

和谐社会语境下 刑法机制的协调

戴玉忠 刘明祥 主编



HEXIE SHEHUI YUJING XIA
XINGFA JIZHI DE XIEJIAO

中国检察出版社

和谐社会语境下刑法机制的协调

主 编 戴玉忠 刘明祥
副主编 赫兴旺 付立庆

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

和谐社会语境下刑法机制的协调/戴玉忠, 刘明祥主编. —北京:
中国检察出版社, 2008. 5
ISBN 978 - 7 - 80185 - 942 - 6

I. 和… II. ①戴…②刘… III. 刑法—研究—中国 IV. D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 070601 号

和谐社会语境下刑法机制的协调

主编 戴玉忠 刘明祥 副主编 赫兴旺 付立庆

出版人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电子邮箱: zgjcbs@vip. sina. com

电 话: (010) 68658769 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中华美凯印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 35.5 印张

字 数: 709 千字

版 次: 2008年7月第一版 2008年7月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 942 - 6/D · 1918

定 价: 70.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

编 委 会

主 编 戴玉忠 刘明祥

副 主 编 赫兴旺 付立庆

编写人员 (以姓氏笔画为序)

于志刚	王 琪	王 琼	王文华	王剑波
邓文莉	付 强	付立庆	冯 军	冯卫国
伦朝平	刘之雄	刘仁文	刘守芬	刘明祥
孙 力	朱 婷	吴玉梅	吴光侠	吴学斌
张 杰	张 波	张 森	张正新	张亚平
张绍谦	张桂荣	李 翔	李运平	李春华
李恩慈	李瑞生	杨文龙	杨辉忠	汪明亮
沈玉忠	肖 伟	肖 怡	苏彩霞	周光权
周志彬	周道鸾	孟庆华	郑丽萍	郑霞泽
侯国云	宣炳昭	胡 隽	钱叶六	高 巍
高铭暄	黄旭巍	黄明儒	彭凤莲	程 捷
韩玉胜	熊永明	蔡道通	戴玉忠	

编辑说明

和谐社会是当代中国社会的主旋律，而刑事法治则是一国法治建设进程中至关重要的课题。就刑事法治建设的具体推动来说，刑法机制的运行起着基础性的作用。因此，在和谐社会的语境之下，正视刑法机制运行中的方方面面问题，尽力消解刑法总则与刑法分则、刑事立法与刑事司法、刑事实体法与刑事程序法、刑事法与其他法律之间的抵牾与冲突，构建刑法机制协调运行的理念指导、制度设计和实践安排，具有极其重要的作用。

正是基于以上的使命感和问题意识，2007年4月7日，国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心主办了“和谐社会语境下刑法机制的协调”学术研讨会，来自最高人民法院、最高人民检察院、全国人大法制工作委员会、司法部、公安部、中国社会科学院、北京大学、清华大学、中国政法大学、北京师范大学、中国人民公安大学、吉林大学、南京大学、中南财经政法大学、西南政法大学、西北政法大学、湘潭大学等单位的领导、专家和学者共100余人出席了会议，并展开了热烈而深入的探讨。为将本次研讨会的成果反馈社会、以飨读者，我们特精选会议的优秀论文结集出版。根据相应论文的内容，文集分为立法模式与刑法机制的协调、刑法总则与刑法分则的协调、刑罚体系与刑罚结构的协调、刑法与相关法律的协调、刑法与有关国际公约的协调等栏目，比较全面地反映了会议参加者在“和谐社会语境下刑法机制的协调”这一课题上的研究成果。需要说明的是，尽管向会议提交的论文大都具有较高的学术价值，但囿于篇幅，我们只能忍痛割爱、优中择优，在此向所有提交论文的作者表示真挚的敬意与感谢。

