

中山大学教材系列

新／刑／法／典／导／论

新 刑法典 导论

王仲兴◎编著

中山大学出版社

新刑法典导论

王仲兴 编著

中山大学出版社

·广州·

版权所有 翻印必究

图书在版编目(CIP)数据

新刑法典导论/王仲兴 编著. —广州:中山大学出版社, 1998. 10
ISBN 7-306-01459-5

I. 新… II. 王… III. 刑法-法学 IV. D914

中山大学出版社出版发行
(广州市新港西路 135 号)

番禺市市桥印刷厂印刷 广东省新华书店经销
850 毫米×1168 毫米 32 开本 19.75 印张 492 千字
1998 年 10 月第 1 版 1998 年 10 月第 1 次印刷
定价:25.00 元

作者简介

王仲兴，男，1945年6月24日出生，安徽省凤阳县人。1969年毕业于中国人民大学法律系，后在基层保卫部门和法院工作，1979年就读于中国人民大学法律系刑法专业，获法学硕士学位。1982年至今在中山大学法律学系任教。现任中山大学法律学系主任、教授，兼任中国法学会理事、中国刑法学研究会干事、中国犯罪学会常务理事、中国青少年犯罪学会港澳台犯罪比较专业委员会常务理事、广东省法学会副会长、广东省刑法学研究会总干事、广州市法学会副会长、全国高等学校法学学科教学指导委员会委员、全国高等教育自学考试法学专业指导委员会委员。独著、合著著作10部，发表论文40多篇。

代 序^①

王 仲 兴

修订的《中华人民共和国刑法》于1997年3月14日在第八届全国人民代表大会第五次会议通过，自1997年10月1日起施行。

修订的《中华人民共和国刑法》，具有如下主要特点：

一、修订过程上的审慎性

所谓审慎性，表现为态度上的认真、程序上的完备、时间上的长期、范围上的广泛。

（一）刑法修订的必要性

新中国在很长时间里都没有一部刑法典。第一部刑法典制定于新中国成立30年后的1979年7月1日，自1980年1月1日起施行。

正由于是“第一”，1979年刑法完成了从“无法可依”到“有法可依”的历史进程，无论怎么褒扬，都不过分。1979年刑法是对法律虚无主义的否定，特别是对十年动乱的彻底否定，其基本内容是正确的，其基本框架也是合理的，特别是总则部分规定得较好。十七八年的实践证明，1979年刑法在我国民主和法制建设事业中，建立了不容抹杀的功绩。

也正由于是“第一”，1979年刑法不可避免地存在着这样的或者那样的问题。从结构来看，分则的问题比总则的问题多。当

① 这篇序言，是笔者以《刑法典修订的基本特点》为题发表在《广东法学》1997年第3、4期合刊上的论文。现作必要的修改，权代序言。

然，主要的问题仍然在内容上：

(1) 缺乏超前性和预见性。1979 年刑法是以 1963 年的第 33 稿为基础略加修改而成的，因而它反映的主要是五六十年代的现实，无法适应随即到来的改革开放时代。

(2) 法律操作性差。为了尽快地完成从无到有的转折，以“宜粗不宜细”的精神来指导制定 1979 年刑法，这在当时是无可厚非的。在世界各国刑法典中，我国 1979 年刑法的字数和条文都是最少的。有些人为此赞扬曰“简明”。其实，“简”犹可说，“明”却未必，莫若“简而不明”更为准确。正由于它规定得过于笼统、过于简略，难以准确地把握其整体意图，因而越来越不利于司法实践操作。

(3) 整个刑事法律体系零乱分散。为了适应迅猛发展的形势，不得不借助于特别刑法的方式拾遗补阙。期间，我国先后制定了 24 部单行刑法（1 部《条例》，15 个《决定》，8 个《补充规定》）。此外，还有大量的附属刑法，即 80 多部非刑事法律设置了内容各异、程度不同的 130 多个刑事责任条文。这样，刑法典的相当一部分内容形同虚设，使整个刑事法律体系零乱分散而不统一和不单一。

