

Approaches

to the Criminal Law Reform in China

刑法改革的进路

屈学武 主编



NLIC2970860662



中国政法大学出版社

Approaches

to the Criminal Law Reform in China

刑法改革的进路

屈学武 主编



NLIC2970860662



中国政法大学出版社

2012 · 北京

图书在版编目 (C I P) 数据

刑法改革的进路/屈学武主编. — 北京:中国政法大学出版社, 2012. 12
ISBN 978-7-5620-4548-9

I. ①刑… II. ①屈… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第295514号

- 书 名 刑法改革的进路 Xingfa Gaige de Jinlu
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
010-58908325(发行部) 58908334(邮购部)
编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
承 印 固安华明印刷厂
规 格 720mm×960mm 16 开本 32 印张 590 千字
版 本 2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-4548-9/D·4508
定 价 68.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由我社负责退换。

前 言

中国刑法改革的进路，是指中国刑法改革的前行之路。众所周知，刑法作为政治上层建筑，总是因循经济基础的变化而前行的，而社会的物质经济条件，总体看始终呈上升、发展的趋势，就此意义看，刑法相对于它所运作的物质经济条件而言，其与基础的适应性、稳定性始终是相对的；不适应、不稳定则是绝对的。由是，刑法总是处于滞后、前行、再滞后、再前行的循环往复发展过程之中，这一刑法改革的方向及其历程，正是刑法改革的“进路”。可见，对“刑法改革进路”的探究可谓永恒性的研究课题。不同点仅仅在于：刑法滞后程度的高与低、改革幅度的大与小、改革层面的深与浅而已。

刑法改革的进路，要少走弯路，要做到健康、有序、良性的发展，既少不了司法实践的经验升华、教训总结；更少不了国内外优秀刑事法理论的扬弃与借鉴、争鸣与发展。为此，本书所研讨的刑法进路，不仅仅囿于刑法条文的增补、删除或者修订，还在认真研习国内外优秀法律思想精髓并逐一检视国内司法践行现状的基础上，着力探究刑法规条背后的刑事立法改革的正当性与必要性、刑法的基本价值取向、刑法理念的更新、刑法体系的改革及其刑法修订模式的重塑等多方面问题。有鉴于此，本书并非就事论事地仅仅研讨有关刑法章节、条文的结构、内容、体系及其他立法技术问题，而是先厘正有关价值论的正确择取与民权刑法理念的定位等基本问题，在此基础上，本书根据刑法总则、分则的相关问题，分设了23个专题进行逐一研讨，每个专题约2万字左右。

当然，我们或可毫不夸张地讲，倘若就此 23 个专题来“小题大做”的话，每一专题实际上都可各出专著一部。但本书的宗旨仅仅在为刑法的革新描绘出基本的框架性线条；加之，也囿于篇幅和时间的限制，本书所述的 23 个专题，也就“大题小做”、提纲挈领地述论有关问题了。另一方面，鉴于本书作者较多，各自学术背景亦不同：有的曾访学于欧美多年、有的留学过德国、日本等，诸此学术背景及其刑法理念上的差异，导致了各位学者对有关学术问题，往往各持己见。例如本书有论者特别指陈“金钱是一种‘凝固的自由’，许多活动和消费以及自由都是以金钱为前提条件的”，而“拥有一定的合法财产是一个人在社会上有尊严地生活的最低保障，把行为人变成一个彻底的无产者，只能是封建刑罚——‘抄没充公’的目的。我国古典刑法时代的这个制度遗产，从现代刑法的观点来看，不仅是不人道的，而且是违背社会主义法治国家原则的”。据此，在我国“存在无限额罚金制度和规定了追缴措施的条件下，作为附加刑的没收财产，尤其是可以比作行为人财产权利领域‘死刑’的没收全部财产制度，还有什么存在的必要？”；就此问题，本书分论篇的作者却强调我国现行刑法中，有的专章从头到尾全无财产刑设置，导致此类犯罪惩治不力，主张我国立法机关宜在将来的修法中，针对此类犯罪，增设罚金刑和没收财产刑。再如，书中有论者指陈我国《刑法修正案（八）》第 1 条所规定的“已满 75 周岁的人故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚”的规定，没有犯罪学意义。这一方面基于老年人犯罪率本来就很低；另一方面也因我国居民的平均年龄仅仅为 72 周岁。另有作者却坦陈我国“《刑法修正案（八）》增加规定了对审判的时候已满 75 周岁的人一般不适用死刑，这固然是一大进步，但它一是留了个尾巴，即‘以特别残忍手段致人死亡的除外’，二是把年龄定为 75 周岁有过高之嫌，因此这方面仍然有视个案通过特别赦免来减刑之必要。”再例如，对贪污贿赂类犯罪，本书不少作者主张废弃其死刑设置，以对接于《公民权利和政治权利国际公约》关于死刑只能适用于“最严重罪行”的规定。但本书也有作者在撰文中赞同我国有学者提出的“就目前的我国社会来看，官商勾结愈演愈烈，引起了民众的极大不满，冲击着社会生活的底线秩序。在此背景下提出废除贪腐犯罪死刑的结论，可能非常危险”的主张。

