

ZHONGGUO XINGFA ZAI XIUGAI WENTI YANJIU

中国刑法

再修改问题研究

谭光定 著



重庆出版社

中国刑法

江苏工业学院图书馆
藏书章

修改问题研究

ZHONGGUO XINGFA ZAI XIUGAI WENTI YANJIU

重庆出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国刑法再修改问题研究/谭光定著. —重庆: 重庆出版社, 2004

ISBN 7—5366—6649—7

I. 中... II. 谭... III. 刑法—研究—中国
IV. D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 021090 号



中国刑法再修改问题研究

谭光定 著

责任编辑 陈 慧

封面设计 蒋忠志

技术设计 寇小平

重庆出版社出版、发行

新华书店经销

中共重庆市委党校印刷厂印刷

开本 880 × 1230 1/32 印张 11. 875

字数 300 千 插页 2

2004 年 3 月第 1 版

2004 年 3 月第 1 版第 1 次印刷

印数 1 - 3000

ISBN7 - 5366 - 6649 - 7/D · 346

定价: 30. 00 元

[illegible]

——作者

目 录

题记	(1)
第一章 导论	(1)
一、刑法的历史发展脉络	(1)
二、中国刑法现代化的百年历程	(8)
三、97 刑法的修改要点	(15)
四、97 刑法简评及修正的指导思想	(20)
第二章 权力、司法机关对 97 刑法的修正和补充	(25)
一、刑法修正案点评	(25)
二、关于罪名的司法规定	(34)
三、有关邪教和黑社会性质组织犯罪的司法解释综述 及点评	(40)
四、其他有关刑法的司法解释	(45)
第三章 我国刑法学理论中的几个概念述评	(53)
一、期待可能性	(53)
二、量刑权	(56)
三、保安处分	(58)
四、违法阻却事由	(62)
五、谦抑性等其他概念	(71)
第四章 犯罪概念新解	(77)
一、犯罪的本质探析	(77)

二、犯罪概念的不同表述	(81)
三、我国刑法中犯罪概念的缺陷	(85)
四、犯罪概念的立法修正	(89)
第五章 改革刑罚体系	(92)
一、刑罚体系概说	(92)
二、改革刑罚体系的思路	(93)
三、劳动教养问题	(102)
四、建议设立非监禁刑执行管理局	(114)
第六章 刑法总则的法条修正	(120)
一、对刑法第2条的修正	(120)
二、对刑法第13条、17条、20条的修正	(122)
三、对刑法第18条、37条、48条的修正	(129)
四、对自首法律规定的修正	(134)
五、对刑法第68条、76条、81条、88条的修正	(137)
第七章 增设罪名研究	(144)
一、增设“非法使用毒品罪”	(144)
二、增设“特别谋杀罪”	(151)
第八章 取消罪名简论	(168)
一、已经修正取消的罪名点评	(168)
二、简论取消生产、销售伪劣产品罪等罪名	(172)
三、简论取消嫖宿幼女罪	(178)
第九章 侵犯财产罪问题研究	(183)
一、侵犯财产罪概说	(183)
二、抢劫罪问题探讨	(188)
三、怎样认定侵占罪和职务侵占罪	(198)
四、侵犯财产罪的法条修正	(207)
第十章 内幕交易、泄露内幕信息罪研究	(216)
一、内幕交易、泄露内幕信息罪概说	(216)

二、内幕交易、泄露内幕信息罪的犯罪构成	(222)
三、认定内幕交易、泄露内幕信息罪的几个问题 ...	(226)
四、内幕交易、泄露内幕信息罪的立法修正	(232)
第十一章 黑社会性质组织犯罪研究	(236)
一、黑社会性质组织犯罪的构成	(237)
二、黑社会性质组织犯罪的特征	(240)
三、怎样认定黑社会性质组织	(251)
四、修订我国关于黑社会性质组织犯罪的立法建议	(259)
第十二章 巨额财产来源不明罪研究	(263)
一、巨额财产来源不明罪概说	(263)
二、巨额财产来源不明罪的犯罪构成特征	(266)
三、巨额财产来源不明罪的处罚	(275)
四、建立财产申报制度是完善该罪立法的必要补充	(278)
第十三章 受贿罪研究	(284)
一、受贿罪概说	(284)
二、受贿罪的犯罪构成	(289)
三、怎样认定受贿罪	(295)
四、斡旋受贿罪探讨	(300)
五、受贿罪的定罪证据	(307)
六、受贿罪的立法修正	(311)
第十四章 渎职罪问题研究	(314)
一、渎职罪概说	(314)
二、玩忽职守罪探讨	(319)
三、司法人员渎职犯罪探讨	(324)
四、渎职罪的立法修正	(329)
第十五章 辩护举例	(335)

