

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 32

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

本卷要目

刑法修改完善专栏

【赵秉志 阴建峰等】

中国刑法的修改完善论纲

中国刑法

【张远煌 徐苗】

揭开民意与死刑关系的面纱

——从民意的实质看影响死刑控制进程的症结所在

外国刑法

【杨诚】

加拿大刑事冤案研究：教训与改革

比较刑法

【关振海】

中外行政犯罪与行政违法行为界分模式述评

国际刑法

【史立梅】

从让-皮埃尔·本巴案看国际刑事法院的

审前羁押与释放制度

区际刑法

【许福生】

台湾地区社区处遇制度之探讨

犯罪学

【伊恩·罗德】

犯罪学和刑事司法改革：以英国为例



2012年第4卷

第32卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 32

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主编

■ 阴建峰 / 副主编

■ 张磊 黄晓亮 袁彬 / 专业编辑

■ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 2012 年. 第 4 卷: 总第 32 卷 / 赵秉志主
编. —北京: 法律出版社, 2012. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4380 - 7

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—文集 IV.
①D914. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 294392 号

刑法论丛(2012 年第 4 卷)
(总第 32 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 17 字数 531 千

版本 2013 年 1 月第 1 版

印次 2013 年 1 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 4380 - 7

定价: 40.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【刑法修改完善专栏】

- 1 中国刑法的修改完善论纲 赵秉志 阴建峰等
51 论诽谤罪的滥用及其免责条款的增设
..... 黄华生 胡 勇
70 巨额财产来源不明罪的现实境遇及其完善 ... 陈 伟

【中国刑法】

- 86 哲学思潮中的犯罪社会危害性流变及其考察方法
..... 石聚航
123 罪刑法定的司法实现
——以刑法解释的正当性为中心 叶良芳
148 揭开民意与死刑关系的面纱
——从民意的实质看影响死刑控制进程的症结所在
..... 张远煌 徐 苗
168 论处罚轻重比较的方法与意义
——以准确定罪为视角 茹士春
185 论违法所得没收的实体法原则 张胜全

203	刑法规范明确性之例证 ——从第65条表述缺陷及时间要素之展开切入 熊建明
232	公诉案件和解制度面临的问题及其解决 孙春雨
254	民生刑法初论 车明珠
271	关于危险驾驶罪之罪刑规定的立法技术反思 付晓雅
286	论医生过失移植来源非法的器官的行为定性 袁 彬 刘 杰
303	运输毒品罪立法与司法问题研究 李永升
	【外国刑法】
336	加拿大刑事冤案研究:教训与改革..... 杨 诚
352	美国网络赌博刑事政策之争及其启示 庄 劲 汤蕴诗
	【比较刑法】
375	中外行政犯罪与行政违法行为界分模式述评 关振海
	【国际刑法】
392	从让一皮埃尔·本巴案看国际刑事法院的审前羁押 与释放制度 史立梅
	【区际刑法】
417	台湾地区社区处遇制度之探讨 许福生
	【犯罪学与刑事政策】
477	犯罪学和刑事司法改革:以英国为例 [英]伊恩·罗德著 连宏萍 印波译
507	全球化视野下的有组织犯罪概念再思考 谢 焱
522	等级社会与职务犯罪 ——关于犯罪与犯罪治理行为的嵌入性分析 ... 高 玥

CONTENTS

[Special Column for the modification of Chinese criminal law]	
The Modification and Perfection of Chinese Criminal Law	
..... Zhao Bingzhi & Yin Jianfeng etc.	1
On Adding Exemption Clause of Crime of Libel to Prevent Abuse	
of Libel Provision Huang Huasheng & Hu Yong	51
On the Legislation Deficiency and Rectification to the Crime of	
Holding Substantive Property with Unidentified Sources	Chen Wei 70
[Chinese Criminal Law]	
The Evolution and Inspection Methods of Social Harmfulness	
of Crime under the Philosophical Thoughts	Shi Juhang 86
On the Judicial Realization of the Principle of Legality	
—Focus on the Legitimacy of Criminal Interpretation	
..... Ye Liangfang	123
Reveal the Veil between the Public Opinion and the Death Penalty	
—Through the Substance of the Public Opinion to Probe into	
the Crux of the Death Penalty Control Process	
..... Zhang Yuanhuang & Xu Miao	148
Comparison of Methods of Punishment Severity and Significance	
..... Ru Shichun	168
On Substantive Law Principles of Illegal Income Confiscation	
..... Zhang Shengquan	185
The Example of Imperfect Clarity of the Criminal Norms in the	

