

曲伶俐 主编

Xingfa Xiuzhengan Ba
Zhuanti Yanjiu

《刑法修正案(八)》 专题研究

山东大学出版社

《刑法修正案(八)》专题研究

主 编 曲伶俐

副主编 李蕴辉 刘修军

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

《刑法修正案(八)》专题研究/曲伶俐主编.
—济南:山东大学出版社,2012.10
ISBN 978-7-5607-4680-7

I. ①刑…

II. ①曲…

III. ①刑法—中国—文集

IV. ①D924.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 244518 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

山东新华印务有限责任公司印刷

880 毫米×1230 毫米 1/32 10.5 印张 282 千字

2012 年 10 月第 1 版 2012 年 10 月第 1 次印刷

定价:22.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

编写说明

“年度刑法”是针对当前重要或前沿刑法问题而出的研讨文集。它依托山东省法学会刑法学研究会,希望通过每年年会的机会,搭建一个百家争鸣、有责任感的学术平台,借此表达深度的思考,唱响时代的先声。它不以任何偏见为由拒绝某种类型的论文,而强调展开以主题为中心的学术讨论,从而开拓刑法学的新论域,改变既有的问题体系与概念体系。为此,我们选取那些与当下社会生活和刑事法治格局密切联系的刑法学问题作为主题,组织学术与实务工作者进行讨论。其中既包括历久弥新的基本问题,也包括新近的热点问题。在这一学术策划方向下,我们确定“刑法修正案(八)专题研究”作为2011年年会的主题。2011年2月25日,十一届全国人大常委会第19次会议表决通过了《中华人民共和国刑法修正案(八)》,该《刑法修正案(八)》从2011年5月1日起施行。这次刑法修订规模最大(相当于前七次修改的总和),条款最多(50个条款),涉及问题最多(总则和分则合计49个问题),引人瞩目。通过《刑法修正案(八)》可以看出,刑法的立法模式已经固定,刑法的立法趋向已经由从严转向了宽严相济,同时,加强了对民生的刑法保护,关注了实务中的热点和难点问题。鉴于此,对《刑法修正案(八)》的相关问题展开研究必将有助于司法适用。2011年12月23日,山东省法学会刑法学研究会2011年学术年会在济南市教育大厦召开。会议由山东省法学会刑法学研究会主办,山东政法学院承办,来自各高校及公检法司四级

实务部门的专家学者、学生代表等百余人参加了会议,提交学术论文38篇。主要围绕《刑法修正案(八)》的宏观问题、刑罚结构问题以及增修犯罪问题等展开了深入的探讨。这些论文紧密围绕上述主题,选题集中,观点交锋,论证有力,达到了推进积累、开拓创新的目的。

鉴于文集字数的限制,本着质量第一、兼顾参会的原则,本文集共收录了27篇论文,对于未能收录的论文,深表歉意!

最后,本文集虽经百般校勘,但校改不周,甚至挂漏谬误之处仍在所难免,尚祈各位读者不吝赐正!

编 者

2012年5月

目 录

《刑法修正案(八)》的宏观问题研究

我国刑法实践理性之思考

——以《刑法修正案(八)》为视角…………… 刘玉安 李召亮(3)

论刑法边界的坚守

——犯罪本位与刑罚本位的思辨…………… 黄伟明(15)

论刑法谦抑的适度性…………… 李 静(37)

《刑法修正案(八)》的价值新取向与社会管理创新

——以围绕“醉驾入刑”的一系列争论为视角

…………… 黄鲁滨 卞宜良(47)

风险社会的刑事立法回应

——以《刑法修正案(八)》为视角…………… 吴小帅(56)

《刑法修正案(八)》与刑罚制度研究

死刑适用的民意向度与限度

——基于社会热点案件的分析…………… 周长军 宋 扬(69)

