



刑法 修改 研究

李希慧 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



刑法 修改 研究

主 编 李希慧

撰稿人 (以撰写章节次序为序)

李希慧 姚龙兵 谢治东

王宏伟 徐光华 刘 净



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法修改研究/李希慧主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2011. 10
ISBN 978-7-307-09118-4

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 168403 号

责任编辑: 钱 静 责任校对: 刘 欣 版式设计: 马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 湖北省京山德兴印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 15.5 字数: 275 千字 插页: 1

版次: 2011 年 10 月第 1 版 2011 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-09118-4/D · 1002 定价: 36.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

引 言	1
-----	---

上篇：刑法修改的基本问题

一、刑法修改应妥善处理的几个关系	3
(一) 秩序维护与自由保障	3
(二) 超前立法与经验立法	9
(三) 犯罪化与非犯罪化	13
(四) 刑罚化与非刑罚化	18
(五) 重刑化与轻刑化	23
二、刑法修改应特别注意的问题	28
(一) 明确性的问题	28
(二) 稳定性与适时变动相结合的问题	35
三、刑法修正案研究	38
(一) 刑法修正案的产生及沿革	38
(二) 刑法修正案的基本内容	40
(三) 刑法修正案的基本特点	43
(四) 刑法修正案模式利弊评析	44
(五) 刑法修正案的完善	47

中篇：刑法总则之修改

一、普遍管辖权的立法完善	49
(一) 源流之考察	50
(二) 《刑法》第9条规定之缺陷	52
(三) 完善之方法	56
二、犯罪主体的立法完善	58
(一) 关于未成年人刑事责任年龄的争论	58

(二) 关于老年人刑事责任能力的争论	62
三、正当防卫的立法完善	64
(一) 正当防卫的立法规定	64
(二) 正当防卫的立法缺陷	65
四、共同犯罪的立法完善	72
(一) 关于共同犯罪的主观要件	73
(二) 关于共同犯罪人的分类	77
(三) 结论	81
五、刑罚体系的立法完善	82
(一) 我国刑罚体系立法缺陷的宏观考察	82
(二) 我国刑罚体系立法缺陷的微观考察	83
(三) 外国刑罚体系立法的借鉴	90
(四) 完善我国刑罚体系立法的建议	93
六、死刑制度的立法完善	99
(一) 我国死刑立法的现状和评价	99
(二) 死刑立法完善的指导思想	101
(三) 死刑立法之完善的具体措施	102
七、累犯制度的立法完善	107
(一) 关于单位累犯问题	108
(二) 关于未成年人累犯问题	112
(三) 累犯不得假释的规定应予废止	114
(四) “刑罚执行完毕或赦免后”的表述的完善	117
(五) 累犯制度统一化的建议	117
八、时效制度的立法完善	118
(一) 时效制度的理论基础	118
(二) 我国现行立法的检讨	119
(三) 现行立法应增加的内容	125

下篇：刑法分则之修改

一、洗钱罪的立法完善	131
(一) 扩大洗钱罪的上游犯罪的范围	133
(二) 将洗钱罪的犯罪主体扩大至上游犯罪的主体	134
(三) 扩大洗钱罪客观方面洗钱行为的表现形式	135