诸此种种，不一枚举。对此，基于“百家争鸣”的学术原则的确有利于

在争议中明辨事理与是非；也为了充分尊重各位作者的基本观点，编者对此因而采取了在相对统一的刑法价值观导向下，尽量地开放各位作者的刑法修改观——只要通过作者自己的“自圆其说”、能够清正并阐明自己所主张或赞同的观点即可入录的原则来统稿。据此，虽经一定努力，这里奉献给读者的完整“成品”仍然难免呈现前后章节之不同论者所主倡或赞同观点上的前后衔接、照应不够之处，对此，敬请各位读者方家见谅并悉心指教、就正。

“中国刑法改革研究”乃中国社会科学院 2009 年度院级重大科研课题，作为本院法学研究所刑法室时任室主任，本人特地邀请了本室其他几位研究员并携当时在读、在站的本室博士研究生、博士后研究人员共同一起完成了本课题。全书的写作分工情况如下（以姓氏拼音为序）：邓超（北京市海淀区人民检察院检察官、法学博士后）：第一、三、九、十二章；樊文（中国社会科学院法学研究所副研究员、法学博士）：第十七、十八章；黄芳（中国社会科学院法学研究所研究员、法学博士后）：第二十二、二十三章；林俊辉（福建省公安厅警官、博士后）：第二、十四章；刘仁文（中国社会科学院法学研究所研究员、刑法研究室主任，博士生导师）：第二十章；刘召（北京吉利大学督导评估部部长、法学博士后）：第十六章；屈学武（中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师）：第四、六章；张胜英（河南检察官学院副教授、法学博士）：第二十一章；郑齐猛（北京市大兴区委党校副教授、法学博士后）：第七、八章；周振杰（北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、外国刑法与比较刑法研究所副所长，法学博士后）：第五、十、十一、十三、十五、十九章。

屈学武

2012 年 6 月 27 日于北京和平里寓所

目 录

前 言	I
第一章 刑法改革的必要性	1
第一节 经济转型时期我国国情特征 / 1	
第二节 全球化与风险时代的社会背景 / 9	
第三节 相关国际公约的基本要求 / 13	
第二章 刑法改革的价值取向	18
第一节 刑法改革的人权保障取向 / 18	
第二节 刑法改革的社会防卫取向 / 26	
第三章 刑法修改之基本理念择取	36
第一节 法益侵害说与规范违反说的选择 / 36	
第二节 主观主义与客观主义的取舍 / 40	
第三节 形式合理性与实质合理性的兼顾 / 44	
第四节 宽严相济刑事政策的贯彻 / 50	
第五节 风险控制与实害控制的衡平 / 55	
第四章 中国刑事法体系改革探究	59
第一节 德国刑事法体系述论 / 60	
第二节 日本刑法体系概览 / 64	