最后，本论文集的出版得到了中国检察出版社的大力协助，在此谨向该出版社的相关人士，特别是副总编辑安斌博士和本书的责任编辑苏晓红主任致以衷心的感谢。

中国人民大学刑事法律科学研究中心

二〇〇八年五月

目 录

第一编 立法模式与刑法机制的协调

犯罪圈的界定及其关系处理	(3)
一、犯罪圈的确定原则	(3)
二、确定犯罪圈必须处理的关系	(7)
从刑罚的特性看犯罪圈的界限	(14)
一、动用刑罚的必要性	(18)
二、动用刑罚的可能性	(20)
三、动用刑罚的效益性	(22)
和谐社会与刑事立法	(24)
一、刑事立法的动向及其背景	(24)
二、“和谐社会”作为刑事立法的价值追求	(26)
三、完善我国刑事立法的具体措施	(28)
对我国刑事立法模式的反思与重构	(30)
一、我国刑事立法模式的现状	(30)
二、我国现行刑事立法体系存在的主要问题	(31)
三、刑事立法模式选择所遵循的主要原则	(33)
四、对完善我国刑事立法模式的展望	(34)
单一法典化的刑法立法模式之反思	(38)
一、历史回顾：从分散立法到单一法典化	(38)
二、现实挑战：单一法典化模式的局限性	(39)
三、应然选择：刑法典与特别刑事立法相结合	(42)
单行刑法立法技术的历史考察与完善建言	(45)
一、关于单行刑法的名称	(45)
二、关于单行刑法的条文化表达方式	(48)

三、关于单行刑法的公布与实施的时间	(49)
论刑法修正机制的协调	(55)
一、刑法体系结构的变革	(56)
二、刑法修正案与刑法典的完善	(58)
三、刑法修正案与刑法典的协调	(60)
我国刑法修正案实践与思考	(67)
一、我国刑法修正案的有效尝试	(67)
二、我国刑法修正案之存在问题	(69)
三、我国刑法修正案之完善建议	(71)
结束语	(73)
附属刑法相关问题探讨	(74)
一、附属刑法存在的必要性问题	(74)
二、附属刑法的内在结构问题	(77)
三、附属刑法的立法权问题	(79)
四、附属刑法的效力问题	(81)
我国刑事立法技术之反思与重构	(83)
一、刑事立法技术之内涵简释与功能梗概	(83)
二、关于我国现行刑事立法技术之反思	(85)
三、我国刑事立法技术完善之宏观语境	(88)
四、结语	(90)
我国贿赂犯罪刑法规范的演变与立法协调	(91)
一、建国初期贿赂犯罪刑法规范的主要特征	(91)
二、1979 年刑法典中贿赂犯罪规定的主要特征	(92)
三、1982 年《决定》中贿赂犯罪规定的主要特征	(93)
四、1988 年《补充规定》中贿赂犯罪规定的主要特征	(94)
五、1995 年《惩治违反公司法犯罪决定》中贿赂犯罪规定的主要特 征	(95)
六、1997 年修订刑法和刑法修正案中贿赂犯罪规定的主要特征	(96)
七、我国贿赂犯罪刑法规范的立法协调	(98)

第二编 刑法总则与刑法分则的协调

论我国刑法总则与分则相关规定的协调	(105)
一、总则关于犯罪定义的规定与分则相关规定的协调	(105)
二、总则关于过失犯罪的规定与分则相关规定的协调	(108)
刑法典中部分总则制度之分则化和分则制度之总则化的思索	(112)
一、刑事立法中存在的制度失衡和逻辑不协调	(112)
二、关于刑法典中部分总则制度的分则化：以特殊累犯制度为例	(113)
三、关于刑法典中部分分则制度的总则化：以特别自首规则为例	(117)
四、对刑法典中具体制度进行角色调整的价值	(126)
论刑法的冲突与协调	
——以刑法第 17 条第 2 款为例的分析	(129)
一、立法与司法的冲突：罪名应当法定	(130)
二、刑法第 17 条第 2 款的立法疏漏	(135)
三、刑法第 17 条第 2 款规定的是罪名而不是行为	(140)
四、合理解释刑法：刑法规范冲突的克服	(143)
刑法总则与分则规定的矛盾及其协调问题探讨	(150)
一、罪刑法定与以危险方法危害公共安全罪规定的矛盾及其协调方式 问题	(150)
二、累犯与毒品累犯规定的矛盾及其协调方式问题	(152)
三、自首与贿赂罪自首规定的矛盾及其协调方式问题	(154)
四、一般缓刑与战时缓刑的矛盾及其协调方式问题	(155)
五、牵连犯立法规定的矛盾及其协调方式问题	(156)
刑法总则规定与分则规定之间的矛盾及其协调	
——以已满 14 周岁不满 16 周岁的人绑架致使被绑架人死亡时如何处理 为切入	(160)
一、问题的提出：当分则规定与总则规定之间出现不协调	(160)
二、解释论者为弥补上述不协调所作的努力及其边界	(161)
三、出现上述不协调的根源所在：对相关立法的评价、追问与建议	(164)