(四) 扩大洗钱罪主观方面的内容	136
(五) 完善我国刑法有关洗钱罪的法定刑配置	137
二、金融诈骗犯罪的立法完善	138
(一) 金融诈骗罪立法缺陷分析	139
(二) 金融诈骗罪立法完善的宏观思考	143
(三) 具体罪名的立法完善	145
三、侵犯知识产权罪的立法完善	149
(一) 现行刑法关于侵犯知识产权罪的立法缺陷分析	150
(二) 侵犯知识产权罪立法完善的原则	155
(三) 侵犯知识产权犯罪立法完善的具体建议	156
四、绑架罪的立法完善	160
(一) 绑架罪的行为性质	160
(二) 绑架罪的刑罚轻重之比较分析及立法完善	165
(三) 绑架罪之情节适用	167
(四) 关于绑架罪的犯罪主体	170
(五) 关于绑架罪的其他立法完善	173
五、侵占罪的立法完善	174
(一) 关于“代为保管”的他人财物	175
(二) 关于遗忘物	175
(三) 关于埋藏物	177
(四) 关于侵占遗忘物或者埋藏物的刑罚	178
(五) 关于侵占罪的告诉形式	179
六、妨害公务罪的立法完善	181
(一) 问题的提出	181
(二) 《刑法》第 277 条规定的缺陷和完善	182
(三) 建立妨害公务罪体系的构想	187
七、环境犯罪的立法完善	190
(一) 用“环境犯罪”取代现行的“破坏环境资源保护罪”	191
(二) 将环境犯罪从“妨害社会管理秩序罪”中分离出来， 单独设章	192
(三) 进一步明确部分环境犯罪的罪过形式	193
(四) 维持现行刑法中的过错责任原则，但在举证责任上可实行 责任推定	194

(五) 进一步完善刑罚体系, 增设“资格刑”	195
(六) 完善非法处置固体废物罪、擅自进口固体废物罪的构成要件	196
(七) 增设噪声污染罪	196
(八) 增设抗拒环境保护整改罪	197
八、贪污贿赂犯罪的立法完善	198
(一) 关于贿赂犯罪的对象范围	198
(二) 贪污贿赂犯罪的犯罪数额	203
(三) 受贿罪中“为他人谋取利益”的修改	208
(四) 取消行贿罪中的“为谋取不正当利益”要件	211
(五) 对行贿人员的处罚	213
(六) 关于贪污贿赂犯罪的刑罚完善	216
(七) 关于增设贿赂犯罪的救济措施	220
九、渎职罪的立法完善	220
(一) 现行渎职罪的立法缺陷	220
(二) 渎职罪的立法完善建议	227
十、泄露国家秘密犯罪的立法完善	230
(一) 泄露国家秘密犯罪的相关争议及评析	230
(二) 现行立法引发泄露国家秘密犯罪罪名和犯罪主体的争议	233
(三) 泄露国家秘密犯罪的主观方面存在的立法缺陷	234
(四) 泄露国家秘密犯罪的法定刑存在的缺陷	235
(五) 泄露国家秘密犯罪的立法完善	237
(六) 具体条文设计	239
后 记	241

引言

刑法一经制定，就成为相对静止的法律规范，但由于社会是不断变化的，社会的变化必然要求作为调整社会关系的法律作相应的变更，刑法也必须因时而修改。综观各国，刑法莫不是在保持相对稳定的情况下，适时进行修改。例如，德国于1871年5月15日颁布德意志帝国刑法典后，刑法的修改一直在进行，其表现形式为犯罪化、非犯罪化和刑罚的调整。^①日本现行刑法典于1907年颁布，自1908年10月1日起施行。在将近一个世纪的时间里，日本刑法典共修改了19次。^②意大利统一后，于1889年颁布了第一部刑法典，第二部刑法典即“罗科法典”于1931年7月1日起生效，其效力一直保持至今。第二次世界大战之后，意大利又通过一系列的法律废除了死刑；宣布公民对公务员的擅权行为的合法反应不构成犯罪；降低了对一些犯罪的处罚幅度并进一步限制了对数罪并罚的处罚尺度；修改了有关假释、缓刑和累犯的制度，使之更有利于被判刑人；等等。^③上述国家刑法典的修改表明，即使再高明的立法者，也不可能制定一部永远不需要修改的刑法典。

如上所述，其他国家刑法修改的实践表明了刑法修改的必要性，我国刑法的立法实践同样表明了这一点。我国第一部刑法典即《中华人民共和国刑法》于1979年7月1日由第五届全国人民代表大会第二次会议通过、自1980年1月1日起施行。此后，全国人大常委会又相继颁行了《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》、《关于死刑案件核准问题的决定》、《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》、《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》、《关于严惩危害社会治安的犯罪分子的决定》、《关于对中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》、《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》、《关于惩治走私罪的补充规定》、《关于惩治泄露国家秘密犯罪的补充规定》、