第三节 “一体两支柱”的中国刑事法体系构建 / 68

第五章 刑法的制定与修订模式研讨 81

第一节 我国现行刑法所采取的制定与修订模式 / 81

第二节 国外刑法之制定与修订模式 / 85

第三节 关于刑法制定与修订模式的若干思考 / 91

第六章 中国刑法上的罪量要素存废反思 96

第一节 中国刑法上的罪量要素规定述要 / 96

第二节 中国刑法学界关于罪量要素的存废之争 / 98

第三节 关于罪量要素存废的法理评析 / 101

第四节 中国刑法上的罪量要素立法完善思考 / 110

第七章 刑法改革与其他法律控制手段的协调 115

第一节 刑法改革与宪法精神的契合 / 116

第二节 刑法改革与民事立法的协调 / 121

第三节 刑法改革与行政立法的协调 / 128

第四节 刑法改革与经济立法的协调 / 133

第五节 刑法改革与刑事诉讼立法的协调 / 139

第八章 刑法改革与其他社会控制手段的协调 145

第一节 刑法改革与社会信用体系的构建 / 146

第二节 刑法改革与社会经济制度的完善 / 152

第三节 刑法改革与传统文化的协调 / 157

第九章 刑法调控的应然范围与次序思考 164

第一节 国外有关刑法调控范围——犯罪化与除罪化情况述论 / 164

第二节 法益保护的确立——罪名的增加 / 169

第三节 法益保护的退守——罪名的删除 / 173

第四节 法益保护的次序——章节及其罪名确定 / 179

第十章 刑事立法技术问题检视	184
第一节 法条表述上的用语梳理与规范 / 184	
第二节 刑法总则与分则法条的相互照应 / 190	
第三节 刑法、单行刑法与附属刑法的协调 / 197	
第十一章 犯罪主体的立法检视	205
第一节 单 位 / 205	
第二节 国家工作人员 / 213	
第三节 其他犯罪主体 / 221	
第十二章 犯罪对象的立法完善	224
第一节 一般财物与财产 / 224	
第二节 虚拟财产 / 231	
第三节 信 息 / 239	
第十三章 正当化事由梳理	245
第一节 正当化事由概述 / 245	
第二节 现行刑法法定的正当化事由及其立法完善 / 249	
第三节 法定正当化事由的增设考量 / 253	
第四节 超法规的正当化事由 / 260	
第十四章 未完成犯罪的立法完善	264
第一节 英美刑法共谋罪规则概述 / 265	
第二节 我国刑法不处罚“共谋罪” / 269	
第三节 引入共谋罪的必要性：未完成犯罪立法对风险社会的 应然回应 / 275	
第四节 共谋罪规则的引入对未完成形态犯罪立法的影响 / 280	
第十五章 共同犯罪的立法追问	288
第一节 共犯基础问题 / 288	
第二节 共犯的分类 / 295	

第三节	共犯的相关问题	／ 308
第十六章	非典型数罪的立法完善	313
第一节	想象竞合犯与结果加重犯	／ 313
第二节	结合犯和惯犯	／ 322
第三节	牵连犯和吸收犯	／ 327
第十七章	刑罚种类的修改和完善	337
第一节	死刑制度的问题和生命刑的限制适用	／ 337
第二节	罚金刑制度存在的问题	／ 341
第三节	刑罚幅度和刑种设计上的突出问题	／ 343
第四节	中、长期自由刑的适用现状及其后果	／ 347
第五节	长期自由刑刑期调整的必要性问题	／ 353
第六节	追缴措施和没收财产刑的功能重叠	／ 357
第十八章	刑罚制度的修订与完善	359
第一节	确立禁止双重评价的量刑原则	／ 359
第二节	对于再犯的“必须从重”处罚问题	／ 360
第三节	数罪并罚规则上的问题	／ 365
第四节	缓刑、减刑、假释法的适用障碍	／ 367
第五节	对老年人犯罪的从宽处理	／ 372
第六节	对未成年人犯罪的从宽处理	／ 375
第七节	坦白从宽的刑事政策与法治国家原则的紧张关系	／ 376
第八节	绝对刑罚理论指导下的刑罚结构	／ 378
第十九章	刑事和解与社区矫正制度	380
第一节	恢复性司法国外实施情况述评	／ 380
第二节	刑事和解的适用现状与应然思考	／ 389
第三节	社区矫正的立法分析与后续跟进	／ 399

