

HEXIE SHEHUI DE GOUJIAN YU XINGFA GAIGE

和谐社会的构建与刑法改革

余捷◎主编

中国检察出版社

实现社会和谐，建设美好社会，始终是人类有史以来梦寐以求的理想的生活状态。



和谐社会的构建与刑法改革

余 捷 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

和谐社会的构建与刑法改革/余捷主编. —北京: 中国检察出版社, 2006

ISBN 7 - 80185 - 628 - 7

I. 和… II. 余… III. ①社会主义建设模式 - 研究 - 中国
②刑法 - 研究 - 中国 IV. ①D616 ②D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 091977 号

和谐社会的构建与刑法改革

余 捷 主 编

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.zgjccbs.com)
电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com
电 话: (010)68650027(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)
经 销: 新华书店
印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司
开 本: 787mm × 960mm 16 开
印 张: 44.25 印张
字 数: 813 千字
版 次: 2006 年 9 月第一版 2006 年 9 月第一次印刷
书 号: ISBN 7 - 80185 - 628 - 7/D · 1604
定 价: 80.00 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

序 言

实现社会和谐，建设美好社会，始终是人类有史以来梦寐以求的理想的生活状态。党的十六大顺应时代潮流，把“社会更加和谐”确定为全面实现小康社会的奋斗目标之一，十六届四中全会进一步提出“构建社会主义和谐社会”的战略任务。2005年2月19日，胡锦涛总书记在“省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力”专题研讨班上的讲话中，把和谐社会建设列为中国特色社会主义事业总体布局的四大建设之一。构建社会主义和谐社会，是党中央根据国际国内新的发展形势提出的重大战略举措，它体现了广大人民群众根本利益和共同愿望，适应了我国改革开放和经济社会发展进入新阶段的客观要求。

社会主义和谐社会本质上是民主法治的社会。胡锦涛总书记指出：“我们所要建设的社会主义和谐社会，应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。”这是我国社会主义和谐社会的基本特征，这些基本特征都蕴涵着民主与法治精神。民主与法治作为构建和谐社会的两大支柱，两者缺一不可。否则，社会或为专制的阴霾笼罩，或陷入混沌的泥淖。同时，民主与法治相互为用，不可分离。民主需要法治，因为没有法治，民主就不能巩固；但法治更需要民主，因为没有民主，法治就要落空。半个世纪前，著名学者韩德培先生说过：“唯有在民主政治的保证之下，法治才能成为真正于人民有利的一种制度。也只有在民主政治的保证之下，法治才更易求其充分彻底地实施。”和谐社会应当是发扬民主、遵循规则、体现秩序，稳定、有序、协调的，开放、多元、能动、富于生机与活力的社会，社会主义和谐社会必须是能够实现社会长治久安和协调发展的法治社会。

构建和谐社会并非一蹴而就，也不是一帆风顺的，而是一个从克服不和谐逐步过渡到和谐的渐次发展过程。当前，我国正处于经济社会发展的关键阶

段,这个阶段有两个特点:既是发展关键期,同时又是矛盾凸显期。改革开放二十多年来,我国的经济高速发展,GDP总量增长了10倍,平均发展速度为9.4%,是世界上发展速度最快的国家之一。但与此同时,城乡差距、地区差距仍在扩大,分配不公矛盾凸显,人民内部利益矛盾错综复杂,存在许多危及社会稳定和发展的不和谐因素。这些矛盾和问题的存在,已经引起社会各界人士的高度关注。在构建社会主义和谐社会进程中,刑法不仅是打击、控制犯罪,维护社会秩序的重要工具,也是保护人权的有力武器。如何推进刑法改革的深入展开,充分发挥刑法的最佳功能,切实为构建社会主义和谐社会保驾护航,这已成为国人普遍关注的话题。

在这种时代背景下,重庆市法学会刑法学研究会于2005年11月召开了刑法学年会暨学术研讨会。会议提出“刑法改革与和谐社会的构建”这一主题,作为重庆市法学会刑法学研究会当前和今后刑法研究的方向。参加会议的有来自重庆市公、检、法、司及律师界的法律职业者,高等院校知名的法律学人,还有著名学府——西南政法大学部分莘莘学子。会议共收到研讨论文一百多篇,从不同层面、不同视角对和谐社会与刑法改革的关系进行了深入的研究,文章质量及品位较以往有很大的提高。这次会议开得很成功,达到了预期的效果。为搭建交流和对话的平台,促进学术精品在法学界的交流,更好地为立法及司法实践服务,我们精心编辑出版了这本《和谐社会的构建与刑法改革》的论文集。虽是一本论文集,但它主题鲜明、体系完整、层次分明,不失专著的风范,值得一读。