① 参见张旭：《社会演进与刑法修改》，载《法制与社会发展》2003年第2期。

② 参见张明楷：《日本刑法的发展及启示》，载《当代法学》2006年第1期。

③ 参见黄风译注：《最新意大利刑法典》，法律出版社2007年版，第2页。

《关于惩治捕杀国家重点保护的珍贵、濒危野生动物犯罪的补充规定》、《关于惩治侮辱中华人民共和国国旗国徽罪的决定》、《关于惩治走私、制作、贩卖、传播淫秽物品的犯罪分子的决定》、《关于禁毒的决定》、《关于盗掘古文化遗址古墓葬犯罪的补充规定》、《关于严惩拐卖妇女、儿童的犯罪分子的决定》、《关于严禁卖淫嫖娼的决定》、《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》、《关于严惩劫持航空器犯罪分子的决定》、《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》、《关于惩治、销售伪劣商品犯罪的决定》、《关于严惩组织、运送他人偷越国（边）境犯罪的补充规定》、《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》、《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》、《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》、《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》25部单行刑法，这些单行刑法对1979年刑法典给予了补充和完善。

虽然在1979年刑法典施行后，一系列单行刑法的出台使刑法立法得到了相当程度的完善，但刑法在形式上没有得到统一，在内容上仍然没能使所有的刑法漏洞得到弥补，基于对一部统一、完备、垂范久远的刑法典的追求，1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议对1979年刑法典进行了全面的修订，除将上述单行刑法的内容纳入到新的刑法典之外，还将“反革命罪”更名为“危害国家安全罪”，同时增加了大量的其他内容，从而形成了一部条文达452条之多的1997年刑法典。尽管如此，国家立法机关修改刑法的活动并未就此止步，而是在1997年刑法典施行后又相继出台了一部单行刑法和8个刑法修正案，即《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》和《刑法修正案（一）》至《刑法修正案（八）》，这八个刑法修正案对1997年刑法典的相关规定进行了补充和修改。

尽管我国的刑法经过多次的修改，刑法的规定越来越完善，但并不意味着刑法的修改可以就此止步，现行刑法仍有进一步修改之必要。正因为如此，研究我国刑法修改问题具有重要的理论和实践意义。

修改，从字面意义上讲，是指改正的意思。^①但刑法修改里所讲的“修改”，其含义远远广于其字面含义。笔者认为，刑法修改，当然包括对刑法已有规定的修改，但决不仅仅限于此。刑法修改，是指针对现行刑法所进行的废、改、立。所谓“废”，是指废除现有刑法中不必要的规定；所谓“立”，是指增加现有刑法中没有但根据同犯罪作斗争的需要应该有的规定；所谓“改”，是指改正现有刑法中不科学的规定，使之更加完善。

^① 参见《现代汉语词典》（修订版），商务印书馆2001年版，第1416页。

上篇：刑法修改的基本问题

一、刑法修改应妥善处理的几个关系

（一）秩序维护与自由保障

社会与个人之间存在一定的联系，但是这些个人组成了社会联合体后，是否就必然意味着整体优于个体，国家优于个人，个人应当服从国家？这个问题在刑法上就体现为刑法的机能，即刑法是以维护社会秩序为重还是以保障个人自由为重。刑法立法选择以什么作为刑法的机能，将直接决定所制定的刑法对社会的干预范围和对个人自由的保护力度。因为刑法的机能是关系到刑法理论体系以及刑法解释的重要问题，“选择或偏重其中某一方面的机能的话，对建构整个犯罪论体系和进行刑法解释的看法和理解也会不同”。^①

“秩序”是指“人和事物存在和运转中具有—致性、连续性和确定性的结构、过程和模式等”^②，也就是事物存在和发展的稳定性、连续性和—致性。秩序既存在于自然界，也存在于人类社会。存在于人类社会的秩序就是社会秩序，它是指人类社会在存在、发展过程中，社会结构和社会活动的相对稳定、协调的状态。刑法的秩序维护机能是指刑法所具有的通过对社会成员进行命令或者禁止，以及对犯罪人实施刑罚处罚，以预防犯罪，保护个人利益、社会利益、国家利益，维护社会秩序的积极作用。