Criminal Code	
—Based on Expressional Defects and Time Elements of Article 65.1	
..... Xiong Jianming	203
The Problems of Criminal Reconciliation in the Public Prosecution	
Cases and those Solutions	Sun Chunyu 232
On the People's Livelihood Criminal Law	Che Mingzhu 254
The Review on Legislative Technology of the Crime and Punishment	
Provisions about the Crime of Dangerous Driving	Fu Xiaoya 271
The Nature of Act that Doctor Negligently Transplant	
Organs which Origin Illegally	Yuan Bin & Liu Jie 286
Research of Legislation and Judicial Question of the	
Transportation Narcotics Crime	Li Yongsheng 303
[Foreign Criminal Law]	
Wrongful Conviction Studies in Canada; Lessons and Reforms	
..... Vincent Cheng Yang	336
Arguments and Hints; the Criminal Policy of the Internet	
Gambling in USA	Zhuang Jin & Tang Yunshi 352
[Comparative Criminal Law]	
Review on Distinction Model of Administrative Offense from	
Administrative Illegal Behavior Between China and Foreign	
Countries	Guan Zhenhai 375
[International Criminal Law]	
On Pretrial Release and Detention System of the ICC	
—Based on the Case of Jean – Pierre Bemba Gombo	
..... Shi Limei	392
[Interregional Criminal Law]	
The Study of Community Treatment in Taiwan ...	Hsu Fu – Seng 417
[Criminology and Criminal Policy]	
Criminology and Criminal Justice Reform; The Case of the UK	

Authored by Ian Loader, Translated by Lian Hongping, Yin Bo	477
On the Concepts of Organized Crime under the Background	
of Globalization	Xie Yan 507
Grade Society and Crimes by taking advantage of Duty	
.....	Gao Yue 522

〔刑法修改完善专栏〕

中国刑法的修改完善论纲

赵秉志 阴建峰等*

目 次

一、前 言

二、刑法修改完善的一般问题

（一）刑法修改完善的模式问题

（二）刑法结构的修改完善问题

（三）罪名的法定化问题

三、刑法定总则的修改完善

（一）犯罪主体的修改完善

（二）死刑制度的修改完善

* 本文系中国法学会委托研究项目“刑法修改完善研究”之结项报告。作者分别系赵秉志,北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、法学博士、博士生导师,中国刑法学研究会会长;阴建峰,北京师范大学刑事法律科学研究院院长助理暨中国刑法研究所副所长、教授、法学博士、博士生导师,中国刑法学研究会理事暨副秘书长;袁彬,北京师范大学刑事法律科学研究院中国刑法研究所副所长、副教授、法学博士,中国刑法学研究会副秘书长;黄晓亮,北京师范大学刑事法律科学研究院中国刑法研究所副所长、副教授、法学博士,中国刑法学研究会副秘书长;刘科,北京师范大学刑事法律科学研究院副教授,法学博士;张磊,北京师范大学刑事法律科学研究院副教授,法学博士;李山河,北京师范大学刑事法律科学研究院讲师,法学博士;杜邈,北京市人民检察院第二分院检察官,法学博士、博士后;张伟珂,北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生。

(三) 刑罚制度的修改完善

四、刑法典分则的修改完善

(一) 恐怖活动犯罪的修改完善

(二) 交通安全犯罪的修改完善

(三) 伪劣商品犯罪的修改完善

(四) 侵犯知识产权犯罪的修改完善

(五) 妨害司法犯罪的修改完善

(六) 环境犯罪的修改完善

(七) 贪污贿赂犯罪的修改完善

(八) 增设国际犯罪

五、结 语

一、前 言

《刑法修正案(八)》是我国自1997年全面修订刑法典以来进行的规模最大也是最为重要的一次刑法修正,其修法理念先进、内容丰富、特色鲜明、亮点纷呈,对于我国刑事法治的发展可谓意义重大而深远。不过,这并不意味着我国刑法立法改革之路可以就此终结,而是在新的社会发展时期和更高的法治水准上开拓了刑法立法进一步改革之前景,同时也提出了新的、更大力度的刑法修改完善任务。

事实上,面对纷繁芜杂、变化万千的社会生活,刑法立法并非无所不包、无所不能。尤其是在社会转型时期,各种新情况、新问题层出不穷,无论立法者多么具有前瞻性,刑法立法多么超前,在复杂多端的社会现实面前,总会显得捉襟见肘,法律缺漏在所难免。因此,刑法立法的科学性总是相对的,刑法立法的科学和完善也必然是一个不断演进的过程。当下,为了适应社会转型与发展的需要,呼应基本刑事政策的调整,弥补刑法的缺陷与不足,最大化地发挥刑法的积极功效,我们仍需以发展的眼光和时代进步的要求审视现行刑法规范,不断促进刑法立法的继续改革和完善。也唯有与时俱进,刑法立法才能为刑事法治