一、曾勇抢劫杀人案	(335)
二、李章华挪用公款、投机倒把案	(337)
三、许昌伟伤害案	(345)
四、代作君强奸案	(349)
五、李应华伤害案	(353)
六、漆瑞明诈骗案	(355)
七、陈森林抢劫案	(358)
八、杨林故意杀人案	(360)
九、张义强交通肇事案	(361)
十、石德安非法吸收公众存款案	(363)
主要参考文献	(369)

第一章

导 论

一、刑法的历史发展脉络

刑法“是统治阶级凭借国家的强制力规定什么行为是犯罪和对犯罪判处什么刑罚的法律规范的总称”^①。理论界对刑法的定义各说不一，但都大同小异，如张明楷教授的定义：“刑法，是掌握政权的统治阶级，为了维护其阶级利益，根据本阶级的意志，以国家名义颁布的、规定犯罪及其刑事责任的法律规范的总和。”^② 人类历史上有四种类型的刑法，即前资本主义的奴隶制刑法和封建制刑法、资本主义刑法和社会主义刑法。

为什么叫前资本主义的奴隶制刑法呢？这是因为西方的奴隶制刑法与中国的奴隶制刑法具有明显区别，中国奴隶制刑法野蛮、残暴，毫无文明和民主气息，奴隶主对奴隶任意处置，奴隶被看作是会说话的工具。而在具有代表性的西方古罗马奴隶制帝

① 《中国大百科全书》，中国大百科全书出版社1984年版，法学卷第649页。

② 张明楷：《刑法学》法律出版社1997年版，第11页。

国，其刑法包含着文明进步，民主法制的原始意义，主张同一社会阶级地位平等，允许原始意义的律师辩护等等，这些都奠定了西方社会具有法治信念强烈特征的基础。具记载：公元前 399 年，大哲学家苏格拉底被控告为“不敬神”，经过苏格拉底不服申辩后，法庭合议以微弱多数通过判处其死刑。友人劝说苏格拉底逃跑，但被他拒绝，理由是：判决虽然违背事实，但这是合法判决，必须服从，因此服毒而死^①。苏格拉底的行为作为一种典范说明西方具有法律至上的传统。一个人犯罪后接受刑法处罚，说明犯罪人心中有国家，心中有王法；犯罪后逃跑，则说明没有国家和王法的观念。中国社会从奴隶社会到封建社会，法治意识淡漠，奉行舍身取义，为朋友两肋插刀，君叫臣死，不得不死，这也是东西方文化的巨大差异之一。

前资本主义刑法，包括奴隶社会刑法和封建社会刑法，它们具有以下共同特征：

(1) 等级森严。即严格按照当事人的身份等级来规定刑罚。如公元前 18 世纪古巴比伦《汉穆拉比法典》第 196 条至 199 条规定“毁败自由人之眼者，毁败其己眼，折断自由人之骨者，折断其己骨”。而“毁败平民之眼者或折断平民之骨者，赔偿银一名拉，毁败他人奴隶之眼或折断他人奴隶之骨者，半之”。在罗马法中，自由人都有高级和低级之分，比如谋杀行为，对高级犯罪人处以海岛监禁刑，而对低级犯罪人却要处以兽刑。在中国奴隶社会和封建社会，更是赤裸裸的等级制度，“刑不上大夫，礼不下庶人”，“十恶不赦，八议从减”，都是法定。

(2) 罪刑擅断。即法官或君主不按法律或制度的规定，按个人的意志定罪量刑。在欧洲，罪刑擅断大量存在，法官和君主

^① 《简明不列颠百科全书》（中译本），中国大百科全书出版社 1986 年版，第 7 册第 520 - 521 页。

都可以根据自己的信念和判断决定罪与刑，在我国封建社会，不依法判案，行政长官（法官）和帝王擅自决断更是普遍现象。

（3）刑罚残酷。《史记·殷本纪》载：“纣乃重刑辟，有炮烙之法”，“醢九侯……并脯鄂侯”。自商代之后，历代严王朝的刑罚仅死刑就是有斩、绞、枭首、剖腹、凌迟、车裂、弃市、镬烹等十多种；中世纪罗马皇帝查理五世在1532年颁布的《加洛林纳法典》中规定，对煽动暴力者、触犯皇帝利益者、入室盗窃者一律处死刑；法律上明文规定的刑种就有割耳、割鼻、挖眼、断手、火焚、四马分尸等等，英国的中世纪封建刑法适用死刑的罪名就有两百多种。

