评论人的点评，都可能受到其他学者的批判。但正如波普尔所言：“如果有人发现了你的一种错误看法，你应当对此表示感谢；对于批评你的错误想法的人，你也应当表示感谢，因为这会导致改正错误，从而使我们更接近于真理。”批评者的大胆批评以及被批评者的大度，有利于学术批评的展开和学术的繁荣。在刑法学领域，一个研究者提出的任何一种观点，都不会独立于他的整个人格，也并不独立于他的生活状况以及他在社会中的地位。换言之，任何刑法学者都会将基于自己



的生活状态、社会地位、切身体验等得出的结论，解释成刑法的真实含义。千差万别的价值观是人类文化多样性的一个重要方面，所以，论坛中呈现出不同的观点，以及对论坛中的各种不同观点的批评，都是十分正常的现象。相信只有一个真理并认为自己掌握了这个真理，是这个世界上一切罪恶的最深刻的根源。诚然，刑法学者的认同感主要是通过同行给予的承认和尊重而形成的。然而，对一位刑法学者的学术批评与对该学者的承认和尊重是完全一致的。因此，每一位刑法学者首先应当善意地理解和对待他人的观点，同时也要展开学术批评。具有千差万别的价值观的刑法学者，只有通过相互争论、相互批评，才能形成具有现实意义的“共同意见”，从而促进刑法适用的安定性。

如所周知，每一次论坛的场面都蔚为壮观。虽然每个学校每次都利用了最大的教室或者报告厅，但总是济济一堂，不仅座无虚席，而且有许多人站着听，常常是过道上、讲台边站着许多人，甚至在窗外、门外还站着不少人。虽然论坛的主要听众是在校学生（包括硕士生与博士生），但事实上每一期论坛都有法官、检察官、律师参加。参加论坛的学生们都心潮澎湃、激动万分，相信他们一定有所收获、有所感悟。尽管如此，由于场地等原因，毕竟只有部分人能够亲临论坛，所以，公开出版论坛的内容，不仅可以让未能亲临论坛的人以阅读方式体会论坛的场景，而且能让亲临过论坛的人尽情回味论坛的精彩。

“供给侧改革”是当下流行的话语。经济学领域的“供给侧改革”旨在从提高供给质量出发，用改革的办法推进结构调整，挤掉与市场需求无关的水分，压缩过剩产能，扩大有效供给，提高供给结构对需求变化的适应性和灵活性，更好地满足广大人民群众的需要，促进经济社会持续健康发展。法学研究也需要开展“供给侧改革”，需要压缩旧的学术产能，挖掘汇通中外、切合实际的新学术产能。相信论坛内容的出版，能够满足广大读者的需要，能够促进刑法学的学术批评和刑法学的繁荣发展！

张明楷

2016年4月15日

# 序 三

弹指一挥间，五校刑法学同仁合办的“当代刑法思潮论坛”已走过五年。作为论坛之结晶的三卷本文集即将出版面世。我作为一名参与者、过来人，既非常高兴，也有一些感慨。我记得，论坛在北大开幕时，我们的总协调人梁根林教授在宣读他整理形成的《当代刑法思潮论坛宣言》中指出：“当今中国的刑法学，进入了‘春秋战国时代’，学术生态多元化的格局已经初步形成，不同的学术体系之间的分歧加大，同一学术体系之内也需要学术共识，因此，进一步的学术推动，客观上要求加强学术对话与交流，避免自言自语与隔空交战。”简而言之，我们开办论坛的初衷，就是为了加强刑法学人之间的学术对话与交流。

众所周知，近年来，我国政府高层一再号召，“大众创业，万众创新”。但要想在刑法学这一古老而又比较成熟的学术领域有所创新，却不是一件容易的事情。在我看来，社会科学的创新，就是要发出不同的声音。一般来说，发出奇谈怪论比较容易，但要发出有点学术价值的不同之声，却是很难的事情。没有深厚的学术积淀，没有强烈的学术激情，根本不可能发出有学术价值的不同之声。科学经验告诉我们，物体的碰撞会产生火花。思想火花的产生，也同样如此，需要有碰撞。学术同仁们坐在一起对话与交流，发表各自不同的见解或主张，这是一种最直接的学术碰撞，比起纸上文字的交流与碰撞，更为直接，更容易激发学术灵感，产生思想的火花，形成有学术价值、有