由上可见，《中华人民共和国刑法》的修订势在必行。

(二) 刑法修订的可能性

(1) 在立法方面，从主观上看，在单行刑法和附属刑法的制定过程中，积累了局部修改刑法典的经验，为全面修订刑法打下了基础；从客观上看，刑法在技术上具有制定统一完备的法典的可能性，不像行政法和经济法在制定法典上有那么大的难度。

(2) 在司法方面，不仅具有广泛而深入的司法实践，制定了大量的司法解释，而且开展了自身的教学和科研活动，从而在理论与实践的结合上具有充分的发言权。

(3) 在理论方面，刑法理论研究在我国法学研究中位居前

列，具有相当的深度和广度，使刑法的修订具备理性的基础。

（三）刑法修订的指导思想

在坚持“一个中心、两个基本点”和“依法治国”基本国策的前提下，刑法修订的具体指导思想是：

（1）统一、完备。从横向角度来看，相对于刑法整体而言，刑法典在内容和形式上应当统一、完备。

（2）连续、稳定。从纵向角度来看，相对于旧刑法典而言，新刑法典应当连续、稳定。

（3）具体、实用。从动态角度来看，相对于司法而言，刑法典应当具体、实用。

（4）民主、科学。从静态角度来看，在内容上应当体现民主精神，在体系上应当体现科学精神。这是具体指导思想的核心。

（四）刑法修订的过程

过程的要素，具体包括与发展、阶段有关的时间、地点、主体、对象和方式等。

《中华人民共和国刑法》的修订过程，表现为立法式局部修订和草案式整体修订两个独立存在各自发展又彼此依存相互作用的过程：

1. 立法式局部修订的过程

第一，修订的方式，是以特别刑法的立法方式局部而直接修订刑法。具体来说，就是以单行刑法为主、以附属刑法为辅，局部地而不是全面地修改刑法典，间接地而不是直接地修改刑法典。

第二，修订的效力，单行刑法和附属刑法即时或者很快发生法律效力。

第三，修订的时间，长达十五六年。时间从1981年6月10日起，至1995年10月30日止。也就是说，1979年刑法施行才一年半，就开始了刑法的立法式局部修订过程，直到新刑法典

颁布一年半前才停止。

第四，修订的内容，非常广泛，涉及以市场经济为中心内容的社会关系的方方面面。

第五，修订的重点，集中在刑法分则。仅以罪名为例，单行刑法和附属刑法增设的新罪名就有 100 多个，接近于 1979 年刑法典的罪名总数。

2. 草案式整体修订的过程

第一，修订的方式，是以草案方式整体而间接修订刑法。具体来说，草案式整体修订过程与立法式局部修订过程，在修订方式上有所不同：① 前者是全面修订，而后者是局部修订。② 前者是间接修改刑法，后者是直接修改刑法。③ 前者的直接表现形式是刑法典草案，最终表现形式是全国人民代表大会通过并公布的刑法典；后者的直接表现形式和最终表现形式都是经全国人民代表大会常务委员会通过并公布的单行刑法与附属刑法。

第二，修订的过程，大体上分为五个阶段：第一阶段为酝酿修订阶段。时间为 1982 年至 1987 年期间。这是个务虚的过程。第二阶段为初步修订阶段。时间为 1988 年至 1989 年期间。其标志是刑法典的修订经立法机关立项，由此带有务实色彩。第三阶段为重点修订阶段。时间为 1991 年至 1992 年期间，其中心内容是决议将“反革命罪”更名为“危害国家安全罪”。第四阶段为系统修订阶段。时间为 1993 年至 1996 年底期间。这是刑法典修订的主要阶段。第五阶段为立法修订阶段。时间为 1997 年 1 月至同年 3 月 14 日。期间分别经过了八届全国人大常委会第二十三次会议和八届全国人大五次会议两个阶段。这是出成果的核心阶段。

第三，修订的效力，只有在全国人民代表大会通过并公布之后才能生效。草案式整体修订的过程，就是刑法典的孕育和诞生过程。相对于特别刑法而言，这是一个漫长、复杂、曲折、艰难