资本主义刑法是欧洲资产阶级革命的产物，是资产阶级反对封建主义的重要胜利成果。资本主义刑法的理论奠基人是18世纪的资产阶级启蒙思想家孟德斯鸠和卢梭等人。孟德斯鸠主张法官判案应严格以法律为依据，不允许法官解释法律，刑罚必须与罪行相称和轻刑主义。卢梭反对滥用刑罚，主张废除等级差别，限制死刑并在《社会契约论》中阐述了废除死刑的观点。在卢梭和孟德斯鸠之后，各资本主义国家都纷纷颁布了自己国家的刑法，这些刑法又明显地分为英美法系刑法和大陆法系刑法两大派别。概括起来，资产阶级刑法在理论方面主要有以下几个学派：

（1）刑事古典学派。代表人物有意大利的贝卡里亚和德国的费尔巴哈。贝卡里亚是专门论述刑法而系统地反对封建司法制度的第一斗士，他的名著《论犯罪和刑罚》（1764）被认为是向封建裁判的宣战书。他认为：人们为了享受自由才割让出自己的一部分自由，人们割让出的自由的总和，组成国家的权力，包括刑罚权力。因而提出了只有法律才能规定刑罚，刑罚的目的是为了预防犯罪等一系列进步的主张。费尔巴哈基于自由意志论，认为当人意识到控制欲望所产生的不快，小于受刑的痛苦时，自然就会放弃犯罪，因而必须强调有罪必罚。刑事古典学派的基本观

点可以概括为：①罪刑法定主义，其基本内容是法无明文规定不为罪。法无明文规定不处罚，对法律不能类推和扩张解释，禁止法律溯及既往。②罪刑相适应，其基本内容是法律面前人人平等，犯同样的罪受同样的处罚，刑罚的轻重与犯罪的轻重相适应。③刑罚人道主义，其基本内容是废除或限制死刑，废除残废刑，适用轻刑，改良监狱。上述主张是资产阶级自由、平等、博爱的主张在刑法上的特别反映，所以，刑事古典学派的理论被上升时期的资本主义广泛采用。

（2）刑事人类学派。又称意大利学派，因其创始人龙勃罗梭和代表人物均是意大利人而得名。龙勃罗梭的成名作《犯罪人论》（1876），系统阐述了“天生犯罪人”理论，他认为犯罪原因存在于隔世遗传和病理关系两个方面。隔世遗传指犯罪人身体具有天生的动物特征，病理关系指犯罪人身体发育上的缺陷和疾病。人的上述两个原因是先天就有的，具有这两种先天特征的人，犯罪是必然的，与“自由意志”没有关系，于是，提出了“天生犯罪人”的结论。刑事人类学派的理论是反科学的，完全背离了唯物主义原则和法制原则，在政治上为独裁暴政服务，希特勒、墨索里尼法西斯疯狂迫害犹太人等民族，就是认为他们是“天生犯罪的民族”。在龙勃罗梭和拉基斯合著的《法律及刑事人类学关系中政治犯罪与革命》（1890）一书中，就着力于证明巴黎公社的革命者都是“天生犯罪人”。

（3）刑事社会学派。其奠基人是比利时的凯特莱，他的《社会物理学》一书，强调犯罪的发生和消灭、增加和减少，都受社会环境的影响。这一理论被德国的李斯特、菲利等人吸取。19世纪90年代，李斯特、菲利和普兰、哈默尔等人组织国际刑法学会，这个刑法学会就是刑事社会学派的代表，他们主张犯罪是犯罪人的个性与自然，特别是社会环境（如失业、贫困、居住条件恶劣、酗酒、娼妓等等）与犯罪有根本的联系，他们虽

然也承认经济的影响，但拒绝从社会制度去探究犯罪的原因。他们虽不承认天生犯罪人理论，但断言有一种人，由于生理或心理上存在某种缺陷而处于犯罪的“危险状态”，因而主张对那些虽未犯罪但处于“危险状态”的人采用不定期刑。这种“危险状态”理论，在近代垄断资本主义国家曾风靡一时。第二次世界大战以后，资本主义各国都冷静地对自己国家的刑法作适当的调整，一致反对偏激而注重理性的思辨，使资产阶级刑法日趋成熟和完善。