创新性的思想观点或主张。

回首论坛活动的往事，几乎每次都有不同学术观点的碰撞或争鸣。我是一位积极参与者，也是一位总想发点儿不同声音的人，因而，时常被“围攻”。冯军教授尽管是我师弟，但不留一点情面，攻击最为猛烈。由于我是一位没有脾气的人，并不在意别人的批评和指责，况且是学术争论，因此并不觉得难受，反而认为是享受了学术盛宴。每次参加论坛活动后，我总感到十分满足，有些学术灵感就是在论坛活动中产生的。

我到中国人民大学十多年，组织开展过不少学术活动，包括常设的“刑法名家讲座”“明德刑法学论坛”，等等，来校讲座和参与论坛的中外刑法学名家不少，但听众却从来都没有“当代刑法思潮论坛”的多。究其缘由，除了每次都有多位刑法学大腕的到来，部分年轻学子是慕名而来外，更多的学人是真诚地想来学点东西、长点见识或者感受一下论坛活动特殊的学术气氛。

“当代刑法思潮论坛”活动能够坚持下来，并取得令同行羡慕的成效，除了有五校同仁们的精诚合作、有“杨春洗法学教育与研究基金”的资助之外，与我们的总协调人梁根林教授的努力是分不开的。他用心做事，并要将事情做好做成的精神，令我十分敬佩；他为论坛文集出版付出的心血，也让我非常感动。为此，我还要代表中国人民大学的同仁们，向梁根林教授和所有为论坛的成功举办及论坛文集出版作出过贡献的人士表示衷心的感谢！

刘明祥

2016年3月30日

# 目 录

## 第一讲 刑事一体化的具体展开/001

主讲人：储槐植

主持人：周光权

评论人：陈兴良、张明楷、冯军、曲新久

嘉 宾：梁根林、车浩、江溯、劳东燕、阮齐林、方鹏、邓子滨、  
孙运梁、肖毅、何庆仁

## 第二讲 量刑的三大观念批判/041

主讲人：张明楷

主持人：刘明祥

评论人：王世洲、曲新久、冯军

嘉 宾：陈兴良、梁根林、林维、方鹏

## 第三讲 死刑有限存在论/081

主讲人：谢望原

主持人：曲新久

评论人：陈兴良、梁根林、刘明祥、冯军、车浩、陈璇、江溯、方鹏

## 第四讲 论死缓限制减刑制度及其适用

——以最高人民法院颁布的两个指导案例为切入点/115

主讲人：黎宏

主持人：梁根林

评论人：陈兴良、周光权、林维

嘉 宾：陈子平、车浩、江溯、劳东燕、阮齐林、方鹏、何庆仁

## 第五讲 劳动教养制度改革的路径选择

——以实证调研为基础的分析/163

主讲人：熊秋红

主持人：刘明祥

评论人：陈兴良、周光权、曲新久、时延安

嘉 宾：冯军、田宏杰、付立庆、王莹、车浩、方鹏、秦一禾、  
孙运梁、李强

## 第六讲 日本刑事政策的最新动向

——犯罪人社会复归理念所面临的挑战/205

主讲人：金光旭

主持人：梁根林

评论人：陈兴良、车浩、江溯

## 第七讲 德国少年刑法的新发展/251

主讲人：玛丽安·齐白 (Marion Sieber)

主持人：梁根林

翻 译：江溯

嘉 宾：张文、王世洲

## 第八讲 大众的正义直觉与刑事司法/271

主讲人：保罗·H. 罗宾逊 (Paul · H. Robinson)

主持人：梁根林

评论人：王世洲、樊文、劳东燕

## 第九讲 安全、风险与刑法/289

主讲人：基墨 (Kimmo Nuotio, 芬兰赫尔辛基大学法学院院长、教授)