的过程。

第四，修订的主体，实行以立法机关为主、司法实际部门和专家学者共同参与的“三结合”体制。在上述五个阶段，特别是第四阶段，立法机关在不同地区，以各种方式组织不同层面的讨论，征求意见，收集建议。这样，修订过程也就具有相当广泛的特色。

第五，修订的形式，表现为以法规编纂为主体、创制废除为补充的立法形式。刑法典修订的立法形式：一是以法规编纂为基本形式，对以往的单行刑法和附属刑法进行筛选，主要表现在刑法分则部分；二是以创制废除为补充形式，对《中华人民共和国刑法》进行扬弃，主要表现在刑法总则部分。

二、修订内容上的全面性

所谓全面性，表现为总则与分则、犯罪与刑罚、形式与内容的全面结合。

（一）刑法典修订的幅度很大，份量很重

这主要表现在：

（1）字数显著增多。1979年刑法共计22 000多字，1997年刑法共计67 000多字，增幅3倍。

（2）条文大幅度增加。1979年刑法共计192条，1997年刑法共计452条，增加了260条，增幅2.35倍。

（3）分则条文的增幅更大。从总则条文来看，1979年刑法为89条，1997年刑法为101条，才增加12个条文，即使加上附则第452条，也才13条。但是，从分则条文来看，1979年刑法为103条，1997年刑法为350条，增加了247条，增幅2.41倍。相对于旧刑法，新刑法的分则增幅是总则增幅的20倍。可见，刑法修订的重点在分则部分。

（4）修订的程度很高。

1) 新旧刑法典比较，正文内容原封不动，连一个字、一个标点都没有修改的条文，总共不足 30 条，只占新刑法典条文总数的约 6%。例如，故意犯罪、过失犯罪、又聋又哑的人或者盲人的刑事责任等。也就是说，其余约 94% 的条文不是新增加的，就是不同程度上修改过的。

2) 新旧刑法典比较，正文内容完全是新增加的条文，总共有 260 条左右，占新刑法典条文总数的约 58%。如刑法的三项基本原则、恐怖活动犯罪、计算机犯罪等等。

3) 新旧刑法典比较，正文内容在原有基础上进行修改的条文，共有 160 多条，占新刑法典条文总数的约 36%。这类条文，可以分为小改、中改和大改三种类型。小改，可以是标点符号的修改，如第 13 条将但书前的“；”改为“，”等；可以是社会名词的修改，如在岁数之前一律加“周”字等；可以是科技名词的修改，如将“飞机”一律改为“航空器”等；可以是政治名词的修改，如将“无产阶级专政”改为“人民民主专政”等；也可以是经济名词的修改，如将“全民所有”改为“国有”等。中改，是在内容上的局部调整。例如，第 1 条刑法的制定根据，以目的、法律和实践三个方面的制定根据，取代了原来的理论、法律、政策和实践等四个方面的制定根据；第 2 条刑法的任务也作了较大幅度的修改，如将社会秩序、生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众生活秩序五个方面的秩序，改为社会秩序、经济秩序两个方面的秩序。大改，是在内容上的全面修改。例如，正当防卫等。

(二) 在总则方面，1997 年刑法典在许多内容上都有重大突破

1. 首次明文规定了三个刑法基本原则：罪刑法定原则，适用法律一律平等原则，罪责刑相适应原则

第 3 条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪

处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”该条文从肯定和否定两个方面明确规定了罪刑法定原则；与此相应，修订后的刑法取消了类推制度。

在罪刑法定原则问题上，1979年刑法及其实践出现了一些不协调的现象：在没有明文规定罪刑法定原则的同时，却在第79条明文规定了与罪刑法定原则不能兼容的类推制度。在刑法理论中，绝大多数人都认为我国实际实行的或者应当实行的是罪刑法定原则或者至少是以罪刑法定为主类推原则为辅的原则。在司法实践中，由于种种原因，每年平均类推定罪的案件才4件多一点，与其由法律明文规定的地位和作用极不相称；以往类推案件的种类也证明，完全可以从法定为罪或者法定为无罪两方面分流而取消类推。