《刑法修正案(八)》“老年人犯罪”规定之思考

- “矜老恤幼”人道思想的继承 李 露(81)
- 从《刑法修正案(八)》看我国死刑的适用对象 王占启(90)
- 从《刑法修正案(八)》看我国死刑制度的改革 岳宗毅(102)
- 对修正后我国缓刑适用条件之理解 王 玮(112)
- 论死刑在我国的立法控制
- 以《刑法修正案(八)》为视角 马 聪(123)
- 论我国刑罚轻刑化
- 由我国刑罚宽严相济结构构建说开去 盛 波(133)
- 论《刑法修正案(八)》相关刑罚制度的完善 张德军(142)
- 我国刑罚制度变革探析 于同良(152)

《刑法修正案(八)》增修犯罪研究

危险驾驶何以为罪?

- 兼论法益保护的前期化 刘 军(167)
- 危险驾驶罪疑难争议问题研究 柳忠卫(188)
- 醉酒驾车入罪条件刍议 李蕴辉(212)
- 危险驾驶罪剖析 杨曙光(221)
- 危险驾驶罪的多维解析 李庆斌(236)
- 对危险驾驶罪的理解与适用 牛向阳 贾道国(246)
- 从恣意到规制
- 《刑法修正案(八)》增设危险驾驶罪之问题研究
- 赵 磊(258)
- 危险驾驶罪定罪量刑之我见
- 以“醉酒驾驶”为视角 杨荣涛(271)
- 危险驾驶罪的法律应对 王理想(278)

对《刑法修正案(八)》关于破坏环境资源保护罪修改 的评析·····	牛忠志(286)
对《刑法修正案(八)》关于矿产资源犯罪修改的解析 与思考·····	张 霞 徐 军(296)
拒不支付劳动报酬罪的法律适用·····	陈志刚(308)
关于盗窃罪司法认定的几个问题·····	王雪鹰(323)

《刑法修正案(八)》的宏观问题研究

我国刑法实践理性之思考

——以《刑法修正案(八)》为视角

刘玉安 李召亮*

2011年5月1日正式实施的《刑法修正案(八)》(以下简称《修正案(八)》),是在构建社会主义和谐社会、推进社会管理创新、贯彻宽严相济刑事政策的新的形势背景下,对1997年《刑法》作出的最为重要的一次修正。各界对《修正案(八)》肯定、积极的评价居多,有的评以权利刑法,有的评以民生刑法,均有一定道理。笔者以为,单一向度很难概括《修正案(八)》,《修正案(八)》无论是对总则还是分则、犯罪还是刑罚、从重还是从轻的修改,均体现了刑法以治理犯罪为目标的强烈的实践理性精神,具有鲜明的理性、务实、执中的特征。本文尝试从刑法的实践理性与犯罪治理结合的角度解读《修正案(八)》,以期能对刑事立法和司法有所启发。

一、刑法实践理性之要义

(一)理性、法律与实践理性

理性作为人与动物的区别性标志,是指人对自身及世界具有一

* 刘玉安,山东省高级人民法院副院长;李召亮,山东省高级人民法院刑三庭法官。

定的认知和控制能力。理性与法律有着内在的密切联系,在理性的基础上建立宏伟的法律大厦,一直是人类孜孜不倦的追求。“19世纪以前,法哲学在法律与理性关系问题上的立场体现在法理学对理性法的追求之中。”^①可见,法律是理性的产物,理性法是法律的追求,我国有学者指出,法律是理性的实体,具有目的理性^②,可谓颇有见地。但笔者以为,法律与理性的关系还可递进一步,即法律是实践理性的产物,法律是实践理性的实体,这符合马克思主义的观点。马克思主义认为,社会生活本质上是实践的,“法的关系正像国家的形式一样,既不能从它们本身来理解,也不能从人类精神的一般发展来理解,相反,它们根源于物质的生活关系……”^③所以,在这个意义上,人们只能阐释法律而不能创造法律。在马克思看来,理性不是建立在抽象的概念和精神上的,而是建立在人类自由、自觉的实践活动基础上的,是以实践为基础的理性。法律的实现在于实践,法律的生命也在于实践。法的实践理性,理性地升华了法的实践,使法的内容具备正当化根据,同时又理性地运用于实践,使人依法作出正当的选择。