构建和谐社会对刑法改革提出了新任务、新挑战与新要求,刑法观念需要与和谐社会的价值相契合,刑法制度也须与时俱进,不断地改革完善,以与和谐社会发展相适应。具体说来,首先,刑法观念必须与时俱进,要求树立与民主、法治相统一,与人权保障相契合的现代刑法观念。没有刑法观念的更新,刑法制度设计和实际运作都会受到束缚。其次,促进刑法与其他法律部门之间、刑法典与司法解释之间以及刑法条文之间的和谐。和谐社会当然包括法制的和谐,法制不和谐,不仅会削弱法制的权威性,而且对公民的权益保护会产生深刻的影响。司法实践中,各个地区的司法机关、上下级司法机关对同一案件、类似案件在处理上存在较大的差别,甚至出现根本性的对立。这既是法制

不和谐的体现，也是造成社会不和谐的一个潜在因素。最后，中国在构建社会主义和谐社会过程中应当采取什么样的刑事政策，是实行犯罪化的刑事政策还是实行非犯罪化的刑事政策，是实行重刑化的刑事政策还是实行轻刑化的刑事政策，值得反思和关注。这些都是构建和谐社会必须解决的重大问题。

简而言之，刑法学作为部门法学中一门比较成熟的科学，学术研究呈现出欣欣向荣的可喜态势。但是，自1997年刑法颁布实施以来，在理论上、实践中都出现不少需要探讨的问题，刑法结构需要调整，理论研究也需要改革创新，刑法学研究的任务仍然任重道远，我们仍须加倍努力。我们希望通过“刑法改革与和谐社会的构建”这一主题的研究，唤起专家学者对这一问题展开更广泛深入的探索，为司法实践、刑法理论研究及刑法修改提供借鉴。

以此为序，当以共勉。

余 捷

2006年5月8日

目 录

序 言	(1)
-----------	-------

第一编 刑法理念及原则研究

构建和谐社会视野下刑法的人权保障功能	(3)
--------------------------	-------

一、人权入宪对刑法保障人权的积极影响	(3)
--------------------------	-------

二、我国刑法人权保障观念的转变	(4)
-----------------------	-------

三、和谐社会构建中充分发挥刑法对人权的保障功能	(6)
-------------------------------	-------

传统刑法与以人为本	(11)
-----------------	--------

一、刑法思想中的以人为本	(11)
--------------------	--------

二、刑法制度中的以人为本	(12)
--------------------	--------

三、刑法条文中的以人为本	(18)
--------------------	--------

四、几点启示	(19)
--------------	--------

和谐之美的刑法底蕴

——论刑法观念的转变与构建和谐社会的关系	(22)
----------------------------	--------

一、和谐社会的解读	(22)
-----------------	--------

二、刑法对于构建和谐社会的意义	(23)
-----------------------	--------

三、对传统刑法观念的反思	(24)
--------------------	--------

四、重塑刑法观念，构建和谐社会	(26)
-----------------------	--------

和谐社会中刑法观念的调整	(31)
--------------------	--------

一、和谐社会对刑法观念产生的影响	(31)
------------------------	--------

二、确立刑法对社会生活影响的有限论	(32)
-------------------------	--------

三、确立刑法社会保护与人权保障均衡论	(34)
四、树立刑法公平正义的价值观	(34)
和谐社会构建进程中刑法改革之价值取向	(36)
一、更新刑法价值观念——强化刑法人权保障的功能性	(36)
二、完善刑事法律制度——强化刑法体系的严密性	(38)
三、严格执行刑事法律——强化刑事司法的公正性	(39)
试析树立刑法信仰的根据和途径	(42)
一、树立刑法信仰的根据	(42)
二、树立刑法信仰的途径	(45)
浅议树立与时俱进的刑法观念与构建和谐社会的关系	(48)
一、树立与时俱进的刑法观念的必要性	(48)
二、构建和谐社会的现实意义	(52)
三、树立与时俱进的刑法观念与构建和谐社会有着密切的关系	(54)
刑法价值与和谐社会内涵之契合	(60)
一、和谐社会之内涵	(60)
二、刑法的价值及其与和谐社会内涵之契合	(62)
论构建和谐社会与重视刑法谦抑性	(66)
一、和谐社会的内涵	(66)
二、刑法谦抑性的内涵	(68)
三、构建和谐社会与刑法谦抑性二者的融合	(70)
宪政刑法论	(72)
一、宪政刑法——国家刑法的基本要求	(72)
二、严格限制国家的刑事立法权——宪政刑法的罪刑法定原则之维	(74)
三、宪政刑法的司法解释视角：严格禁止司法解释僭越立法	(76)
刑法解释的必要性和特殊性	(79)
一、刑法解释的必要性	(79)