主持人：陈兴良

评论人：陈兴良

嘉 宾：王磊

翻 译：江溯

第十讲 论酒醉驾车罪（不能安全驾驶罪）的争议问题

——以台湾“最高法院”2009台非字第15号判决为例/303

主讲人：陈子平（台湾高雄大学法律系教授）

主持人：曲新久

评论人：阮齐林、刘明祥、冯军

嘉 宾：陈兴良、梁根林、张文、张明楷、周光权、谢望原、  
付立庆、车浩

第十一讲 “错案、死刑与法治”特别论坛/335

主讲人：梁根林、汪建成、张文

发言人：王敏远、邓子滨、党建军、卢建平、谢望原、黎宏、田文昌、  
王世洲、张庆方、陈永生、刘仁文、苗生明、周光权、林维、  
刘生荣、杨书文、付立庆、白建军、王新、江溯、车浩、储槐  
植、蔡桂生

后 记/379

2012年11月22日

## 第一讲

# 刑事一体化的具体展开

主讲人：储槐植

主持人：周光权

评论人：陈兴良、张明楷、冯军、曲新久

嘉宾：梁根林、车浩、江湖、劳东燕、阮齐林、方鹏、邓子滨、

孙运梁、肖毅、何庆仁





**周光权** 我们的讲座现在开始。

“当代刑法思潮论坛”的主旨就是讨论刑法学中一些基本的问题、基本的原理、基本的方法，来推动整个刑法学向着一个更高的目标发展。

储老师是北大法学院的教授，是公认的刑法学名家，提出过很多非常有创意的想法，影响了无数人。我们都知道，他提出的最著名的学说是“刑事一体化”。我们人人都在讲“一体化”，但这个“一体化”究竟是什么意思，我们不一定真正了解。所以今天晚上要听储老师讲“刑事一体化”真正的含义，原汁原味的“刑事一体化”。我提议各位以热烈的掌声欢迎储槐植教授。

今天晚上的讲座也是祝贺储老师八十华诞的一个特别讲座，下个月在北大还有另外的活动，这是一系列活动当中的一环。

下面有请储老师！

**储槐植** 同学们、各位老师，晚上好。

今天有机会来到清华，来到咱们这个有名的、在全国刑法界重要的论坛上来，与诸位交流互动，用光权的话来说，我来“热身热身”。

在三个星期以前，我被告知说，要到论坛上讲一点儿东西，当时题目是“刑事一体化”。既然有这样的要求，我就答应了。过了几天，梁根林教授给我打电话，问讲什么题目，我说题目叫“漫谈刑事一体化”，梁根林说不好，怎么用“漫谈”?! 后来他问我大致有什么内容，

我说了几句，他说我给你一个题目，叫做“刑事一体化的具体展开”，我同意了。我说我讲的问题可能是“具体”，但能不能算“展开”不一定，也许“展开”，也许“展不开”。那么在这里我想我就“姑妄言之”，诸位就“姑妄听之”。

我记得我是在1989年提出的“刑事一体化”这个概念，到现在差不多已经1/4个世纪了，但是我觉得在学术含量上，“刑事一体化”提出来还没有得到多少学术上的提升，我自己深感愧疚。去年劳东燕教授在一篇文章中说，储教授的有些观点有新意，可惜没有再做进一步的实质性的推进。此言极是。

刑事一体化的要义，其实我觉得挺简单，就是“贯通学科联系”，或者叫做“淡化学科界限，关注现实问题”，主要就是这个。刑法的刑事政策化，是当代刑法潮流，也是刑法研究的可用的思路。刑事政策，是刑法运作的润滑剂，它激发刑法活力。刑事政策就是对付犯罪的政策。刑事政策是导引刑事立法，同时刑事政策又应当在刑法的框架之内，起机制性的作用。运用哲学、政治学、社会学、经济学，包括犯罪学等学科的知识理念，用来解决刑法问题，体现刑事一体化。

我记得有这么一句话，说“责任是一种评价”，即归责可能性，评价客体是行为，这是行为本位刑法的基本观念。而行为人本位刑法认为，评价客体是人格。当今的主流观点是，责任的评价客体是具体行为，在判断责任程度时，考虑人格因素也是合理的。人格，就是人的品格，就是德性，这是伦理学也是犯罪学上的一个重要概念，但不是刑法的规范。

在刑法适用量刑过程中，司法实务中常用的一个至关重要的中国概念是“主观恶性”，也就是凶恶的性格。“主观恶性”这个概念，不等于刑法概念上的“罪过”，不是刑法中的“罪过”的概念，而是犯罪学的元素。“主观恶性”同三阶层犯罪论的“责任”概念有些近似，但不相同。在我国司法实践中，“主观恶性”概念已经深深融入刑法的运作过程中，起着重要的作用，形成一体化的性状。在中华文化里，刑法的本性是治恶、惩恶的公器，刑罚力度与对象的恶性程度成