社会主义刑法是在列宁领导下由苏维埃共和国创立的。1917年10月革命胜利后，苏维埃政权颁布了《关于法院的第1号法令》，废除旧的审判制度和旧的刑法，并着手建立新的刑事立法。1919年12月颁布了《俄罗斯联邦刑法指导原则》，它是苏维埃刑法典总则的雏形。1922年，颁布了第一部社会主义刑法典：《俄罗斯联邦刑法典》。这部法典建立了刑法总则和分则的完整体系，总则的第5条规定，苏维埃刑法的任务是“在法律上保卫劳动人民的国家免遭各种犯罪和社会危险分子的侵害，并对违反革命秩序的人适用刑罚或者其他的社会保卫方法”。在第6条中给犯罪下了明确的定义：“威胁苏维埃制度基础及工农政权在向共产主义制度过渡时期所建立的法律秩序的一切危害社会的作为或不作为，都认为是犯罪。”此外，总则中还对刑罚的目的、类推制度等等作了明确规定。1924年10月，为了适应已成立苏维埃社会主义共和国联盟的需要，颁布了《苏联和各加盟共和国刑事立法基本原则》，该原则成为各加盟共和国制定刑法典的依据。第二次世界大战以后，随着国际形势的变化和出现的社会新格局，东欧一些国家的刑法都进行了重要的改革，颁布了较独立的新刑法典，如捷克斯洛伐克（1961）、民主德国、保加利亚和罗马尼亚（1968）、波兰（1969）、南斯拉夫（1976）、匈牙利（1978）等，都先后制定了新的刑法。亚洲的中国、朝鲜、

越南等社会主义国家的刑法，都是仿苏联刑法的模式建立起来的。

在这里，有一个问题有必要提出来加以讨论，那就是处在同一时代的资本主义刑法和社会主义刑法，它们二者有什么区别？现在的趋势又是怎样？笔者认为社会主义刑法是马克思主义法学的重要核心内容之一，马克思主义法学与资本主义法学的区别也就是社会主义刑法与资本主义刑法的原则区别。

(1) 马克思主义法学认为，法是统治阶级意志的体现，法是由统治阶级的物质生活条件决定的。在资产阶级的各种法学派别中，有的认为法与经济无关，有的甚至说法是决定经济的，有的虽然承认法与经济有关，但否认经济对法的最终决定作用。马克思主义法学研究了上层建筑与经济基础的关系，认为法是统治阶级意志的体现，是由这一社会的经济基础决定并反过来为经济基础服务的。其精典论述颇多，如，马克思指出：“法的关系正像国家的形式一样，既不能从它们本身来理解，也不能从所谓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”^①。“无论是政治的立法或市民的立法，都是表明和记载经济关系的要求而已。”^② 马克思和恩格斯在《共产党宣言》中分析资产阶级意识形态时指出：“你们的观念本身是资产阶级的生产关系和所有制关系的产物，正像你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样，而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件决定的。”^③ 列宁也指出：“法律又是什么呢？法律就是取得胜利，掌握国家政权的阶级的意志的表现。”^④

(2) 马克思主义法学认为，法不是超阶级的，它是为统治

① 《马克思选集》，第二卷，人民出版社1960年版，第82页。

② 《马克思选集》，第四卷，人民出版社1960年版，第122页。

③ 《马恩选集》，第1卷，人民出版社，1960年版，第268页。

④ 《列宁全集》，第13卷，人民出版社1960年版，第304页。

阶级服务的。资产阶级法学家有一个共同的特点，就是否认法律的阶级性，甚至认为法是超阶级的，法是“全民意志”的体现。马克思和恩格斯在《共产党宣言》中指出，资本主义社会中的“法律、道德、宗教，都是掩盖资产阶级利益的资产阶级偏见。”^① 马克思还强调指出：“法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现，而不是单个人的个人的恣意横行。”^②

(3) 马克思主义法学认为，法是统治阶级的国家意志。资产阶级法学家虽然也承认法是由国家制定的，但由于他们把国家看作是超阶级的，把国家的法律说成是社会公共意志的体现，从而模糊了国家的阶级本质，歪曲了国家与法律的关系，鼓吹法律至上，把法置于国家之上。马克思主义认为，一定阶级的国家和法都是实现阶级统治的工具，国家是具有阶级性的，它制定的法也是有阶级性的，并且，法是以国家意志形式体现出来的，正如列宁指出的：“意志如果是国家的，就应该表现为政权机关所制定的法律，否则，‘意志’这两个字只是毫无意义的空气震动而已。”^③ “如果没有一个能够迫使人们遵守法权规范的机构，法权也就等于零。”^④