第二十章 我国赦免制度的完善	404
第一节 赦免制度的实体完善 / 405	
第二节 赦免制度的程序完善 / 413	
第三节 死刑案件的特别赦免程序 / 418	
第四节 制定《中华人民共和国赦免法》的建议 / 421	
第二十一章 侵犯个人法益犯罪的立法完善	424
第一节 侵犯公民人身权利、民主权利罪的立法完善 / 424	
第二节 侵犯公民财产权利犯罪的立法完善 / 436	
第三节 侵犯公民其他权利犯罪的立法完善 / 448	
第二十二章 侵害社会法益犯罪的立法完善	450
第一节 对危害公共安全类犯罪的立法完善 / 450	
第二节 对网络犯罪的立法完善 / 455	
第三节 对破坏环境犯罪的立法完善 / 456	
第四节 对破坏金融秩序类犯罪的立法完善 / 458	
第五节 对侵犯知识产权犯罪的立法完善 / 461	
第六节 对妨害公司管理秩序罪的立法完善 / 465	
第七节 对涉税、发票类犯罪的立法完善 / 468	
第二十三章 侵害国家法益犯罪的立法完善	472
第一节 对危害国家安全犯罪的立法完善 / 472	
第二节 对贪污贿赂犯罪的立法完善 / 477	
第三节 对渎职犯罪的立法完善 / 483	
第四节 对危害国防利益、军人违反职责罪的立法完善 / 488	

Contents

Foreword	I
Chapter 1 Necessity to Reform Criminal Law	1
Section 1 Chinese Characters during Economic Transition / 1	
Section 2 Social Background at the time of Globalization and Risk Society / 9	
Section 3 Basic Requirements of International Documents / 13	
Chapter 2 Value Choices of Criminal Law Reform	18
Section 1 Protection of Human Rights / 18	
Section 2 Social Protection / 26	
Chapter 3 Basic Rationales of Criminal Law Reform	36
Section 1 Choice between Impairment of Legal Interests and Contravention with Norms / 36	
Section 2 Choice between Subjectivism and Objectivism / 40	
Section 3 Combination of Formal Rationality with Substantive Rationality / 44	
Section 4 Implementation of Combining Severity with Leniency / 50	
Section 5 Balance between Risk Control and Substantial Harm Control / 55	

Chapter 4 Reform System of Criminal Law	59
Section 1 General Introduction to German Criminal Law System / 60	
Section 2 Outline of Japanese Criminal Law System / 64	
Section 3 Construction of Chinese "One Body, Two Backbones" Criminal Law System / 68	
 Chapter 5 Studies on Mode of Formulating and Amending Criminal Law	 81
Section 1 Formulation and Amendment Mode of Current Criminal Law / 81	
Section 2 Formulation and Amendment Modes Abroad / 85	
Section 3 Rethinking Formulation and Amendment Mode in China / 91	
 Chapter 6 Rethinking Quantity Ingredient in Chinese Criminal Law	 96
Section 1 General Introduction to Provisions on Quantity Ingredient in Chinese Criminal Law / 96	
Section 2 Debate on Abolition and Retention of Quantity Ingredient / 98	
Section 3 Jurisprudential Analysis of Quantity Ingredient / 101	
Section 4 Perfection of Legislation on Quantity Ingredient in Chinese Criminal Law / 110	
 Chapter 7 Coordination of Criminal Law Reform with Other Legal Control Measures	 115
Section 1 Adherence of Criminal Law Reform to Constitutional Spirit / 116	
Section 2 Coordination of Criminal Law Reform with Civil Laws / 121	
Section 3 Coordination of Criminal Law Reform with Administrative Laws / 128	

Section 4 Coordination of Criminal Law Reform with Economic Laws / 133

Section 5 Coordination of Criminal Law Reform with Criminal Procedure Law / 139

Chapter 8 Coordination of Criminal Law Reform with Other

Social Control Measures 145

Section 1 Criminal Law Reform and Construction of Social Credit System / 146

Section 2 Criminal Law Reform and Perfection of Social and Economic Systems / 152

Section 3 Coordination of Criminal Law Reform with Traditional Culture / 157

Chapter 9 Thoughts on Reasonable Scope and Priority of

Criminal Regulation 164

Section 1 Scope of Criminal Regulation Abroad: General Introduction to Criminalization and Decriminalization / 164

Section 2 Establishment of Legal Interest Protection: Increase of Crimes / 169

Section 3 Retreat of Legal Interest Protection: Deletion of Crimes / 173

Section 4 Priority of Legal Interest Protection: Chapters and Corresponding Crimes / 179

Chapter 10 Review of Legislation Technique of Criminal Law 184

Section 1 Summary of Wording in Articles and Its Promotion / 184

Section 2 Correspondence of Articles in General Part with Those in Special Part / 190