现代意义上的罪刑法定原则，是资产阶级反对封建罪刑擅断主义的历史产物。批判地继承这一原则并且在立法上重申和强调，不仅仅是为了改变过去在立法与司法、实践上的不协调现象。在这一表象原因的背后，罪刑法定原则的法定化有着更为深刻的内涵。这就是在“依法治国”的基本国策下，强化“依法办事”及其“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”的社会主义法制精神，进一步培育和确立民主、科学、法治的理念，追求限制权力和保障权利的基本目标。

第4条规定的法律面前人人平等原则和第5条规定的罪责刑相适应原则， also 具有很强的理论意义和现实意义。

2. 刑法的适用范围

第7条对中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯我国刑法规定之罪的问题，彻底取消了罪名条件，保留但大幅度地修改了法定刑条件，增加了无限的身份条件（中华人民共和国国家工作人员和军人）。总之，在保护原则具体内容未变的情况下，大大扩充了属人原则的适用范围，由对少数人适用转而对多

数人适用，体现了如下精神：对在我国领域外犯罪的中国人管辖范围，较旧刑法典宽泛；对在我国领域外犯罪的外国人管辖范围，较旧刑法典狭窄。

第9条规定了普遍原则。即将1986年6月23日全国人民代表大会常务委员会决定的内容法典化：“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。”

3. 犯罪主体

(1) 个人即自然人犯罪部分。第17条第二款，对已满14周岁不满16周岁的人，强调只对故意犯罪负刑事责任，并且严格限制为八种具体犯罪及其情况。第18条第一款，增加了对精神病人的鉴定程序和强制医疗程序的内容，使之更规范化；特别是增加了限制责任能力类型的精神病人及其刑事责任的规定，使我国首次将精神病人依照程度不同划分重、中、轻三类。

(2) 单位即法人犯罪部分。总则首次将单位犯罪法定化，第一章增加了“第四节单位犯罪”。该节第30条和第31条，不仅从一般的角度规定了单位犯罪的概念及主体范围和处罚原则（“两罚制”），又从个别的角度规定，对单位犯罪的罪种及其处罚采取分则和其他法律规定优先原则。分则有60多个条文规定了120多种犯罪可以由单位构成，并且规定了相应的法定刑。

4. 正当防卫

(1) 完善了正当防卫概念。第20条第一款在其防卫目的中，于公共利益前加了“国家”一词，于人身和其他权利之间加了“财产”两字；将1979年刑法中的“采取的正当防卫行为”改写为“采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的”，从防卫行为、防卫对象和防卫后果方面进一步具体化。

(2) 扩大了公民的正当防卫权。首先，表现在增加了“明显”和“重大”两个关键性词汇。第20条第二款规定：“正当防

卫明显（原来没有这两个字）超过必要限度造成重大损害的（原来为“不应有的危害的”），应当负刑事责任，但是应当（取消原来在应当之后的“酌情”两字）减轻或者免除处罚。对防卫过当范围的缩小，意味着正当防卫权限的扩大。其次，表现在新增加了正当防卫在特定条件下的免责条款。第20条第三款规定：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”

修订后的刑法在正当防卫问题上的突破性修改，对于鼓励公民实施正当防卫，保障一切合法权利，打击犯罪，维护秩序，具有不可估量的意义。

5. 死刑

新刑法典第48条将原来的“罪大恶极”改为“罪行极其严重”；取消原来死缓中的“实行劳动改造，以观后效”字样。在第49条中，取消了原来第44条“已满16岁不满18岁的，如果所犯罪行特别严重，可以判处死刑缓期二年执行”的规定，保留了“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”的规定。与刑事诉讼法相协调，取消了原来第45条“死刑用枪决的方法执行”的规定，并且在第46条修改了死缓法律后果的三种情况。