第三编 刑罚体系与刑罚结构的协调

刑种设置结构研究	(171)
引言	(171)
一、宽严相济的刑事政策指导刑种设置	(171)
二、我国现行刑种设置结构属于“两极化”类型	(174)
三、我国应确立宽严有度的刑种设置结构	(179)
四、刑罚改革的主要设想	(181)
结语	(186)
论刑罚制度的缺陷与完善	(188)
一、死缓的缺陷与完善	(188)
二、无期徒刑的缺陷与完善	(189)
三、减刑制度的缺陷与完善	(190)
四、假释制度存在的问题	(192)
五、数罪并罚制度的缺陷与完善	(195)
六、行刑时效的缺失建立	(197)
七、结论	(197)
我国刑罚的不经济及其改进	(199)
一、现行刑罚体系不经济的表现	(199)
二、促进我国刑罚经济的两点思考	(203)
再社会化理念导向下的刑罚体系重构	(209)
一、再社会化理念的提出	(209)
二、我国刑法应确立促进犯罪人再社会化的原则	(210)
三、以再社会化理念为导向推进我国刑罚改革	(211)
论行政犯与刑事犯的区分对刑事立法的影响	(217)
一、行政犯与刑事犯的关系	(218)
二、行政犯与刑事犯区分的立法意义	(221)
三、行政犯与刑事犯区分对我国行政犯立法模式选择的意义	(224)
四、行政犯与刑事犯区分对我国行政犯立法的具体影响	(227)
法定刑的合理配置	
——罪与刑之和谐的立法实现	(230)
一、法定刑及其设置根据	(230)

二、法定刑配置及其根据	(231)
三、法定刑配置的理念与原则	(232)
四、法定刑配置模式	(233)
五、我国现行刑法中法定刑配置之评析	(236)
六、结语	(238)
“以人为本”的刑罚体系之建构	(240)
一、“以人为本”的刑事法治理念之倡导	(240)
二、我国现行刑罚体系的“人本主义”审视	(241)
三、“以人为本”的刑罚体系之建构	(244)
 第四编 刑法与相关法律的协调 	
论刑法与治安管理处罚法的协调	
——以对治安拘留场所监督和劳动教养制度改造为视角	(251)
一、从一个案例看治安管理处罚和劳动教养存在的问题	(251)
二、关于改造劳动教养制度的观点	(253)
三、立法建议	(254)
关于违法行为教育矫治法的几点思考	
——兼谈与刑法及治安管理处罚法的协调	(256)
一、制定违法行为教育矫治法的重要意义	(256)
二、关于违法行为教育矫治法的立法建议	(257)
三、违法行为教育矫治法与刑法及治安管理的协调	(259)
刑法与治安管理处罚法的协调研究	(262)
一、刑法与治安管理处罚法在立法价值选择上的协调	(262)
二、刑法与治安管理处罚法在总则方面的协调	(265)
三、刑法与治安管理处罚法在行为及其处罚规定上的衔接与协调	(266)
四、刑法与治安管理处罚法需要进一步协调的问题	(268)
犯罪与行政违法行为关系辨析及处罚协调	(273)
一、犯罪与违法行为的本质分析	(275)
二、犯罪与违法行为处罚机制协调的理论路径	(278)
三、犯罪与违法行为协调处罚机制的理性建构	(281)
试论治安违法与治安犯罪一体化	(284)
一、提出问题	(284)