进步和社会发展提供科学有力的法律基础。^①

进言之,中国现阶段的刑法改革与完善应本着“维护社会和谐,贯彻宽严相济,促进刑法科学、进步”之发展目标,正确看待、科学平衡和艺术地处理立法活动中所面对的一系列重大关系。例如,在立法观念选择上,应摒弃经验立法,秉持适度的立法超前性;在刑法机能方面,应协调刑法的秩序维护机能与自由保障机能,合理处理两者之间的冲突;在刑法的立法根据上,应立足于本国的司法实践经验,并充分参酌刑法发展的世界性潮流,合理吸取他国立法的有益经验;在立法调控范围上,应以我国社会的实际需要为基准,在坚持适度犯罪化的同时,可对某些不合时宜的轻微犯罪适时非犯罪化;在刑罚的配置上,应本着罪刑均衡的原则,力求实现轻重适当、宽严相济,既要防止重刑化,又要防止轻刑化。此外,在立法技术层面,也应处理好立法简明与立法细密的关系,最大限度地实现法典的体系结构科学、布局合理,法条内容充实、逻辑清晰、排列科学,法条之间尤其是罪名之间界限分明,法条用语正确、准确和明确。^②

诚然,对现行1997年刑法典集中而系统、全面的修改尚未提上立法工作的日程。但是,根据我国经济、社会、文化的发展情况以及社会治安、犯罪状况等因素的变化,积极探寻、总结和遵循同犯罪作斗争的客观规律,持续推进刑法立法的科学性、合理性和务实性,实乃刑法学者的当然使命与责任。况且,我国立法工作机关已经开始就刑法立法的进一步完善征求学界意见。有鉴于此,我们试图对现行刑法立法进行较全面、系统、深入的梳理、分析和归纳,并从一般问题、刑法典总则问题和刑法典分则问题三个方面对刑法的修改与完善提出若干建议,以期促使刑法立法更加科学、完备,并对社会发展具有更长久的适应性。

① 参见赵秉志、王俊平:“改革开放三十年的我国刑法立法”,载《河北法学》2008年第11期。

② 参见赵秉志:“积极促进刑法立法的改革与完善——纪念97刑法典颁行10周年感言”,载《法学》2007年第9期。

二、刑法修改完善的一般问题

刑法修改完善的模式、刑法结构的修改完善和罪名的法定化是当前我国刑法修改完善亟须解决的三大难题,应当在刑法立法工作中加以重点考虑。

(一) 刑法修改完善的模式问题

1. 修法建议

针对当前我国刑法典和单行刑法并存的立法格局,建议我国刑法修改彻底地贯彻法典化的模式,通过全面修订刑法典或者制定新的刑法修正案的方式适时将全国人大常委会1998年12月29日通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》纳入刑法典。

2. 修法理由

第一,刑法法典化契合了我国社会发展的现实需要,具有显著的社会和法治价值:(1)刑法典通过自身体系的完善能够容纳各种新型犯罪,以适应社会发展的需要。(2)我国十多年来的修法经验表明,除了全面修订刑法典,刑法修正案能够根据修法幅度的大小调整修法程序,合理应对犯罪态势迅速变化的需要。(3)刑法保护范围的全面性决定了单行刑法和附属刑法功能的有限性。一体化或综合化的单行刑法、附属刑法,其作用多是形式意义上的,将其刑法规范集中到刑法典中并不会影响其功能的发挥。(4)刑法典的统一性能够充分适应刑事政策变化的需要,既能满足基本刑事政策变化对刑法立法的要求,也能满足具体刑事政策变迁对刑法立法的要求,充分实现刑法典的社会价值。

第二,全国人大常委会1998年12月29日通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》与我国刑法法典化的道路不相符合,应将其尽早纳入刑法典:(1)该决定是一部单行刑法,是刑法典之外的立法,具有独立性。这使得我国刑法在客观上形成了一个刑法典与单行刑法并存的格局,破坏了刑法典对社会生活调整的完整性,

与刑法体系的完整性要求不符。(2)该决定除了明确规定非法买卖外汇等行为的刑法适用外,还增设了一个独立的罪名——骗购外汇罪,因而难以将其直接纳入刑法典的现有条文,影响了我国刑法体系的统一性。^①