王汉斌副委员长说：“考虑到当前社会治安的形势严峻，经济犯罪的情况严重，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，原则上不减少也不增加。”实际上，新刑法典与旧刑法典及其单行刑法、附属刑法相比，死刑条文减少得比较多，实际执行的数量也会大幅度减少。例如，旧刑法典及其单行刑法和附属刑法共有70多个条文规定了近100多个罪名，而新刑法典共有40多个条文规定了70个罪名。首先，由于相当一部分规定死刑的罪名取消了，因而死刑的数量也相应减少了。例

如，反革命杀人罪、反革命伤人罪、反革命破坏罪等被彻底取消，并没有分解或者变换为新的罪名，这样，死刑也随之彻底取消；流氓罪、投机倒把罪被取消后，由之分解出来的新罪名没有一个可以被判处死刑，因而死刑也取消了。其次，一部分罪名不再转化为其他可以适用死刑的罪名，因而死刑的适用范围大大缩小。例如，原先规定挪用公款数额较大不退还的，以贪污论，所以有些挪用公款罪转化为贪污罪而适用死刑。新刑法典规定，挪用公款数额巨大不退还的，不再转化为贪污罪，仍然定为挪用公款罪，最高只能判处无期徒刑。原先规定，引诱不满 14 周岁的幼女卖淫的，依照强迫妇女卖淫罪处罚，即可以适用死刑；新刑法典规定，引诱不满 14 周岁的幼女卖淫的，不再转化为强迫卖淫罪，最高只能判处有期徒刑 15 年。原先规定，嫖宿不满 14 周岁幼女的，依照奸淫幼女罪处罚，即可以适用死刑；新刑法规定，嫖宿不满 14 周岁幼女的，不再转化为奸淫幼女罪，最高只能判处有期徒刑 15 年。再次，许多罪名严格限制了死刑的适用范围，从而可以大幅度减少死刑的实际适用量。这样的条文有 10 多条，如伪造货币罪，故意伤害罪，强奸罪，绑架罪，拐卖妇女、儿童罪，抢劫罪，盗窃罪，盗掘古文化遗址、古墓葬罪，走私、贩卖、运输、制造毒品罪，组织卖淫罪，强迫卖淫罪等。这里，特别要讲到第 264 条盗窃罪。旧刑法典原先规定的盗窃罪是没有死刑的，1982 年 3 月 8 日《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》将盗窃罪的法定刑升格到死刑，而且没有具体限制。新刑法典规定，盗窃罪只有在两种情况下，可以适用死刑：一是盗窃金融机构，数额特别巨大的；二是盗窃珍贵文物，情节严重的。除此，最高只能判处无期徒刑。盗窃罪在所有的犯罪中发案率最高，同时又是死刑大户，因而新刑法这样规定，必然会使死刑在司法实践中的适用总量大大减少。最后，死缓的适用对象也相对减少。由于新刑法典对未满 18 周岁的未成年人犯罪的

最高刑罚，由可以判处死缓而改为无期徒刑，因而在实际上也控制了死缓的适用范围。

6. 自首和立功

新刑法典第 67 条对自首作了两个方面的修改。① 首次规定了自首的概念：“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。”与传统理论相比，取消了“接受国家审查和裁判”的内容。② 首次明确规定：“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。”③ 修改了对刑事责任的规定，处罚尺度放宽：“对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。”

新刑法典第 68 条首次规定了立功（进一步分为立功表现和重大立功表现两类）及其刑事责任。有立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。

犯罪后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚。

三、修订体系上的系统性

所谓系统性，表现为统一、完整、齐备、协调。

刑法的结构体系日趋系统，日趋科学。《人民日报》1997 年 3 月 18 日发表的评论员文章强调：“修订后的刑法是一部统一的、完整的、建国以来最完备的刑法典。”① 从整个刑事法律体系来看，改变了零乱分散的状况，将 1 部刑法典、24 部单行刑法和 130 多个附属刑法条文合并编纂为统一的、单一的、整体的刑法典。修订后的刑法典，是我国目前条文数和字数最多的法律。② 从刑法典内部结构来看，首次出现了附则。附则的内容归属于总则部分，但在体例上却独立于总则的分则之外。尽管对附则的地位和作用，还有待于进一步研究。但是，附则的出现及其与总则、分则的协调统一，使刑法典的整体结构更加完善、合