二、刑法解释的特殊性	(84)
构建和谐社会的刑法学思考	(86)
一、和谐社会的概念和特征	(86)
二、刑法领域存在的影响社会和谐的表现	(88)
三、从刑法学的视角看上述不和谐现象的原因	(92)
四、控制犯罪所需解决的重大课题	(94)
从刑事司法实践看刑法原则的借鉴、继承、创新	
——构建和谐社会，刑法既要借鉴，也要继承和创新	(97)
一、罪刑法定原则在我国的借鉴和融合	(98)
二、平等适用刑法原则在我国的借鉴与拓展	(101)
三、罪责刑相适应原则在我国的确立和应用	(105)
四、结语	(109)
无罪推定与刑事审判：源流 意义 反思 重构	(112)
一、无罪推定原则的渊源及内涵	(112)
二、无罪推定原则的当代命运	(113)
三、无罪推定之于刑事审判的意义	(114)
四、重构无罪推定的实施保障体系	(116)
从形式的罪刑法定到价值的罪刑法定	(120)
一、形式的罪刑法定及其产生基础	(120)
二、形式的罪刑法定的困惑	(124)
三、从形式的罪刑法定到价值的罪刑法定	(127)
四、结束语	(130)
论罪刑法定原则	(131)
一、罪刑法定原则的基础理论	(131)
二、罪刑法定原则与刑事立法	(135)
三、罪刑法定原则与刑事司法	(138)
四、罪刑法定原则的必要丧失	(140)

第二编 犯罪原理研究

犯罪构成理论的反思

- 大陆法系与我国犯罪构成理论的比较及借鉴 (147)
- 一、犯罪构成理论的宏观介绍 (147)
- 二、两种犯罪构成理论内容的比较 (150)
- 三、关于犯罪构成理论的评析 (152)

关于刑法情节显著轻微规定的思考 (158)

- 一、对刑法“情节显著轻微”的规定质疑 (158)
- 二、关于“情节显著轻微”规定修改的立法思考 (164)

法的形式理性限度与实证分析扩张

- 期待可能性研究 (166)
- 一、期待可能性理论诞生的契机：形式理性之批判 (166)
- 二、期待可能性在刑法学的理论地位：实体理性的追求与形式理性的价值 (169)
- 三、期待可能性与犯罪论体系：从形式理性向实体理性的递进 (171)
- 四、关于判定期待可能性的标准：一个实体理性的问题 (174)
- 五、期待可能性的司法“出罪”功能：未能形式理性化的超法规事由 (175)

期待可能性理论之探索 (178)

- 一、期待可能性之内涵及其理解 (178)
- 二、期待可能性思想的历史性渊源探究 (179)
- 三、期待可能性的产生与发展 (181)
- 四、期待可能性存在的合理性根基 (184)
- 五、期待可能性本土化探索 (187)

期待可能性理论探究 (193)

- 一、期待可能性理论发展探源 (193)

二、期待可能性理论根据探源	(194)
三、期待可能性在犯罪论体系中的地位探索	(195)
四、期待可能性的认定标准探索	(197)
五、我国引入期待可能性理论意义探析	(198)
原因自由行为论纲	(200)
一、“原因自由行为”概念界定	(200)
二、原因自由行为的分类	(203)
三、“原因自由行为”可罚性分析	(204)
刑法视野下的自助行为	(209)
一、刑事自助行为制度建立的必要性和正当性	(209)
二、刑法理论层面上自助行为的适用	(212)
特殊防卫权起因条件的反思	
——不法侵害人、被害人人权保护的平衡点	(217)
一、我国特殊防卫的立法缺陷及学者的弥补措施	(217)
二、逆防卫制度的建立基础	(221)
三、结束语	(225)
论逆防卫	(226)
一、逆防卫的理论依据和法律依据	(226)
二、逆防卫之构成要件	(227)
三、逆防卫之实质	(230)
四、逆防卫价值之实现	(231)
五、结语	(233)
复合罪过形式的探讨	(234)
一、我国现行的罪过形式理论及其缺陷	(234)
二、复合罪过理论的提出	(235)
三、复合罪过理论对国外罪过形式理论的借鉴	(237)
四、复合罪过理论与现行刑法理论的整合	(239)

