

献给北京大学建校

100周年

● 主 编：刘守芬
黄丁全

刑事法律
问题专题
研究

群 众 出 版 社

刑事法律问题专题研究

主编 刘守芬
黄丁全（台）

群众出版社
一九九八年·北京

13104

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法律问题专题研究/刘守芬, 黄丁全主编. —北京:
群众出版社, 1998. 4
ISBN 7-5014-1731-8

I. 刑… II. ①刘… ②黄… III. 刑法-研究-中国
IV. D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 04893 号

版式设计: 连生

**刑事法律问题专题研究
刘守芬 黄丁全 (台) 主编**

群众出版社出版、发行 新华书店经销
中国人民警官大学印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 23.75 印张 592 千字
1998 年 4 月第 1 版 1998 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 7-5014-1731-8/D · 820 定价: 39.80 元

印数: 0001—4000 册

序

杨春洗^①

1998年5月4日，开中国民主科学之先河的北京大学将迎来她的百年华诞，为庆祝这一历史性时刻的到来，北大法律系刘守芬教授与台湾中山大学黄丁全先生共同主编《刑事法律问题专题研究》一书，与诸青年学子共同努力，历经寒暑，郑重其稿，今天终于玉得其成。在本书即将付梓之际，作者约我为之作序。我素知两位主编学风严谨，而参加本书撰写的各位青年学者，又都是奋发有为之士，遂欣然应允。

通读《刑事法律问题专题研究》一书，给我的第一个观感是由中国海峡两岸的同仁共同合作著书，互相沟通，交流两岸刑事法律中的有关立法，司法，学术研究信息和成果有积极意义。第二个观感是该书所选的各个专题，均开掘较深，立论不凡，资料翔实，视野开阔，反应出了作者扎实的专业功底和深厚的理论素养。学术之要，贵在创新，本书中的各个专题，虽然大都是学术界争论已久的问

① 杨春洗，著名刑法学家，北京大学法律系教授。博士生导师，中国刑法学研究会副总干事。

题，但难能可贵的是，作者能够从新的视角洞察传统的学术领域，提出了许多新的观点、见解。在此我仅举其大略：

首先，对于刑法学中的重大理论问题，我们的年轻学者们敢于提出自己的见解，不媚俗，不避嫌，有些观点我未必赞同，但我非常欣赏年轻人的探索精神和发展学术所必须的怀疑态度。比如，新刑法废除类推制度，并在第3条规定了“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”我国刑法学界比较一致的反应是认为我国刑法终于完全确立了罪刑法定原则，并且认为这一规定在我国法制发展史中是一重要的里程碑。作者却指出，我国刑法中的罪刑法定，仅包括了罪之法定，却无涉及刑之法定，因此我国刑法中的罪刑法定不是严格意义上的罪刑法定。尽管在一般情况下，刑法规范中如果规定了罪状，则必然会规定相应的法定刑，但例外的情况也是存在的，根据新刑法第9条的规定：对于我国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，我国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权。在迄今为止我国已参加的国际公约中，有些罪行并未纳入我国刑法分则条文之中，如盗窃核材料罪和污染海洋罪，而国际条约中的罪行又无刑罚的规定。这样，我国司法机关打击上述罪行时，便找不到制定法上的刑罚依据。很显然，如果坚持认为我国新刑法第3条规定的是严格意义上的罪刑法定，则我国就无法履行国际条约中规定的打击某些国际罪行的义务。而如果承认我国刑法第3条的规定仅包括罪之法定，能否保证今后不会出现

“上述行为构成犯罪的，依据刑法的有关规定论处”之类的只有罪状的规定，却无刑罚规定的“附属刑法规范”？如果类似的规定仍将大量出现，又将会对我国法律的发展产生什么影响？作者敏锐的视觉，诱发出了一个又一个的理论难题，有待于刑法学界去深入研究。