比例关系。2010年2月8日颁布的最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第28条规定：“对于被告人同时具有法定、酌定从严和法定、酌定从宽处罚情节的案件，要在全面考察犯罪的事实、性质、情节和对社会危害程度的基础上，结合被告人的主观恶性、人身危险性、社会治安状况等因素，综合作出分析判断，总体从严，或者总体从宽。”可见“主观恶性”是非法定也非酌定情节的，一种具有独立发言权的影响量刑的重要因素。

关于“主观恶性”这个命题，我想讲三个具体问题。

### 1. 《刑法》第48条死刑适用的刑罚标准问题

刑罚是刑法的中枢神经，死刑是刑罚体系的首脑。《刑法》第48条第1款规定：“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。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。”这是我国当前死刑政策的法律载体。

法律界对死刑标准，就是“罪行极其严重”，发表了许多研究文章，花了不少力气。但是对“罪行极其严重的犯罪分子”，就是死刑适用的对象，缺乏应有的关注，“见事不见人”，我认为这是一个学说失误，也许还可以说这是学说的重大失误。

关于“罪行极其严重”，我认为有两个问题是值得讨论的。

(1) 死刑适用的一般化标准，“罪行极其严重”，能不能具体化，以便增加可操作性。这个问题在几年前，刑法学术界确实花了很大的力气，用一句话说叫做“给力有加”，但是最后结果则是徒劳无功，不了了之。因为实际上，“罪行极其严重”在我国《刑法》以前是68个现在是55个死刑罪名中\*，具体情况确实非常复杂。所以在各种具体的死刑罪中来理解“罪行极其严重”，这样的努力是不可能有效果的。

今年我国发布了《国家人权行动计划（2012—2015年）》，指出

---

\* 2015年11月1日起施行的《中华人民共和国刑法修正案（九）》又取消了9个罪名的死刑。——编者注

中国将进一步严格死刑审判的复核程序，强化最高人民检察院对死刑复核案件的法律监督，最高人民法院通过发布指导性案件，进一步明确死刑的适用标准。注意，这是我国发布的《国家人权行动计划（2012—2015年）》里的指导，也就是说，对死刑怎么样更好地适用《刑法》第48条，要靠一个一般化的原则把它具体化适用到各种案件是不可能的，还是需要通过最高人民法院来具体地发布一些指导性案例，来逐步明确死刑适用的标准。这是一个政策渠道。关于“罪行极其严重”的具体化，增强可操作性，这种努力现在来看基本是不能实现的。

（2）关于“罪行极其严重”还有另外一个问题。“罪行极其严重”是1997年《刑法》第48条规定的，而与之相关的是，1979年《刑法》第43条规定“死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子”。这里的问题就是，1997年《刑法》中的“罪行极其严重”和1979年《刑法》中的“罪大恶极”，这两个概念是什么关系，也就是，这两者是等同的，还是有差异。

关于这一点，我想作为通说，可能认为基本上是等同的，也就是说，1997年《刑法》中的“罪行极其严重”和1979年《刑法》中的“罪大恶极”基本上是等同的。但是我觉得不一样。

2011年12月初，社科院法学所开了一个研讨会，我提交了一篇文章，题目叫做《遵从立法多判死缓：罪大但不恶极》，也就是说判死缓的犯罪分子一般不是罪大又恶极的犯罪分子，而应当是罪大但不恶极的犯罪分子。这篇文章是2011年写的，在研讨会上也没有展开讨论。我觉得，“罪行极其严重”和“罪大恶极”这两者有相同点，但是也有重大的差异。

2012年6月，我拜读了黎宏教授的大作《刑法学》。他在该书第337页写道，“以‘罪大恶极’来说明‘罪行极其严重’并不妥当，这种理解值得商榷”。我认为黎宏教授的看法很妥当。他用的措辞是“商榷”，言下之意就是说黎宏教授的看法和通说是不一样的，如果他的看法和通说没有什么差异，那就没有必要说“商榷”。