刑法通过对不同利益的保护来维护社会秩序。维护社会秩序是包括刑法在内的一切法律的目标。“与法律永远相伴随的基本价值，便是社会秩序……社会秩序要靠—整套普遍性的法律规则来建立。”^③ 刑法因其严厉性，在维护社

① 黎宏：《刑法的机能和我国刑法的任务》，载《现代法学》2003年第4期。

② 卓泽渊：《法的价值论》，法律出版社1999年版，第177页。

③ [英]彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，中国人民公安大学出版社1990年版，第38页。

会秩序方面所发挥的作用是其他任何法律都无法取代的。刑法维护社会秩序机能的发挥需要通过利益保护机能和预防犯罪机能体现出来。根据利益主体的不同,利益可以分为国家利益、社会利益和个人利益,刑法对利益的保护也体现为对这三种利益的保护。首先,刑法充分保护国家的利益。刑法所保护的国家利益是指国家为该利益的直接享有者的利益。国家主权、领土完整和安全、外交、国家的权威、国家的政权与职能、国有财产等,构成国家利益的内容。对国家利益的保护是刑法利益保护机能的首要内容,因为法律是统治阶级以国家的名义制定和颁布实施的,国家的利益实质上就是统治阶级的利益在法律上的表述。因此,任何对国家利益的危害实质上就是对统治阶级利益的侵害。对统治阶级利益的侵害危及统治的基础,因而,这种行为最不能为统治阶级所容忍,因而被认为具有最大的社会危害性。其次,刑法保护社会利益。社会利益是指社会作为法律关系主体所拥有的利益。现代社会中,存在既不属于国家利益又不属于个人利益的公共利益,随着社会在建构秩序中作用日益重要,社会利益也越来越重要,内容越来越丰富。社会利益包括社会公共安全与安宁、公共信任、公众健康、公众福利、公众善良风俗、自然资源与环境。^① 对这种利益的侵犯,既可能危及个人利益,也可能对国家统治的基础造成危害。例如,在我国,卖淫行为本身虽然不是犯罪行为,但是组织卖淫则是犯罪,因为它侵犯了“我国良好的社会主义的社会风尚”。^② 组织行为有可能采取强迫的方式,因而对有关人员的权益造成侵害;如果放任这种行为的存在,既有损我国的声誉,又因为这类行为还是其他犯罪的诱因,必然会侵害国家的肌体。再次,刑法注重对个人利益的保护。在人类历史的任何时期,个人都是组成社会的基础和前提。满足个人最基本的需求是社会发展的前提条件。个人利益中,最基本的是生命权、人身自由权、财产权等基本权利。在现代社会,任何对他生命的非法剥夺都是严重的犯罪行为。刑法对个人利益的保护机能既可以通过刑法的规范作用,也可以通过惩罚犯罪的方式体现出来。刑法通过规定什么行为是犯罪,以及犯罪将要承担的后果,给人们的行为以明确的指引,使人们不实施侵害他人合法权益的危害行为以满足其私欲;同时,对已然犯罪行为,依法予以及时惩处,既让犯罪人因实施犯罪行为而承担必要的后果,使他认识到犯罪是要受到法律制裁的,同时也使社会上的不稳定分子因慑于刑罚的