其次，本书作者思维活跃，见解独到，提出了一些我国大陆刑法学界所未曾讨论过的问题。比如，对于过失犯罪，我国刑法学界众口一辞地认为过失犯是结果犯，犯罪人仅就过失行为所引起的危害结果承担过失责任，本书中则提出了行为人因过失行为导致合法利益处于危险状态时，需承担防止危害结果发生的义务的观点，并认为如果过失行为人明知自己的行为会发生危害后果，却不采取防止结果发生的措施时，行为人的主观心态就从过失转向了间接故意，因此而致危害发生的，行为人应负间接故意责任的观点。应当指出，这种观点与我国现行刑法的态度是否一致尚值得作进一步探讨，比如，我国刑法对交通肇事逃逸致人死亡的行为规定为交通肇事的结果犯，实际上追究的是犯罪人的过失责任（仅因后果的加重而加重刑事责任而已），还是间接故意责任，在学理上存在不同认识。但是作者提出的观点，在我看来是很值得学者们进行认真讨论的。

再次，本书作者有的来源于司法实际部门，有的办过公司，有的搞过工程，有的做过医生，他们的文章，都不是局限于纯粹的术语变换和概念推演，而是具有浓厚的实践气息。如目前我国学术界对安乐死可否合法化的讨

论，未能跳出伦理规范是否允许在实际操作中有重大危险的巢窠。而作者却凭借自己多年的从医工作中的实际观察，指出了一系列未被专家学者们列入讨论范围但又不容我们回避的问题。从而增加了安乐死必须合法化这一观点的说服力。年轻学者的见解深刻若此，作为他们的老师，我感到十分欣慰。

本书的独特之处还有不少，如侧重比较研究，尤其是海峡两岸刑事法律制度的比较研究的方法，对理论问题的宏观把握与对解决实际问题的细微探讨的并重等等，在此不一一详细列举了。总之，我认为，《刑事法律问题专题研究》一书，是一部有分量，有价值，有启发性的理论著作，在此，我愿郑重地把她推荐给广大读者。

1998年元月于北京大学中关村

写 作 说 明

本书策划于1997年春季,我国海峡两岸刑法学者在共同的学术交往中产生共著一本书的想法,并把著书看成是推进共同学术交流的一种方式。

本书内容涉及刑法学、犯罪学、刑事诉讼法学、司法鉴定学等多门学科,故相应地确定书名为《刑事法律问题专题研究》。

本书系作者选择自己最感兴趣的题目,以及各自的学术观点和见解,力求运用能够收集到的两岸现有的资料,就一些理论与实践均十分有意义的问题进行研究。由于作者水平有限,兼及有关资料难以及时搜集利用,故书中欠缺之处难免存在,尚请读者批评指正。

本书的出版得到台湾鼎台集团董事长吴开南先生,天津大台北婚纱摄影集团董事长刘忠宪先生,群众出版社的大力支持,北京大学法律系九五级刑法硕士研究生张庆方先生为此书的编写承担了大量的事务性工作,特别是著名刑法学家、北京大学法律系博士生导师杨春洗教授为本书作序,我们在此向他们表示衷心的感谢!

主编 刘守芬

黄丁全(台)

一九九八年元月

DAK3/104

目 录

中国大陆刑法、刑法学的现状及发展动向研究	
.....	刘守芬 (1)
论国际刑法中的几个问题	黄昌华 (56)
论主客观一致的归罪原则	石 永 (101)
中止犯与准中止犯之研究	黄丁全 (147)
论犯罪中止	张庆方 (161)
关于正当防卫的几个问题的研究	姜振丰 (202)
论罪数不典型	孙晓芳 (260)
刑罚目的研究	余 诤 (311)
海峡两岸罚金刑比较	黄伟明 (359)
国家秘密刑法保护之研究	张 欣 (400)
论操纵证券市场犯罪	陈学芹 (433)
论破产犯罪与破产刑法	王文华 (472)
关于外汇犯罪的研究	兰全军 (524)
死亡的文明	
——论“安乐死”的合法化	吴剑峰 (574)

拒绝作证行为的探讨	吴宇欣 (615)
对非法取得的刑事证据材料排除之比较	赵德云 (663)
诉讼价值与审判方式改革	许永俊 (707)