(二)刑法结构的修改完善问题

1. 应将“刑法的适用范围”独立成章

(1) 修法建议

建议将刑法典总则第一章“刑法的任务、基本原则和适用范围”中的“刑法的适用范围”独立成章。

(2) 修法理由

第一,刑法的适用范围涉及的是刑法的效力范围及其管辖权,是一类独立的问题,应当独立成章。

第二,在现行刑法典的“刑法的任务、基本原则和适用范围”一章中,刑法的适用范围占到了该章12条中的7条之多,从条文的数量上看,已经具备了独立成章的条件。

第三,将刑法的适用范围独立成章便于进一步调整、充实刑法适用范围的内容,如可以将现行刑法典第90条关于民族自治地方制定对刑法的变通或者补充规定的条文以及第101条关于刑法典总则应适用于其他刑法规范的条文调整纳入刑法的适用范围一章,同时增加有关国际犯罪暨中国区际犯罪刑事管辖权的规定。这样既能保证刑法适用范围独立成章的内容充实,又能保持章内的合理平衡;反之,如果将这些内容都纳入现行刑法典总则第一章中,将导致该章内有关刑法适用范围的条文过多,很不协调。^②

^① 参见赵秉志、袁彬:“建议将惩治外汇犯罪决定纳入刑法典”,载《法制日报》2012年2月22日。

^② 参见赵秉志:“当代中国刑法体系的形成与完善”,载《河南大学学报》(社会科学版)2010年第6期。

2. 增设“罪数”专节

(1) 修法建议

建议在刑法典总则第二章“犯罪”中增设“罪数”专节。

(2) 修法理由

第一,虽然我国刑法典分则对具体犯罪的罪数问题偶有涉及,但缺乏刑法典总则的规定,造成了实践中对罪数处理的不统一、不协调,影响了刑事司法的权威性。

第二,罪数问题既是我国刑法理论研究中的疑难问题,也是中国刑事司法适用中会经常碰到的难题,将罪数问题立法化并且专节化,有利于刑事司法的统一。

第三,罪数问题归根结底是一个定罪问题,属于犯罪论的范畴,将其置于“总则”第二章“犯罪”中作为一节,比较合适。^①

3. 增设“特殊群体犯罪的刑事责任”专章

(1) 修法建议

建议我国在刑法典总则中设立“特殊群体的刑事责任”专章。

(2) 修法理由

第一,我国刑法典和《刑法修正案(八)》对特殊群体犯罪的刑事责任采取的是分散式立法模式,这显然不利于构建一个科学、完善的特殊群体从宽制度。设立“特殊群体的刑事责任”专章可以将我国刑法典中关于未成年人、老年人犯罪从宽的分散规定集中在专门的一章中,有利于保证我国刑法结构的完整。

第二,设立“特殊群体的刑事责任”专章,有助于通过刑法典的地位保证特殊群体从宽制度的权威性,并有利于相关刑法规范的宣传。

第三,设立“特殊群体的刑事责任”专章,通过集中规定未成年人、老年人、新生儿母亲、孕妇等特殊群体的从宽制度,便于刑法相关条文

^① 参见赵秉志:“当代中国刑法体系的形成与完善”,载《河南大学学报》(社会科学版)2010年第6期。

之间的对照、比较,从而有利于我国特殊群体从宽制度的进一步完善。^①

4. 应将“正当行为”独立成章

(1) 修法建议

建议在现行刑法典总则中增设“正当行为”专章。

(2) 修法理由

第一,包含正当防卫和紧急避险在内的一切正当行为,并非犯罪行为或应当追究刑事责任的行为,而是排除、阻却犯罪性的行为。现行刑法典将正当防卫和紧急避险行为归入“犯罪”一章的“犯罪和刑事责任”一节,缺乏内在的逻辑性和科学性。^②

第二,无论是在中国刑事司法的实践中还是在许多国家和地区的刑法中,正当行为都不仅限于正当防卫和紧急避险两种行为,还包括了正当业务等行为。将正当行为专章化,有利于进一步充实、完善中国刑法体系中的正当行为内容,如可以考虑将正当业务行为、执行命令行为等纳入正当行为一章。^③

5. 增设“保安处分”专章

(1) 修法建议

建议在刑法典总则中增设“保安处分”专章。

(2) 修法理由

第一,我国刑法典中只有一些关于保安处分的零散规定,如刑法典第17条第4款关于未成年人管教、第37条关于非刑罚处罚方法和第64条关于没收违禁品和犯罪物品的规定,立法的数量少而分散,在整个刑法中的地位很不突出,容易被忽视。^④在刑法典中设立保安处分