(二)刑法的实践理性要素

刑法是公法,关乎国家、个人、社会三个方面的利益;刑法是其他法律的制裁力量,关乎人的生命、自由和财产;刑法是靠国家主导实施的,关乎国家的形象和权威,故刑法应当具有更强的实践理性。刑法的实践理性大体应当包含以下要点:

1. 刑法要理性地反映实践。实践理性是一种经验和智慧,刑事立法应当面向实践、来于实践、返于实践。在刑法的构建和适用中,理论和逻辑固然必不可少,但是不能离开实践理性的桥梁。法律本

① 李桂林:《作为实践理性的法律》,载《现代法学》2004年第6期。

② 曲新久:《刑法的逻辑与经验》,北京大学出版社2008年版,第20页。

③ 《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1995年版,第32页。

质上是一种利益分配和价值选择,而纯粹的理论和逻辑不能完全承担这样的使命。理论和逻辑体现的是形式理性,追求的是“真”,而法律追求的是“善”;理论和逻辑寻找到“正确”的答案就算完成任务,而法律需要找到“最佳”的解决方案才算完成任务。罪刑法定被刑法学家认为是最能体现形式理性的原则^①,但罪与刑的设定以及社会危害性和刑事违法性的衡量显然要以实践为依据。即使规定明确的法律条文,在适用时也需要正确理解、解释。面对丰富多彩的现实,就要具体案件具体对待,轰动一时的“许霆盗窃案”就是实践理性纠正形式理性的例证。美国大法官霍姆斯有一句中国法律界熟知的名言“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”,佐证了实践理性的重要性。

2. 刑法要理性地认识犯罪。如何看待犯罪是制定正确刑事政策和保障刑事立法质量的关键。刑法必须建立在犯罪学理论之上,犯罪相对主义认为,犯罪的发生不单纯是犯罪人个人的问题,而是具有复杂的社会原因。社会的稳定是相对的,不稳定是绝对的,犯罪的存在具有一定的合理性,对于犯罪可以控制,而消灭是不切实际的。^② 刑法的态度应当是把犯罪控制在社会的承受能力和容忍限度之内,结合我国打击犯罪的实践,并根据我国目前经济、社会发展处于犯罪高发期的判断分析看,这个态度是恰当的。最好的社会政策才是最好的刑事政策,刑法不是万能的,仅仅依靠刑法进行“外科手术式”打击犯罪是治标之策,有时效果还会适得其反,因为刑罚也有副作用。我国长期存在迷信刑法的重刑主义法律传统,必须深刻反思。刑法应当秉持谦抑的精神,不能过早、过度地介入社会生活,能够用其他方法解决的,应该首先考虑采用其他方法。