中国大陆刑法、刑法学的现状及发展动向研究

刘守芬

本文侧重谈两个方面的问题，即：其一，关于大陆刑法改革的最近动向研究；其二，关于大陆经济刑法的现状和发展动向研究。

一、大陆刑法改革的最近动向研究

（一）刑法的创制和发展状况

1. 刑法的创制。中华人民共和国成立之初，国家先后制定并颁行了一些单行刑法（针对某一特殊事项制定的刑事法律）。例如，1951年的《中华人民共和国惩治反革命条例》、《妨害国家货币治罪暂行条例》，1952年的《中华人民共和国惩治贪污条例》，等等。在颁布实施上述单行刑法的同时，开始刑法典（称《中华人民共和国刑法》）起草准备工作。

1950年至1954年9月，当时的中央人民政府法制委员会主持起草出两个稿本，即《中华人民共和国刑法大纲草案》（共157条）和《中华人民共和国刑法指导原则草案》（初稿）（共76条）。这是准备工作。

1954年9月召开第一届全国人民代表大会后，刑法典的起草工作由全国人民代表大会常务委员会办公厅法律室（立法机关的工作机构）负责。自1954年10月至1957年6月，共写出22稿。第22稿在第一届全国人民代表大会第四次会议上发给全体代表

征求意见。这次会议曾作出决议：授权人大常委会根据人大代表和其他方面所提的意见，将 22 稿进行修改后，作为草案公布试行。后来因为政治运动停顿下来。1962 年 5 月始，全国人大常委会法律室对刑法草案 22 稿进行了全面的修改。经过多次重大修改和征求意见，到 1963 年 10 月写出第 33 稿。当时曾考虑公布，但因随后开始的“文化大革命”的冲击，最终又停顿下来。

1976 年结束“文化大革命”后，法制工作在中国又受到重视。自 1978 年 10 月始，国家组成刑法草案的修订班子，对第 33 稿进行修订，并先后写出二个稿本。1979 年 2 月全国人大常委会法制委员会宣告成立，从当年 3 月始，刑法起草工作以刑法草案第 33 稿为基础，根据新经验、新情况和新问题，广泛征求有关部门的意见，对草案进行了较大修订，先后写出 3 个稿本。第二个稿本在法制委员会全体会议和第五届全国人大常委会第八次会议进行讨论审议，修改后提交第五届全国人民代表大会第二次会议进行审议，最后《中华人民共和国刑法》于 1979 年 7 月 1 日获得一致通过，并于 1980 年 1 月 1 日起施行。至此，在中国大陆第一部系统的刑法典正式诞生。

2. 刑法的发展状况。刑法自公布施行后，遇到中国经济、政治、社会生活等各方面发生巨大变化的现实，国家立法机关根据现实的需要，对刑法不断进行修改和补充，主要采用单行刑法的立法方式解决。

自 1981 年至 1997 年刑法全面修订前，全国人大常委会通过的单行刑法共计 24 个，依次为：

《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》（1981 年 6 月 10 日）

《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》（1981 年 6 月 10 日）

《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》（1982 年 3 月 8 日）

《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》(1983年9月2日)

《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》(1987年6月23日)

《关于惩治走私罪的补充规定》(1988年1月21日)

《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》(1988年1月21日)

《关于惩治泄露国家秘密犯罪的补充规定》(1988年11月8日)

《关于惩治国家重点保护的珍贵、濒危野生动物犯罪的补充规定》(1988年11月8日)

《关于惩治侮辱中华人民共和国国旗国徽罪的决定》(1990年6月20日)

《关于禁毒的决定》(1990年12月28日)

《关于惩治走私、制作、贩卖、传播淫秽物品的犯罪分子的决定》(1990年12月28日)

《关于惩治盗掘古文化遗址古墓葬犯罪的补充规定》(1991年6月29日)

《关于严禁卖淫嫖娼的决定》(1991年9月4日)

《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》(1991年9月4日)

《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》(1992年9月4日)