(4) 马克思主义法学认为，法不是超历史的，既不是永恒的，也不是永久不变的，资产阶级法学家，大多数认为法是超历史的，永恒存在的，马克思主义法学认为，法是阶级社会的产物，随着阶级、国家的消亡而消亡。即使是在阶级社会，法，作为上层建筑，也必然随经济基础的变化而变化。马、恩、列、斯等社会主义导师的理论观点，有的本身就存在缺陷，有的随着历

① 《马恩选集》，第1卷，人民出版社1960年版，第282页。

② 《马恩全集》，第6卷，人民出版社1960年版，第292页。

③ 《列宁全集》，第25卷，人民出版社1960年版，第75页。

④ 《列宁全集》，第3卷，人民出版社1960年版，第256页。

史的变迁已经过时，但主要的理论学说至今仍有指导意义。我们没有必要去刻意研究社会主义刑法与资本主义刑法的区别，而是应该解放思想，与时俱进，大胆移植西方刑法理论。

二、中国刑法现代化的百年历程

中华民族具有悠久灿烂的文化，中华法系曾是世界上五大法系之一，随着中国封建社会的瓦解，中华法系也就成了历史的遗迹。就中国刑法而论，从晚清至今纵跨 20 世纪的百年历史，正是中国摆脱以程朱理学为代表的儒家封建文化思想的影响，接受西方刑法学影响的刑法现代化历程。以史为鉴。面对 21 世纪正在走向辉煌的中国，刑法的现代化历程将给我们很多有益的启示。

（一）中国刑法现代化百年历程回顾

中国刑法现代化是特指从清末开始的摆脱中国封建刑法的羁绊，引进西方刑法的理论探索与实践。至今已有百年之久。

清末修律是中国刑法现代化的开端。以林则徐、魏源、章太炎、严复为代表的中国近代启蒙思想家，“创造性地给予了当时中国人民以一种新鲜的资产阶级世界观，从思想上基本突破了封建主义的意识形态”^①。清末法律学家、修律大臣沈家本遵照清政府“务期中外通行”的修律方针，确立了“参考古今博辑中外”、“汇通中西”的修律指导思想。沈家本重视对法理学的研究，他说：“法之修也不可不审，不可不明。而法之审、法之明，不可不穷之理。”^② 沈家本赞同资产阶级法律面前人人平等的法制思想，认为“各法之中，尤以刑法最为重要”。应以制定

① 李泽厚：《中国近代思想史》，人民出版社 1979 年版，第 26 页。

② 《中国大百科全书·法学卷》，中国大百科全书出版社 1984 年版，第 525 页。

新刑律为整个修律工作的起点。沈家本在广泛了解、翻译了法、德、日、俄等国家的刑法典的基础上，与伍廷芳等人一起，冲破传统封建刑法的藩篱，对大清律中刑律作了比较彻底的修改，这既是中国刑法现代化的开端，也为以后的北洋政府和国民党政府的刑事立法奠定了基础。

北洋政府和国民党政府对晚清刑法进行了改革和创新。1911年辛亥革命后的北洋政府时期，窃国大盗袁世凯逆历史潮流称帝垮台后，黎元洪、徐世昌、曹锟、洪国璋、段琪瑞等人走马灯执政。这一期间，军阀混战，哀鸿遍野，在沉沉黑暗之中，仍有法律文明之光在闪烁。因当时的执政者大都以重视西学、张扬进步为贴面金符，中国刑法也随之在引进中得到改革，对原《大清律》中的刑法作了重大的修改，颁布施行了《暂行新刑律》。据不完全统计，1912年至1927年间，北洋政府大理院汇编的刑事案件判例约3900多件，公布的司法解释有2000多件。在这一时期，还萌生了我国的现代律师辩护制度。如施洋、沈均儒、董必武等都是当时有名的律师。蒋介石的国民政府期间，刑法的创新分为三个阶段：南京政府初期，沿用北洋政府《暂行新刑律》的同时，积极筹划制定新刑法；1928年末，在国民党政府司法部长王宠惠的主持下，制定颁布了《中华民国刑法》；1934年，对《中华民国刑法》修改完毕，1935年7月1日起开始施行修改后的《中华民国刑法》，这部刑法分为两篇，47章，357条，是国民党的六法全书之一，台湾沿用至今，未作大的修改。《中华民国刑法》的主要特点是仿照当时的德、意、日等大陆法系国家刑法典而创制，具有明显的法西斯特性。

新中国刑法的发展与完善，经历了一个较为复杂的过程。1949年新中国成立以前，在共产党领导的地区先后颁布过一些具有刑法性的条例。如：1934年《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》；1939年陕甘宁边区的《惩治贪污条例》等等。新中国