① 参见赵秉志、袁彬:“论特殊群体从宽制度的完善——以《中华人民共和国刑法修正案(八)(草案)》为视角”,载《法学杂志》2010年第12期。

② 参见赵秉志、赫兴旺、颜茂昆、肖中华:“中国刑法修改若干问题研究”,载《法学研究》1996年第5期。

③ 参见赵秉志:“当代中国刑法体系的形成与完善”,载《河南大学学报》(社会科学版)2010年第6期。

④ 参见高铭喧、赵秉志:《中国刑法立法之演进》,法律出版社2007年版,第158页。

专章,势必要对现行刑法典中规定的保安处分措施予以增补,形成一个较为完整的具有内在逻辑关系的体系,从而有利于提高保安处分在刑法中的地位。

第二,在刑法典中设立保安处分专章,与“刑罚”一章分列规定,使得保安处分与刑罚之间的关系更加清晰。相反,如果不设专章,而是将保安处分措施分散规定于有关刑事责任的条文之中,将使得刑罚与保安处分的关系混淆不清,不符合当今各国刑法的一般观念。

第三,在刑法典中设立保安处分专章,可以对中国的劳动教养制度进行合理的二元化处置,即一方面可以将劳动教养的部分措施纳入刑罚的范畴,另一方面可以将劳动教养的其他一些制裁措施,如强制戒毒、责令管教、对物处分等纳入保安处分的范畴,从而合理解决劳动教养制度的归属问题。^①

6. 将“危害国防利益罪”和“军人违反职责罪”合并

(1) 修法建议

建议将我国现行刑法典分则中的“危害国防利益罪”和“军人违反职责罪”合并为“危害国家军事利益罪”一章。

(2) 修法理由

我国现行刑法典将“危害国防利益罪”和“军人违反职责罪”分别成章,其中“危害国防利益罪”一章是按照同类客体进行归类,而“军人违反职责罪”一章则是按照犯罪主体进行归类。不过,从客体上看,危害国防利益罪和军人违反职责罪的同类客体都是国家军事利益,且均为长期存在的犯罪类型。^② 因此我国现行刑法典依照不同的标准将其分为两章,不仅与我国刑法典分则的整体分类标准不符,而且容易造成两章内容之间的交叉、重复,从科学的角度,应当将“危害国防利益罪”

^① 参见赵秉志:“当代中国刑法体系的形成与完善”,载《河南大学学报》(社会科学版)2010年第6期。

^② 参见赵秉志:“关于完善刑法典分则体系结构的新思考”,载《法律科学》1996年第1期。

和“军人违反职责罪”合并为“危害国家军事利益罪”一章。^①

7. 将“贪污贿赂罪”和“渎职罪”合并

(1) 修法建议

建议将我国刑法典中“贪污贿赂罪”和“渎职罪”两章合并为“职务犯罪”一章。

(2) 修法理由

为适应反腐败斗争的需要,强化对贪污贿赂罪的打击,我国现行刑法典将1979年刑法典中有关贪污贿赂犯罪的条款合并,并独立成章。^②但是,从类型上看,贪污贿赂罪与渎职罪均属于职务犯罪,都具有亵渎职务的共性,因此从体系完善的角度,在采取章节制的前提下,应当将贪污贿赂罪与渎职罪合并为职务犯罪一章,同时为了突出对贪污贿赂犯罪的惩治,可以将贪污贿赂罪与渎职罪在职务犯罪的章下分别设节。^③

8. 将环境犯罪独立成章

(1) 修法建议

建议将刑法典第六章“妨害社会管理秩序罪”中的第六节“破坏环境资源保护罪”从该章中独立出来,并将分散在刑法典各章节中有关环境犯罪的规定纳入其中,单独成立一章,章名为“危害环境罪”。

(2) 修法理由

第一,环境犯罪有自己独立的客体,而且其同类客体层级需要提

① 参见赵秉志:“当代中国刑法体系的形成与完善”,载《河南大学学报》(社会科学版)2010年第6期。

② 为适应反腐败斗争需要,强化对贪污贿赂罪的打击,中国最高立法机关曾设想制定反贪污贿赂犯罪的专门规范性文件——反贪污贿赂法,并由最高人民检察院负责起草。从制定一部统一的、比较完备的刑法典的原则出发,1997年中国刑法典修订时将1988年由中国全国人大常委会制定的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》与最高人民检察院正在起草的反贪污贿赂法合并编为新刑法典分则的一章,并增设了私分国有资产罪、私分罚没财物罪等新罪名,使贪污贿赂犯罪的罪刑规范更为丰富、缜密。参见赵秉志、肖中华:“中国刑法典的最新改革”,载《现代法学》1998年第2期。

③ 参见赵秉志:“当代中国刑法体系的形成与完善”,载《河南大学学报》(社会科学版)2010年第6期。