理。③从刑法典分则体系来看，调整了刑法分则体系，首次出现了节的层次，使其结构更加合理。章、节、条三个层次的存在，也相应地出现了类罪、节罪和种罪三种类型。

1. 在类罪上，由原来的八大类犯罪改为十大类犯罪

(1) 新旧刑法典比较，在名称和顺序上均没有变化的有四章：第二章危害公共安全罪，第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪，第五章侵犯财产罪，第六章妨害社会管理秩序罪。

(2) 新旧刑法典比较，名称没有变化而顺序作了调整的有一章：“渎职罪”名称不变，但由原来的第八章调整到第九章。

(3) 新旧刑法典比较，类罪名取消的有一章：原“第七章妨害婚姻家庭罪”。但是，原第七章的内容全部并入了第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪之中。

(4) 新旧刑法典比较，有三个新增加的类罪：“第七章危害国防利益罪”，“第八章贪污贿赂罪”，“第十章军人违反职责罪”。

(5) 新旧刑法典比较，类罪名修改而顺序没有变化的有两章：第一章将原来的“反革命罪”改为“危害国家安全罪”；第三章将原来的“破坏社会主义经济秩序罪”改为“破坏社会主义市场经济秩序罪”。

特别需要指出的是，将“反革命罪”更名为“危害国家安全罪”具有重大意义。这不仅是名称的变换，更反映了内容的变化和观念的更新，其形式和内容都有重大突破。更名的理由，大体上出于如下四个方面：

1) 概念科学化的需要。“反革命”同“革命”以及“人民”、“敌人”一样，属于社会政治概念的范畴，在不同的历史时期有不同的界定，因而，“反革命罪”也具有相当程度的可变性或者模糊性。危害国家安全罪或者国事罪则是一个通行全球的法律概念，其内涵和外延具有相对确定性和稳定性。在法制日益强化的现代社会，减少并且杜绝社会政治概念，尽可能多地使用法律概

念，是大势所趋。

2) “一国两制”的需要。“一国两制”，是指在坚持一个中国的前提下，大陆地区实行社会主义制度，港、澳、台地区保留资本主义制度不变，实行社会主义制度与资本主义制度共存。如果中央政府规定了反革命罪，而特别行政区没有规定反革命罪，这就出现了重大法律冲突。从内涵和本质来看，反革命罪的存在不利于“一国两制”基本国策的实施；从司法操作来看，反革命罪的存在，使得内地与特别行政区之间的司法协助无法进行或者很难进行。

3) 司法实践的需要。反革命目的是认定反革命罪必不可少的构成要件。由于反革命目的属于主观方面的范畴，是比故意和过失更深层的心理要素，因而很难识别，也很难把握。这样，在司法实践中，对于正确和准确地认定反革命犯罪造成了相当大的困难，不可避免地存在许多滥用反革命罪的现象。

4) 对外开放和国际合作的需要。政治犯不引渡，是当今国际法公认的原则，形成了国际社会认可的国际惯例。首先，应当承认政治犯的概念是不确定的概念。1933年《美洲国家间关于政治庇护权的公约》第2条规定：“对于罪行是否政治性质的判断权，属于给予庇护的国家。”1957年《欧洲引渡公约》第3条又规定，被引渡犯人的罪行是否属于政治罪，其认定权属于被请求国。尽管政治犯的概念具有不确定性，但它不能成为永久保留“反革命罪”这个称谓的理由。其次，还必须看到，由于反革命罪的政治性太强，通常被国际社会视为政治罪，而反革命犯又往往被国际社会视为政治犯，最后导致不能引渡的法律后果。这样，不利于开展国际间的刑事司法协助，不利于对犯罪分子的惩处。例如，卓长仁等六名犯罪分子劫持飞机事件发生之后，我国要求韩国当局将劫机犯交给我国依法惩处，但被韩国当局以卓长仁等人是政治犯为由而拒绝引渡。