二、治安违法与治安犯罪的关系	(285)
三、治安违法与治安犯罪之脱节及其带来的不利影响	(287)
四、治安违法与治安犯罪一体化	(289)
刑法与治安管理处罚法协调的思考	(295)
一、治安管理处罚法律的制定与发展	(295)
二、刑法基本理论对治安管理处罚法的渗透	(298)
三、治安管理处罚法中可资借鉴于刑法的思考	(301)
四、结语	(305)
同种行为不同语境下的客观解读	
——寻找治安管理处罚法与刑法的模糊边界	(307)
一、“同种行为”的两个面向	(308)
二、实质解释：区分行爲的唯一路径	(310)
三、情节轻重：质与量上的不同考量	(314)
论通过刑法减轻控方责任	
——兼及刑法与刑事诉讼法的协调	(317)
一、为什么要适度减轻控方责任	(317)
二、刑法立法与控方举证责任的减轻	(319)
三、刑法解释与控方证明责任的降低	(325)
四、余论	(327)
刑法与监狱法的冲突与协调	(331)
一、引言	(331)
二、刑法与监狱法法律规范冲突与抵牾	(332)
三、解决刑法与监狱法冲突路径的探寻	(335)
法际整合中的刑法协调	
——以偷税罪为分析视角	(339)
一、法际整合对于刑法协调的必要性	(339)
二、纳税义务——在法际整合视角下的解释	(340)
三、限定扣缴义务人的责任范围——效率优先与实质平等的 法际协调	(343)
四、偷税罪的主体是否包括非法经营者——法际间评价标准的 协调	(344)
《违法行为矫治法》立法的正当性根据	(346)
一、合目的性路径的困境	(346)

二、利益权衡路径的证成	(349)
劳动教养新出路	
——从社区矫正的结构性功能之视角	(353)
一、劳动教养的刑罚意义	(353)
二、社区矫正的结构性功能及对劳动教养的意义	(356)
《违法行为矫治法》之性质解读	(360)
一、制定《违法行为矫治法》之动因：劳动教养制度存在的问题	(360)
二、《违法行为矫治法》之性质解读	(363)
三、《违法行为矫治法》之定性对其内容及执行方式的影响	(367)
第五编 刑法与有关国际公约的协调	
论《联合国反腐败公约》与我国刑事制度的完善	(371)
一、《联合国反腐败公约》的制定背景	(371)
二、《联合国反腐败公约》的主要内容	(372)
三、《公约》指导下中国反腐败刑事制度的完善	(377)
《联合国反腐败公约》与我国刑法的协调和完善	(383)
一、国际反腐公约与我国刑法相关规定的衔接	(383)
二、贿赂类犯罪行为的立法协调与完善	(384)
三、贪污类犯罪行为的立法协调与完善	(401)
四、腐败后续犯罪行为的立法协调与完善	(402)
论我国惩治腐败犯罪刑法立法的完善	
——以《联合国反腐败公约》为视角	(407)
一、国际合作惩治腐败犯罪的必要性及其反腐立法	(407)
二、惩治腐败犯罪的国际与国内立法之比较	(409)
三、我国惩治腐败犯罪刑法立法的完善	(411)
我国贿赂犯罪立法与《联合国反腐败公约》之协调	
——以加强和完善我国反腐败预防机制为前提	(418)
一、协调之前提——加强和完善我国反腐败预防机制	(418)
二、我国贿赂犯罪立法与《公约》之比较	(420)
三、我国贿赂犯罪立法与《公约》之协调	(423)
论反腐败公约与我国刑事实体法之完善	(427)
一、贿赂本国公职人员	(427)

二、贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员	(428)
三、我国贿赂犯罪的立法缺陷与完善	(430)
四、私营部门内的贿赂和侵吞财产	(432)
五、我国现行法律适用《公约》存在的问题	(437)
中国刑法与《联合国反腐败公约》的协调问题论纲	(438)
一、与时俱进：中国刑法与《反腐公约》相协调的重大意义	(439)
二、适用模式：中国刑法与《反腐公约》相协调的路径选择	(441)
三、腐败犯罪：中国刑法与《反腐公约》相协调的概念基石	(445)
贿赂的范围	
——以我国刑法与《联合国反腐败公约》的协调为视角	(450)
一、贿赂之渊源	(450)
二、外国及国际社会关于贿赂范围之立法例	(451)
三、贿赂范围应有的立法取向	(452)
中国腐败犯罪的刑法立法与《联合国反腐败公约》之协调	(456)
一、《刑法》关于腐败犯罪的立法与《公约》的差距	(457)
二、《联合国反腐败公约》在中国的适用方式：纳入抑或转化	(460)
三、中国惩治腐败犯罪刑法立法的完善——以《联合国反腐败公约》 为主要参照	(461)
我国刑法与反腐败国际公约的协调	
——预防与追讨外逃腐败资金的国际法机制研讨	(469)
一、提出问题	(469)
二、《公约》关于预防与追讨外逃腐败资金的相关规定及我国刑法相 关制度的缺位	(470)
三、我国刑法与《公约》进行协调的立法建议	(475)
中国刑法死刑制度的改革与完善	
——为批准加入《公民权利和政治权利国际公约》创造条件	(478)
引言	(478)
一、少杀、慎杀是中国现阶段对待死刑的重要刑事政策	(479)
二、中国刑法死刑制度存在的主要问题	(481)
三、改革与完善中国刑法死刑制度的构想	(483)
四、树立社会主义法治理念是改革和完善中国死刑制度的关键	(494)
五、结语	(497)