Section 3 Coordination of Criminal Code with Special Criminal Laws and Supplementary Criminal Norms / 197

Chapter 11	Review of Legislation on Actors	205
Section 1	Units	/ 205
Section 2	State Functionaries	/ 213
Section 3	Other Criminal Actors	/ 221
Chapter 12	Perfection of Legislation on Criminal Object	224
Section 1	Ordinary Valuable Items and Property	/ 224
Section 2	Digital Property	/ 231
Section 3	Information	/ 239
Chapter 13	Justifications	245
Section 1	General Introduction to Justifications	/ 245
Section 2	Justifications in Current Criminal Law and Reform	/ 249
Section 3	Adoption of More Justifications	/ 253
Section 4	Justifications beyond Criminal Law	/ 260
Chapter 14	Perfection of Legislation on Inchoate Crimes	264
Section 1	Conspiracy in Anglo – American Criminal Law	/ 265
Section 2	No Punishment for Conspiracy in Chinese Criminal Law	/ 269
Section 3	Necessity to Introduce Conspiracy: Unavoidable Response in Risk Society	/ 275
Section 4	Influence of Adoption of Conspiracy Rule on Provisions on Inchoate Crimes	/ 280
Chapter 15	Joint Offences	288
Section 1	Basic Issues concerning Joint Offences	/ 288
Section 2	Categories of Joint Offences	/ 295
Section 3	Related Issues	/ 308

Chapter 16 Perfection of Legislation in Plural Offences 313

- Section 1 Imaginative Joinder of Offences and Aggravated
Consequential Offence / 313
- Section 2 Combinative Offence and Repeated Offence / 322
- Section 3 Implicated Offence and Inclusive Offence / 327

Chapter 17 Amendment to and Perfection of Types of Punishment 337

- Section 1 the Death Penalty and Restriction on Its Application / 337
- Section 2 Problems in Criminal Fine / 341
- Section 3 Obvious Problems in Extent and Types of Punishment / 343
- Section 4 Current Situation of Application of Mid – long Imprisonment
and Its Consequence / 347
- Section 5 Necessity of Adjusting Length of Long – term
Imprisonment / 353
- Section 6 Overlap of Functions of Criminal Confiscation and
Recovery Measures / 357

Chapter 18 Promotion and Perfection of Sentencing Systems 359

- Section 1 Basic Sentencing Principle of Double Jeopardy / 359
- Section 2 the Principle of Giving Heavier Punishment to
Re – convicts / 360
- Section 3 Problems in the Principle of Punishment for Plural
Offences / 365
- Section 4 Barrier to Application of Probation, Parole and
Mitigation / 367
- Section 5 Leniency to Senior Offenders / 372
- Section 6 Leniency to Minor Offenders / 375
- Section 7 Tension between the Policy of Granting Leniency to
Confession and the Principle of Constructing a State of Rule of
Law / 376

Section 8	Structure of Punishment under the Theory of Absolute Punishment	/ 378
-----------	---	-------

Chapter 19 Criminal Reconciliation and Community Corrections 380

Section 1	General Introduction to Restorative Justice Abroad	/ 380
Section 2	Application of Criminal Reconciliation in China and Rethought	/ 389
Section 3	Analysis of Provisions on Community Corrections and Follow - up Legislation	/ 399

Chapter 20 Perfection of Legislation on Pardon System in China 404

Section 1	Perfection of Substantive Law on Pardon System	/ 405
Section 2	Perfection of Procedural Law on Pardon System	/ 413
Section 3	Special Pardon Procedure in Capital Case	/ 418
Section 4	Suggestion on Enactment of Pardon Law of the P. R. C.	/ 421

Chapter 21 Perfection of Provisions on Crime of Impairing Personal

Legal Interest 424

Section 1	Perfection of Provisions on Crime of Impairing Rights of the Person and Democratic Rights	/ 424
Section 2	Perfection of Provisions on Crime of Impairing Property Rights	/ 436
Section 3	Perfection of Provisions on Crime of Impairing Other Personal Rights	/ 448

Chapter 22 Perfection of Provisions on Crime of Impairing Social

Legal Interest 450

Section 1	Perfection of Provisions on Crime of Impairing Public Security	/ 450
Section 2	Perfection of Provisions on Web Crime	/ 455