《关于惩治劫持航空器犯罪分子的决定》(1992年12月28日)

《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》(1993年2月22日)

《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》(1993年7月2日)

《关于严惩组织、运送他人偷越国(边)境犯罪的补充规定》

(1994年3月5日)

《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》(1994年7月5日)

《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》(1995年2月28日)

《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》(1995年6月30日)

《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》(1995年10月30日)

上述单行刑法对刑法典作了多处补充和修改。例如,涉及总则内容的管辖权、法律溯及力、共同犯罪、附加刑、量刑情节等;涉及分则内容的新增设一系列罪名、单位成为犯某些罪的主体、提高部分罪的法定刑、扩大刑法典原有的某些罪的罪状、调整刑法典原有某些罪的法定刑等。

此外,刑法典公布施行后,在许多行政法规中出现刑法规范的条款达130条左右。

(二) 刑法的最新修订(从“79刑法”到“97刑法”)

1. 修订背景。

从总体背景来看,是1980年至1997年17年内中国社会在政治、经济、社会生活等各方面都发生许多深刻变化的结果。社会生活的变化影响到犯罪的变化,新情况、新问题的不断涌现,直接促使新的刑法立法背景的形成。

就具体背景而言有以下几方面:一是“79刑法”制定时对有些犯罪行为研究得不够,规定得不具体,不便执行,如渎职罪、流氓罪、投机倒把罪等“口袋”罪的笼统规定;二是“79刑法”中规定的有些犯罪已不复存在,如伪造、倒卖计划供应票证罪,随计划经济体制的改变而失去存在基础;三是“79刑法”已规定的某些犯罪在立法当时并不突出和严重,后来变得突出了,严重了,如走私犯罪、拐卖人口犯罪、毒品犯罪、淫秽物品犯罪、卖淫嫖

娼犯罪等，需要就罪状的详尽设置和处刑相应的提高作出改变；^①四是“79 刑法”没有规定也不可能规定的新的严重的危害社会行为的大量出现，特别是因国家经济体制的根本变革，由产品经济体制转轨为社会主义市场经济体制的背景下产生的许多经济犯罪，如金融犯罪，证券犯罪，利用增值税专用发票犯罪等；还有其他严重危害社会的黑社会犯罪，有组织进行恐怖活动的犯罪，煽动民族仇恨、破坏民族团结的犯罪，计算机犯罪等等；五是“79 刑法”制定时中国尚未从封闭状态转向开放形象，一些国际公约当时并未加入，涉及到公约中规定的有些犯罪和刑事管辖权，“79 刑法”中无相应规定。但自 80 年代初以来，我国先后加入了一些国际公约，如《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为公约》、《关于制止非法劫持航空器的公约》、《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》等等，为了更有利于履行我国承担的国际义务，修订后的刑法需作出明确规定；^②六是“79 刑法”之后的一系列修改刑法的决定和补充规定为“97 刑法”的出台奠定了基础；七是刑法学术界自 80 年代中期至今历时十余年的关于刑法修改与完善的广泛详尽深入地研究，取得硕果累累的成就，为“97 刑法”的颁布奠定了坚实的理论基础。

概而言之，“79 刑法”诞生于中国社会刚刚结束无法无天的混乱局面，社会主义法制建设重新起步的时刻；而“97 刑法”则诞生在中国社会在政治、经济、社会生活等各个方面都发生了许多深刻甚至是带根本性变化的形势下，是社会主义法制建设有重大发展、向着渐趋完备方向努力的阶段。

① 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室著：《论中华人民共和国刑法的补充修改》，1～2 页，法律出版社，1992。

② 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室著：《论中华人民共和国刑法的补充修改》，1～2 页，法律出版社，1992。