间接正犯研究	(242)
一、间接正犯的概念	(242)
二、间接正犯的性质	(244)
三、间接正犯的形态	(246)
不作为犯若干问题研究	(250)
一、不作为犯的概念与作为义务	(250)
二、不作为犯与罪刑法定原则	(252)
三、不作为犯的行为性	(255)
对我国刑法中危险犯中止问题的探讨	(258)
一、危险犯预备阶段的中止问题	(259)
二、危害犯在实际阶段和实行后阶段的中止问题	(260)
三、特定危险状态出现以后的中止问题	(261)
悔罪形态初探	(267)
一、认罪悔罪行为,司法实践中认识分歧,处罚混乱	(267)
二、悔罪形态的概念和基本内容	(269)
三、悔罪形态法定化的构想	(273)
激情犯罪研究	
——以刑事一体化为视角	(275)
一、情绪、情感对认识、意志的影响	(275)
二、激情和激情犯罪	(277)
三、激情犯罪的特征	(279)
四、激情犯罪的刑事责任	(281)
五、立法建议	(282)
单位犯罪主体刍议	(284)
一、公司及其刑事责任主体资格	(285)
二、企业及其刑事责任主体资格	(286)
三、事业单位及其刑事责任主体资格	(291)
四、机关及其刑事责任主体资格	(292)

五、团体及其刑事责任主体资格	(292)
对我国现行共同犯罪司法解释的解释	
——兼论刑法解释的限度	(294)
一、对共同犯罪总则性司法解释的解释	(295)
二、对共同犯罪分则性司法解释的解释	(304)
共同犯罪主从犯认定探究	(314)
一、共同犯罪人的分类	(314)
二、对分工分类法、作用分类法的再认识	(315)
三、一般共同犯罪中的主从犯认定标准	(316)
单位共同犯罪若干问题探析	(322)
一、单位共同犯罪的成立条件	(322)
二、单位共同犯罪具体认定中的若干问题	(323)
三、单位共同犯罪的刑事责任	(327)
混合主体共同犯罪的几个问题研究	(330)
一、职务犯罪中混合主体共同犯罪的理论依据	(330)
二、混合主体共同犯罪的定罪学说	(331)
三、职务犯罪中混合主体共同犯罪的处理原则	(336)
刑法人罪出罪机制探疑	(339)
一、大陆法系(德日)入罪出罪机制	(339)
二、英美法系入罪出罪机制	(341)
三、我国刑法的入罪出罪机制	(343)
非犯罪化论纲	(348)
一、非犯罪化的产生与实践	(348)
二、非犯罪化的理论依据	(351)
三、我国刑法非犯罪化的现状评析	(354)
四、我国逐步实现非犯罪化的构想	(356)

第三编 刑罚制度研究

试论量刑中的自由裁量	(363)
一、量刑标准不统一及其直接原因	(363)
二、量刑中的自由裁量的界定	(364)
三、量刑中的自由裁量与罪刑法定原则	(365)
四、现实要求——对量刑中的自由裁量的限制	(367)
程序视野下自首的权利保障	(371)
一、实例及问题的提出	(371)
二、程序的概念及其价值要求	(372)
三、程序意义上的自首界定	(373)
四、赋予自首者辩护的权利是程序正义和司法公正的最基本要求	(375)
五、自首权利的冲突、协调和保障	(376)
论准自首的理解与适用	(378)
一、准自首的适用对象	(378)
二、准自首的适用条件	(381)
关于立功的几个问题研究	(386)
一、关于立功的主体	(387)
二、关于立功的认定主体及程序	(388)
三、几种特殊情形下的立功认定	(389)
四、关于立功的处理	(392)
刑事案件责令退赔初探	(395)
一、关于责令退赔的法律规定	(395)
二、实务中关于责令退赔存在的争议	(397)
三、国外有关责令退赔之立法例	(398)
四、关于责令退赔的理性思考	(399)
五、在现行法律框架之下需要明确的几个问题	(400)