3. 刑法要理性地治理犯罪。刑罚是惩罚,但刑罚不是为了惩罚而惩罚,惩罚更重要的意义在于预防犯罪,促成罪犯再社会化。我国

^① 陈兴良:《刑法理念导读》,法律出版社2003年版,第25页。

^② 关于犯罪的相对主义参见梁根林的《从绝对主义到相对主义——犯罪功能别议》(载《法学家》2001年第2期)。

法律长期深受前苏联“国家与法的理论”影响,过于强调法律的阶级属性和阶级统治职能,刑法“刀把子”的工具意识至今根深蒂固,刑法的国家权力本位观念色彩浓重。由此,犯罪被视为“孤立的个人反对统治关系的斗争”,犯罪被抽象为一种侵犯国家的行为,惩罚犯罪主要是为了维护国家利益和统治秩序,犯罪给现实社会生活造成的影响没有得到应有重视,被告人客体化、被害人主体地位弱化、被破坏的社会关系不能及时修复、矛盾纠纷得不到彻底解决的情况仍然不同程度地存在。尽管刑法经过多次修改,但我国刑法目前仍保持着工具功能化方向上的惯性,仍存在着突出的惩罚主义特征,而严厉的刑罚与不怎么严厉的刑罚相比,在预防犯罪上并没有明显的差别。^①西方学者根据工具性和目的性的差异,将法律分为压制型、自治型、回应型三类^②,政治领域里的“治理”一词也被广泛地引入犯罪控制领域。我国在社会转型中构建和谐社会,必须采取新的犯罪治策,从惩罚(压制)主义到治理主义的转变势在必行。“治理”的精髓在于改国家独治为国家主导下的国家与市民社会共治,形成国家与社会的良性互动,有效治理,兼顾国家、社会、个人三者利益,真正化解矛盾纠纷。有学者提出和谐社会对待犯罪应是“从抗性治理到和谐治理”^③，“抗性治理”就是不良治理使得犯罪有了遗传的抗性,所以必须依靠“和谐治理”。笔者深以为然,这才是和谐社会的刑法需要的实践理性。

4. 刑法要理性地确定功能价值。现在大家对刑法具有社会保护和人权保障两种功能或价值取向已经取得共识,问题在于哪种价值优先?学术界主张人权保障优先的多,实务界倾向于社会保护优先的多。其实,这是一个硬币的两面,解决这个问题,应当从政治社

① 樊文:《犯罪控制的惩罚主义及其效果》,载《法学研究》2011年第3期。

② [美]安·塞得曼等:《法律秩序与社会变革》,载陈正云《刑法的精神》,中国方正出版社1999年版,第22页。

③ 严励、卫磊:《从抗性治理到和谐治理——和谐社会的刑事政策选择》,载赵秉志主编《和谐社会的刑事法治》上卷,中国人民公安大学出版社2006年版,第203页。

会和市民社会的关系中寻找答案。国家和社会经历了一个从一体到分离再到回归合作的过程。对我国而言,市场经济形成之前,国家和社会是同一的一元结构,刑法履行着单一的社会保护职能;市场经济形成之后,国家和社会分离为二元结构,刑法分化为社会保护和人权保障职能;随着国家与社会合作趋势的加强,社会保护和人权保障应当融为有机的一体,即社会保护下的人权保障和不侵犯人权保障的社会保护,一定条件下,二者还可能存在妥协。尽管如此,面对我国重社会保护轻人权保障的法律传统和现实,刑法还是要突出人权保障的价值取向,使刑法制度更加合乎人道和伦理精神。刑法产生的根据是限制国家刑罚权,保障公民权,刑法发展的归宿应该是缓和与国家与公民之间的紧张、对立关系,使刑法成为保障人民福祉、自由的“圣经”。在理想社会的构建中,刑法最终将以以人为本、以权利为本、文明、理性、宽容的面貌示人。

二、《刑法修正案(八)》与刑法实践理性之契合

合理地组织对犯罪的反应是贯穿我国刑法发展进步的一条主线。《修正案(八)》更是明显地反映了刑法的实践理性和治理犯罪的路径转变,是制度化的实践理性。

(一)《修正案(八)》的修改模式和丰富内容体现了根据实际灵活调控犯罪的策略

《修正案(八)》与1997年以来先后发布的其他七个修正案相比,具有修改内容多、力度大,既修改总则又修改分则,既有增量修改又有减量修改,既涉及修改犯罪又涉及修改刑罚制度和刑罚执行方式的鲜明特点。前七个修正案都是修改分则内容,除了个别条款出罪或减轻刑罚(如绑架罪调低法定刑),修改主导方向是从轻到重的增量修改,体现的是严密法网、严厉打击的惩罚主义倾向。《修正案(八)》“对改革开放以来刑法所确立的基本罪刑关系做了重大调整,