① 参见曲新久:《论社会秩序的刑法保护与控制》,载《政法论坛》1998年第4期。

② 王作富主编:《刑法分则实务研究》(第二版),中国方正出版社2003年版,第1816页。

制裁而不敢犯罪。

刑法的自由保障机能，又称人权保障机能，是指刑法所具有的通过明确规定只有什么行为才是犯罪，以限制国家刑罚权的发动，保障普通公民的自由，同时也保障犯罪人自由。^①由此可见，刑法的自由保障机能包括两个方面的内容：对普通公民自由的保护和对犯罪人自由的保障。刑法对普通公民自由的保护是通过确立罪刑法定原则来实现的。罪刑法定原则要求对什么行为是犯罪要明确规定在刑法中。这一规定有利于防止对公民滥加罪名、滥施刑罚，罪刑法定原则禁止类推，禁止不利于被告的溯及既往，禁止绝对不确定的法定刑，对什么行为是犯罪以及各种犯罪的具体法定刑都应由刑法明确规定。所有这些，都是为了保证人们有一个明确的行为准则。作为社会组成部分的每个人都天生享有财产、自由、生命权，这些是基本的人权，而刑罚则是以剥夺这些权利为内容的惩罚方法，所以有人称刑罚也是一种“恶害”。这种恶害只有用之适当才能发挥其积极效能，反之则可能导致对公民权利的伤害。所以，对刑罚的发动必须有一定的限制，而不能随心所欲。这也是罪刑法定原则的应有之义。刑法的自由保障机能的另一个更受到人们重视的方面则是指刑法应当保障被告人的合法权益。由于刑罚作用的对象是被追究刑事责任的被告人，面对强大的国家机器，被告人则处于明显的弱势地位；加之刑罚对被告人惩戒的现实感受性被人们所直接感知，因而发挥刑法在保障被告人合法权益方面的作用更受到人们的重视。刑法的这一机能主要是通过罪刑法定原则和罪责刑相适应原则体现出来的。犯罪是对法益的侵害，具有社会危害性，对犯罪人予以刑罚处罚是犯罪的主要后果，但是对犯罪人给予什么样的刑罚不是随心所欲的，要受到罪刑法定原则和罪责刑相适应原则的限制。这两项原则都既是刑事立法的原则，也是刑事司法的原则。作为刑事立法的原则，罪刑法定原则要求对什么行为是犯罪以及各种犯罪的法定刑作出明文的规定，防止对犯罪人的错误追究、法外施刑。罪刑均衡原则在立法上的体现则是要求对各种具体犯罪行为的法定刑必须与该行为的社会危害性相适应，防止轻罪重罚、重罪轻罚的不均衡现象。

若不对刑法实施必要的限制，则有自我扩张的危险。与其他公法一样，刑法也有自我扩张的倾向。刑法的扩张必然会对公民的权利予以限制。刑法是以限制、剥夺权利作为其赖以实施的保障，刑罚的实施过程就是对权利的限制、剥夺过程。剥夺政治权利是对公民选举权、被选举权等政治权利的剥夺，罚

^① 参见赵秉志：《略论刑法的机能》，载《北京联合大学学报》（人文社会科学版）2006年第2期。

金、没收财产则是对个人财产的无偿剥夺，管制、拘役、徒刑是对个人人身自由的限制、剥夺，死刑则是从肉体上消灭人的生命。因此，无论是哪种刑罚方法，都是以限制或者剥夺个人的利益——财产、人身甚至是生命——作为其内容，因而，刑法领地的扩张是以个人自由空间的压缩为代价的，因此，“刑法秩序维护的机能发挥到哪里，那里的社会成员的行动自由就受到相应的限制”。^①“如果不对国家的刑罚权的行使给予必要的关注与限制，刑罚权的行使可能会以公民基本人权的非法削弱或剥夺为代价。因此，刑法除了社会保护之外，个人法益、个人的权利与自由也不能忽视。可以说，没有对公民基本人权的保障与维护，就没有近现代意义上的科学民主刑法的诞生。所以刑法也必须具有行使保护犯罪者的权利与权益，避免因国家权力的滥用而使其受害的机能，这就是刑法的权利保障机能。”^② 如何处理刑法的秩序维护机能与自由保障机能之间的关系，站在不同的立场得出的结论也是不同的。