浅谈缓刑适用条件及完善	(403)
一、缓刑适用的基本状况	(403)
二、缓刑适用条件认识及探讨	(404)
三、完善缓刑适用的建议	(410)
缓刑制度的价值分析	(412)
一、缓刑的正义价值分析	(413)
二、缓刑的秩序价值分析	(418)
三、缓刑的自由价值分析	(422)
完善累犯制度几点问题探讨	(428)
一、“毒品特殊累犯”存在于法典与否的争议	(428)
二、设置或强化类似“毒品特殊累犯”的呼声不应提倡	(429)
三、单位累犯的设立	(430)
四、在刑法典中增设未成年人不构成累犯的规定	(433)
单位累犯制度设立初探	(434)
一、设立单位累犯制度的必要性	(434)
二、单位累犯制度的可行性	(435)
三、单位累犯的具体构成条件	(436)
四、单位累犯制度的几个特殊问题	(438)
我国死刑合理适用问题梳理	
——对《刑法》第48条规定的理解	(440)
一、前言	(440)
二、对“罪行极其严重”的界定，限制死刑的适用范围	(441)
三、探索“应当判处死刑”的根据所在，确定宣告刑为死刑的实 际依据	(442)
四、掌握死刑的适用情况，明智利用法定刑的可选择性	(444)
五、从适用“死缓”的条件，正确理解“不是必须立即执行”的 含义，充分发挥死缓制度的减刑功能	(445)

合理限制死刑：和谐社会法治建设的内在要求	(447)
一、适度适用死刑	(447)
二、实体限制	(448)
三、程序限制	(450)
四、刑事政策限制	(451)
和谐社会建构与死刑限制的新方向	(453)
一、死刑限制的新方向——从“平民犯罪”开始	(453)
二、当前死刑限制方向的缺陷与不足	(454)
三、这一死刑限制方向的作用与意义	(456)

第四编 罪刑各论及相关研究

刑法第 163 条的立法漏洞及弥补	(461)
一、依现行立法，事业单位及社会团体中不属于国家工作人员的人 员收受贿赂的行为无法作为犯罪处理	(461)
二、村（居）民委员会等基层组织人员的受贿行为无法包容在公 司、企业人员受贿罪的内容中	(463)
三、难以用司法解释的方法追究上述两类人员非国家工作人员利用 职务上的便利收受他人财物行为的刑事责任	(465)
受贿犯罪的立法完善	(469)
一、犯罪构成方面的完善	(469)
二、刑罚方面的完善	(472)
论现行受贿罪几个问题的补遗与完善	(478)
一、进一步明确受贿罪主体的界限，以适应打击犯罪的需要	(478)
二、适应社会发展需要，扩大受贿罪的贿赂范围内容	(480)
三、取消“为他人谋取利益”的条件限制	(482)
四、结语	(486)

“为他人谋取利益”是一种实体法上的推定	(487)
一、“客观要件说”的局限性分析	(487)
二、“主观要件说”的缺陷性分析	(490)
三、“取消论”的简介及评析	(493)
四、“为他人谋取利益”是一个非独立的客观要素、是法律推定	(496)
盗窃罪既遂与未遂划分之争议	(500)
一、盗窃罪未遂既遂标准的学说及批判	(500)
二、盗窃罪既遂未遂控制说的具体理解	(503)
三、各种盗窃既遂与未遂的认定	(505)
论生产、销售伪劣产品罪中的“销售金额”	(509)
一、引子	(509)
二、本罪的犯罪客体与“销售金额”	(510)
三、销售金额与本罪的未完成形态	(513)
论贷款诈骗罪及其司法认定	(521)
一、概述	(521)
二、本罪客观特征的认定	(522)
三、本罪主观特征的认定	(525)
四、本罪主体认定	(526)
五、本罪司法认定的其他问题	(527)
贷款诈骗罪司法难题分析	(529)
一、本罪客观方面司法疑难问题探讨	(529)
二、贷款诈骗罪的主观方面司法疑难问题探讨	(532)
浅析职务犯罪的范围与概念	(539)
一、职务犯罪范围的界定	(539)
二、职务犯罪概念的界定	(543)
在国有资产管理体制转变情形下对渎职犯罪的重新审视	(546)
一、国家职能的分解带来对渎职犯罪法律规定的分类细化	(546)