这一调整涉及刑罚的政策精神、价值取向、司法理念、适用标准和法律效果等”^①。《修正案(八)》的立法思维富于理性,符合与犯罪作斗争的实际。

(二)《修正案(八)》以宽严相济刑事政策为指导,体现了司法政策向立法政策的升华

宽严相济政策通过中央的倡导和司法机关多年的努力实践,已成为成熟的刑事司法政策,取得了良好的法律和社会效果,并得到社会的认同。《修正案(八)》关于死缓罪犯限制减刑、提高有期徒刑数罪并罚刑期、扩大特殊累犯范围、增加不得缓刑对象、加大惩处黑社会性质组织犯罪、危害民生犯罪、关于废除 13 种严重犯罪的死刑、完善未成年人和老年人从宽处罚制度、坦白从宽政策法律化、完善非监禁刑适用及执行方式等规定,全面地体现了宽严相济的政策精神和理性实践到理性认识的转化。

(三)《修正案(八)》认真回应了司法实践的最新经验和社会关切

《修正案(八)》转化、巩固了司法改革的成果。社区矫正工作于 2003 年在部分省市试点,2004 年被纳入中央司法体制和工作机制改革范围,2009 年底在全国全面试行,经实践检验收到良好效果。但由于社区矫正制度尚未以法律形式得到确立,实际运行中也存在一些体制机制不完善等方面的问题,故关于是否改变执行、考察机关,将管制、缓刑、假释统一纳入社区矫正,曾是这次修改刑法争议的焦点之一。社区矫正得以立法通过,充分反映了立法对司法改革成果和实践经验的尊重与肯定,是一项具有突破性、前瞻性的制度创新。改革未成年人司法制度,有条件地建立未成年人轻罪犯罪记录消灭制度,是中央确定的司法改革项目,最高人民法院也将其纳入“三五”

^① 胡云腾:《把握〈刑法修正案八〉》,载张军主编《〈刑法修正案(八)〉条文及配套司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2011 年版,第 11 页。

改革纲要,并进行试点探索。《修正案(八)》吸纳改革经验,规定犯罪的时候不满 18 周岁被判处五年有期徒刑以下刑罚的人,免除入伍、就业时的如实报告义务,进一步贯彻了对未成年人实行以教育为主、惩罚为辅,重在教育、感化、挽救的方针。《修正案(八)》回应民意和社会关切,还对醉驾、拒不支付劳动者报酬作了入罪化处理。

(四)《修正案(八)》在罪刑设定上凸显了保障人权的价值取向

《修正案(八)》一次性废除 13 个罪名的死刑,彰显了对生命权的尊重和保护;完善对未成年犯从宽处罚的规定,增加对老年犯从宽处罚的规定,并对审判的时候年满 75 周岁的人,不适用死刑,体现了刑法对特殊群体慎刑恤刑的原则,彰显了人道和伦理精神;将拒不支付劳动报酬、非法买卖人体器官等非法行为入罪,修改强迫劳动罪等,加大了对弱势群体的保护力度;将醉驾等行为入罪,修改生产、销售假药罪及重大环境污染事故罪等,加大了对人民群众生命健康保护的力度。这些修改,使得《修正案(八)》具有鲜明的民生刑法、权利刑法的特点,刑法人权保障和社会保护的功能越来越有机地融合在一起。《修正案(八)》凸显的保障人权的价值取向,对于刑事立法和刑事司法具有重大的理论意义和实践意义。

(五)《修正案(八)》体现了开放、互动、合作治理犯罪的理念

《修正案(八)》对缓刑条件、假释条件的进一步明确和完善便利了缓刑和假释的实际操作,必将推进刑罚理念的更新,促进非监禁刑制度的发展和罪犯的再社会化改造。缓刑和假释实质条件由“确实不致再危害社会”修改为“没有再犯罪的危险”,确立了考虑社会危害性的再犯可能性判断标准。管制和缓刑可以根据犯罪情况适用禁止令,缓刑和假释适用时要考虑对相关社区的影响,这些均体现了法律在作出决策时对民情的尊重和倚重。管制、缓刑和假释均实行社区矫正,充分体现了在犯罪治理过程中,刑法吸纳社会力量参与刑罚执行,发挥社会力量积极作用的理念。