2. 整体结构的变化。

“79 刑法”分总则和分则两编，总则含 5 章，其中第 2、3、4 章各分成若干节，总则部分共有 89 个法律条文；分则含 8 章，不分节，共有 103 个法律条文。整部刑法共 192 个法律条文，这在世界刑事立法例中当算篇幅简短。“79 刑法”的立法技术原则是“宜粗不宜细”或曰“宁疏勿密”，经过 17 年实施刑法的实践，其弊端是显而易见的。“97 刑法”保留划分总则与分则两编的整体框架，同时加进了“附则”部分。总则部分划分章、节的结构同“79 刑法”比，变化不大，但法律条文由原来的 89 条增至 101 条，增加 12 条。分则部分变化比较大：一是由原来的 8 章扩大为 10 章，其中第 7 章“危害国防利益罪”属新增设的一个罪章，第 10 章“军人违反职责罪”系单行刑法移植进来，这两章的增加表明了制定一部统一的、比较完备的刑法典；第 8 章“贪污贿赂罪”由原来的“侵犯财产罪”和“渎职罪”中分离出来，又大量吸收了拟制定的反贪污贿赂法的内容。二是突破“79 刑法”分则分章不分节的结构模式，在第 3 章“破坏社会主义市场经济秩序罪”和第 6 章“妨害社会管理秩序罪”中细分为若干节，这是根据这两章的实际情况和特点而定。三是增加了较多的法律条文，由原来 103 条增至 350 条，增加 247 条，这一方面是根据许多新出现的需要追究刑事责任的犯罪行为而设定，另一方面也是改变“79 刑法”粗疏立法技术原则而尽量具体明确规定犯罪行为的体现。

3. 主要内容的变化。

从“79 刑法”的总条文 192 条到“97 刑法”总条文数 452 条的变化，反映出我国的刑事立法不仅仅是追求形式上的统一、完备，而且是法律条文规范内容的重大变化，这表明了我国社会主义法制建设的重大发展。（1）关于刑法总则内容的主要变化。①关于刑法总则第一章题目以及第 1 条内容的变化。“79 刑法”第一章的题目为“刑法的指导思想、任务和适用范围”。“97 刑法”第

一章的题目为“刑法的任务、基本原则和适用范围”。两者比较，其变化之处在于删除了“指导思想”，增加了“基本原则”。这是根据刑法总则第1条内容的重大变化以及新增设3个法律条文专门明确规定出刑法的基本原则的结果。“79刑法”制定时，由于我国刚刚走上健全法制的轨道，在最初颁布施行的刑法和刑事诉讼法中，第1条特别强调立法指导思想，即“以马克思列宁主义毛泽东思想为指针”，这表明我国的刑事立法精神全面体现和坚持了四项基本原则，在当时是必要的。“但是，鉴于1982年制定的新宪法在序言和总纲中已经载明了以四项基本原则为立国之本，宪法是国家的根本大法，是其他一切法律的母法。后来制定的所有法律，都必须以宪法为根据，其中就包括了‘以马克思列宁主义毛泽东思想为指针’的内容，这应当是不言而喻的。因此，不必在每一个法律的开头，再重复一遍同样的话”。^①“97刑法”第1条规定的内容不再是关于指导思想的规定，而变成了规定立法根据。

②“97刑法”明确规定了刑法的基本原则。刑法的基本原则是刑事实体法所特有的并贯穿于刑事立法和刑事司法之中的重要规则。“79刑法”中不仅没有专门法律条文规定刑法基本原则的内容，甚至连“基本原则”这个名词术语也未出现，相反却有与基本原则内容相矛盾的规定存在（如关于类推的规定）。难怪引起中外学术界就中国刑法遵循的是什么原则长期争论不休。“97刑法”在刑法总则的第3、4、5条中明确规定了刑法的基本原则，即罪刑法定原则、法律面前人人平等原则、罪责刑相当原则。学术界曾经对于罪刑法定是否是“79刑法”的基本原则存在激烈争论。争论的直接理由是法无明文规定罪刑法定而与罪刑法定相矛盾的类推却明定于刑法之中（见“79刑法”第79条之规定）。随着类推在司法实践中的极少使用以及愈益增订的刑法修改的决定和补充

① 参见崔敏著：《中国刑事诉讼法的新发展》，27页，中国人民公安大学出版社，1996。