在维护秩序与自由保障这二者中，刑法应当以何者为重？学界对此可谓争论纷纭，莫衷一是，形成了以下两种对立的观点：一是自由保障机能优先论。如有学者认为，个人自由与社会秩序之间是一种对立统一关系，我国刑法应当优先选择个人自由。刑法以个人自由为第一位，自由与秩序处于和谐之中，在对立中获得统一；以社会秩序为第一位，自由与社会秩序则会由对立发展为严重对抗，结果是两败俱伤。因此，我国刑法应当以自由保障机能优先。^③ 二是秩序保护优先论。如有学者在分析了国外关于刑法机能的理论后，认为我国刑法的首要机能是维持社会秩序，其次才是自由保障。^④ 还有学者认为，比较而言，刑法分则更为重视的是刑法的保护功能。分则的核心是确定刑法的调控范围，编织刑事法网，使犯罪分子没有逃脱惩罚的可能；同时对所规定的犯罪适用适当的刑罚，使犯罪分子受到应得的惩罚。严密刑事法网、确定应得刑罚，突出刑法分则的保护功能，体现了刑法分则最基本的价值取向。^⑤

笔者认为，刑法的秩序维护机能与自由保障机能之间虽然存在此消彼长的

① 赵秉志：《略论刑法的机能》，载《北京联合大学学报》（人文社会科学版）2006年第2期。

② 蔡道通：《罪刑法定原则确立的观念基础》，载《法学》1997年第4期。

③ 参见曲新久：《个人自由与社会秩序的对立统一以及刑法的优先选择》，载《法学研究》2000年第2期。

④ 参见黎宏：《刑法的机能和我国刑法的任务》，载《现代法学》2003年第4期。

⑤ 参见储槐植、梁根林：《论刑法典分则修订的价值取向》，载《中国法学》1997年第2期。

对立关系，但是二者之间并非是不可调和的，恰恰相反，由于二者任务不同，且都不可偏废，因此，对两种机能进行调和是必要的。对任何一种机能的过分强调，都会导致社会畸形发展的不良效果。“过分强调刑法的秩序维护机能，就会导致刑法对社会生活的介入过深过广，使社会成员的自由受到过分限制而使国家、民族丧失生机和活力，阻碍其繁荣和进步。”而“过分强调刑的自由保障机能，则不能有效遏制犯罪，可能导致社会秩序遭到破坏，社会成员的生存条件受到威胁”。^①

一般情况下，协调刑法的秩序维护机能与自由保障机能不仅是必须的，且也是可行的。从自由和秩序的关系看，首先，自由与秩序两者相互依存。序是人类实现自由目的的手段和条件。自由只有通过社会秩序或在社会秩序才能存在，而且只有当社会秩序得到健康的发展，自由才可能增长。自由则人类之所以要建立秩序的目的所在。人类社会的一切制度设置和秩序安排，终目的都是为了人类自由本性的实现。其次，自由与秩序两者相互渗透。秩总是实现了人类某种自由的秩序，而自由又总是在某种秩序中的自由。如果有秩序没有自由，社会就会停滞不前；如果只有自由没有秩序，社会就会陷混乱。因此，自由与秩序的和谐统一是人类理想生活模式的真谛所在。一个理的、运行良好的法治社会必须在自由与秩序之间形成一种张力，从而使社生活既具有稳定的秩序，又具有足够的自由空间。刑法分则中关于罪状的规最能体现刑法对两种机能的协调。从自由保障机能出发，要求罪刑法定，从要求刑法分则对罪状的描述应尽可能详尽，防止因罪状描述不清导致被错误追究刑事责任、侵犯公民自由的现象发生。但是，立法者不是圣人，立法经验技术上的不足难免；而且刑法一旦制定，必须保持一定的稳定性，而社会是动发展的，因此刑法的滞后性难免。为了协调保障自由与维护社会秩序之间关系，刑法在对罪状作出明确规定后，往往还有一些兜底的、内容相对宽泛规定。如《刑法》第195条关于信用证诈骗罪的规定。该条规定：“有下列形之一，进行信用证诈骗活动的，处……（一）使用伪造、变造的信用证者附随的单据、文件的；（二）使用作废的信用证的；（三）骗取信用证的（四）以其他方法进行信用证诈骗活动的。”