死刑适用标准的合理界定	
——兼谈与国际公约有关标准的协调	(499)
一、我国刑法和国际公约有关死刑适用标准的规定及其理解	(499)
二、死刑适用标准的合理界定及其具体把握	(504)
我国刑法与《公民权利和政治权利国际公约》的协调	(508)
一、《公民权利和政治权利国际公约》与我国刑法在制度理念上的不同导向	(509)
二、《公民权利和政治权利国际公约》与我国刑法在制度理念上的协调	(513)
略论我国刑法与反劫持航空器国际公约的协调	(519)
一、前言	(519)
二、我国刑法关于劫持航空器罪的规定以及普遍管辖原则的确立	(520)
三、反劫持航空器国际公约	(521)
四、我国刑法与反劫持航空器国际公约之协调	(525)
结语	(530)
我国刑法与惩治危害国际航空安全犯罪国际公约的协调和发展	(531)
一、惩治危害国际航空安全犯罪的国际公约	(531)
二、四个国际公约对危害国际航空安全犯罪的规定	(534)
三、我国刑法与四个国际公约的对接与不足	(541)
四、我国刑法与四个国际公约的协调和发展	(543)
论全球化时代的刑法国际协调	(544)
一、前言	(544)
二、我国刑法国际协调问题的提出	(544)
三、我国刑法国际协调的主要对象	(546)
四、我国刑法国际协调的主要领域	(548)
五、结语	(550)

第一编
立法模式与刑法机制的协调

犯罪圈的界定及其关系处理

熊永明*

在传统社会向着日趋和谐的现代社会转变过程中，刑事法应如何涉入社会生活，如何合理地界定犯罪圈，其态度应当是积极还是消极，其方式应当是刚性还是柔性，其程度及其范围应当是宽泛还是狭隘，这些已经成为所有的刑事法学者无法回避的重大理论和实践课题。

一、犯罪圈的确定原则

从刑事立法层面看，刑事处罚对哪些社会关系和主体行为的适用具有合理性，究竟哪些内容值得非刑法化，哪些内容需要刑法介入，或者说刑法干预的标准和原则是什么，中外学者曾经有过许多探讨，英国著名法学家边沁根据功利原则进行分析，将不应适用刑法干预的情形概括为四类：滥用之刑、无效之刑、过分之刑和昂贵之刑。对于刑法介入社会生活的标准，美国学者 H. L. 帕克认为，值得动用刑罚处罚的行为限于以下情况：（1）这种行为在绝大多数人看来是明显地对社会构成威胁的行为，并且为主要的社会阶层所不能容忍；（2）对该行为科处刑罚符合刑罚的目的；（3）对这种行为进行控制不会导致禁止对社会有利的行为；（4）对这种行为能够进行公平的、无差别处理；（5）对这种行为进行刑事诉讼上的处理时，不产生质与量的负担；（6）对这种行为的处理不存在代替刑罚的适当方法。^①我国学者陈兴良教授指出：“运用刑法手段解决冲突，应当具备以下两个条件：其一，危害行为必须具有相当严重程度的社会危害性。其二，作为对危害行为的反应，刑罚应当具有无可避免性……而所谓刑罚之无可避免性，则是指立法者对于一定的危害行为，如果不以国家最严厉的反应手段——刑罚予以制裁，就不足以有效地维持社会秩序。一般来说，具有下列三种情况之一的，就说明不具备刑罚之无可避免性：（1）无效果。所谓无效果，就是指对某一危害行为来说，即使规定为犯罪并处以刑罚，也不能达到预防与抗制之效果。（2）可替代。所谓可替代，就是

* 法学博士、南昌大学法学院副教授。

① 转引自张明楷：《刑法的基础观念》，中国检察出版社1995年版，第145页。