当秩序维护机能与自由保障机能发生冲突且难以两全时应当如何取舍？如前所述，对此我国有学者认为，“确立刑法的权利保障机能的优先地位就是立

^① 赵秉志：《略论刑法的机能》，载《北京联合大学学报》（人文社会科学版）2006年第2期。

法者的理性选择和公民正当的权利要求”。^① 对这种观点，正如赵秉志教授所分析，恐怕是对如何妥善协调两种机能的误解。因为刑法这两种机能的冲突在任何情况下都是具体的并且难以两全的。因为法益保护和人权保障总是处于一种二律背反的关系，并非在任何情况下都要让刑法的自由保障机能优先，而是要看所保障的权利是否合理，以及我们如何认识这种权利的合理性。例如，从发挥刑法的秩序维护机能角度而言，需要保留并且适用死刑；从发挥刑法的自由保障机能角度而言，我国需要废除和不适用死刑。不可能既保留死刑又废除死刑。因而在死刑存废问题上，秩序维护机能与自由保障机能的冲突就是不可避免、难以两全的。对哪一种犯罪废止了死刑，意味着在这一领域刑法的秩序维护机能让位于自由保障机能；对哪一种犯罪保留了死刑，则表明在这一领域自由保障机能让位于秩序维护机能。如果按上述观点，让刑法的自由保障机能一概优先，就意味着我国必须现在就完全废除死刑，这显然是暂时无法让人接受的。显然，在不同的时代背景之下，对两种机能的冲突，解决的方式和处理的结果可能是不同的。我们只能说随着社会的进步，文明的发展，人类将会越来越重视发挥刑法的自由保障机能；只能说在市场经济的条件下，应当将刑法的自由保障机能置于重要位置；只能说从目前我国刑事立法和刑事司法状况看，重视发挥刑法的自由保障机能是十分必要和紧迫的。但决不能说当两种机能发生冲突且难以两全时，必须一概让刑法的自由保障机能优先。那种认为罪刑法定原则的确立意味着刑法的自由保障机能优先的观点，实际上是对罪刑法定原则的片面理解。虽然“罪刑法定主义乃系以限制国家刑罚之行使为主要目的，而以保障个人自由为最高目标”，但这一原则仅仅表明不以刑法的明文规定为根据来惩罚犯罪人是不能容忍的，以及在是否可以法外施罚以维护秩序的问题上，刑法的秩序维护机能让位给了自由保障机能；而不能将其意义扩展到整个刑法，进而认为刑法是优先考虑自由保障机能的。^② 我们认为，解决刑法二机能在具体状态下的冲突，不能一概以某一机能让位于另一机能为标准，而应该具体分析。这种观点既符合具体问题具体分析的原则，也符合我国的客观实际，无疑是正确的。

① 蔡道通、黄东平：《刑法的权利保障机能优先——罪刑法定原则确立的必然性分析》，载《中央政法管理干部学院学报》1995年第3期。

② 参见赵秉志：《略论刑法的机能》，载《北京联合大学学报》（人文社会科学版）2006年第2期。

（二）超前立法与经验立法

从认识论的角度，立法途径有超前立法与经验立法之分，对刑事立法的观念选择在理论上历来也存在这种争论。当前完善我国刑事立法应当走超前立法之路还是走经验立法之路，这是立法机关在立法时首先要解决的问题。对这一问题的认识，不纯粹是立法观念上的问题，反映到刑事立法活动中将涉及犯罪圈的范围、法定刑的配置等这些直接关系到社会主体利益的诸多问题。

关于超前立法与经验立法之争论，其实质是立法者对法的本质的不同认识。在主张经验立法者看来，法是人类经验的系统化和条理化，是人类实践了的经验的表述，而不是人类理性的建构。在西方法学界，对法的本质的争论由来已久，历史法学派的杰出代表萨维尼认为：“法律只能是土生土长和几乎是盲目地发展，不能通过正式理性的立法手段来创造。”^① 美国著名法学家、现代实用主义法学的创始人霍姆斯在其名著《普通法》的卷首即指出：“法律的生命不是逻辑，而是经验。”^② 在将法律视为非理性的经验的法学家看来，法律不能被创造，而只能够经过实践后被表述，即法律是被表述的实践经验，而不是被创造的人类理性。

立法观念的选择受立法者主观认识和立法当时的社会客观现实的影响。以经验立法为例。经验立法除了受到立法者对法的本质的认识影响外，还受立法时的社会现实状况的制约。1979年刑法在通过时，我国刚刚经历“文化大革命”，百废待兴，改革开放刚刚开始，这些客观实际也影响到刑法立法者的观念选择。如在刑法起草过程中，有人提出有关环境污染、侵犯发明权和著作权等问题，但是认为情况复杂，当时很难用刑法解决，因而最终并未规定入刑法典，而是打算待经验成熟后再考虑补充到刑法中。^③ 这明显地反映了立法者经验立法的思想痕迹。

现行刑法较1979年刑法要完备得多，但是在超前立法方面仍显不足。在1979年刑法实施过程中，学者们发现刑法严重滞后于社会生活，遂纷纷对经

① 转引自何勤华：《西方法学史（第二版）》，中国政法大学出版社2000年版，第203～204页。

② [美] 霍姆斯：《普通法》，转引自何勤华：《西方法学史（第二版）》，中国政法大学出版社2000年版，第385页。

③ 参见高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，法律出版社1981年版，第20页。

验立法提出反思,主张超前立法,认为刑事立法不但要强调实践性,而且要有超前性。^①经过近二十年的改革开放,我国经济社会发生了深刻的变革,1997年修订刑法时,对1979年刑法典129个罪名进行整合后保留了116个,对单行刑法、附属刑法增加的罪名有选择地保留了132个,仅将拐卖妇女、儿童和绑架妇女、儿童行为合并为拐卖妇女、儿童罪;同时针对新情况新设了164个罪名,如计算机犯罪、金融诈骗罪等。与1979年刑法相比,1997年刑法是在1979年刑法典的基础上,结合已经变化了的社会现状,并对未来一定时期的社会关系作出预测后予以修订的,立法质量大大提高。但是,仅在1997年刑法实施一年两个月后,1998年12月全国人大常委会颁布了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》的单行刑法,其后又有多次修改。这一现状,有人将其归结为是社会变动不居所致。社会变动固然是客观事实。但是,如果将其完全归结为社会变动因素则未必完全符合客观事实。我们认为这与在刑事立法领域所奉行的经验立法观念不无关系。对我国刑法的多次修订,有学者将其客观原因归结为以下几个方面:首先是社会的转型与迅速发展使新的犯罪现象不断出现。如针对近年来一些公司、企业以隐匿财产、承担虚构的债务、非法转移和分配财产等方式,造成不能清偿到期债务或者资不抵债的假象,申请进入破产程序,以达到假破产真逃债的目的这类行为,在刑法中增设新的条款就非常必要,因此《刑法修正案(六)》顺应这一要求,增设了虚假破产罪。其次是立法本身存在不足之处。如1997年刑法修订时只规定了证券犯罪,却没有规定期货犯罪,致使1999年通过修正案来弥补。再次是全球化的挑战和影响。最后是成文法的局限。^②立法本身存在不足,除了立法技术上的原因外,还与立法者选择的立法途径有关。1997年刑法中增加了有关惩治证券犯罪的规定,在刑法中对证券犯罪作了规定。但“考虑到当时我国期货交易市场还处在探索、初创阶段,国家的相关政策还不很明确,尚未制定有关期货交易管理的行政法规,对期货犯罪难以准确界定,因此,在修订的刑法中没有规定期货方面的犯罪”。^③由此可见,在我国刑法修订过程中,经验立法尚存。

① 参见应后俊:《修改刑法宏观问题的几点建议》,载《法律学习与研究》1989年第3期。

② 参见刘仁文:《转型社会刑事立法应理性节制》,载《检察日报》第3839期。

③ 黄太云:《立法解读:刑法修正案及刑法立法解释》,人民法院出版社2006年版,第13页。