

XINGSHI

FAXUE YANJIU DIERJI

刑事 法学研究

第二辑

刘
鹏
主
编

中国人民公安大学出版社



中国政法大学
法律硕士专业学位
联考指定教材

中国政法大学出版社

刑事 法学

第三版

中国政法大学出版社

刑事法学研究

第二辑

主 编 刘 鹏

副主编 彭剑鸣 王占洲 邓万飞

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法学研究第二辑/刘鹏主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007. 8

ISBN 978 - 7 - 81109 - 796 - 2

I. 刑… II. 刘… III. 刑法 - 法学 - 文集
IV. D914.01 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 126540 号

刑事法学研究第二辑

XINGSHIFAXUE YANJIU DIERJI

主 编 刘 鹏

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2007 年 9 月第 1 版

印 次: 2007 年 9 月第 1 次

印 张: 12.375

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 305 千字

ISBN 978 - 7 - 81109 - 796 - 2/D · 748

定 价: 25.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn www.porclub.com.cn

刑事法学研究（2007 版）

编审委员会名单

主 任：刘 鹏 余文正

委 员：（以姓氏笔画为序）

王 克 邓万飞 刘 鹏

余文正 张 雯 范大裕

胡文绪 彭剑鸣 潘 弘

潘文明

序 言

刘 鹏^①

1986年，成立不久的贵州省法学会开始着手筹建各专业研究会，经过一段时间的努力，工作进展顺利。按照省法学会一届六次常务理事会“先积极筹备，与各有关部门挂钩，并陆续开展学术活动，成熟一个建立一个”的决议，经与当时的贵州省政法管理干部学院商定，贵州省法学会刑法学研究会挂靠该院，并在省法学会指导下依托该院力量正式开展筹建工作。接受任务后，贵州省政法管理干部学院成立了以副院长周毓业副教授为首的工作机构，具体工作由刑法教研室负责。我当时担任刑法教研室负责人，与教研室其他同志，特别是杨匀珍、杨毅等老师一道，从1987年上半年起，开始着手学会成立前的各项准备工作。经过近一年的努力，在上级机关的指导、帮助及政法各有关部门的大力支持下，顺利完成了筹建工作。经报贵州省法学会批准，于1987年12月28日在贵州省政法管理干部学院召开了贵州省法学会刑法学研究会成立大会暨第一届学术研讨会。当时我省政法界老前辈吴实、盛北光、朱迪，省法学会会长石文礼、省检察院检察长李玲、省司法厅厅长王基伦、省社科院党委书记李仲伟、省政法管理干部学院代理党委

^① 刘鹏：中国犯罪学研究会未成年人法制教育专业委员会副主任委员、中国法学会刑法学研究会理事、贵州省法学会常务理事、刑法学研究会会长、教授、硕士生导师。

书记王安新等领导同志出席了会议。会议期间，选举产生了学会第一届常务干事会，由7人组成：总干事肖常纶（省法学会）；常务副总干事周毓业（贵州省政法管理干部学院）；副总干事秦顺福（贵州省人民检察院）、谢惠庆（贵州大学）；秘书长刘鹏（贵州省政法管理干部学院）；常务干事王锦华（贵州省高级人民法院）、王鼎藩（贵州民族学院）。同时聘任杨匀珍同志为学会副秘书长。

学会成立以后，团结全省广大刑法学研究爱好者一道，通过大量形式各异、丰富多样的活动，开展对刑法学理论与实务的研究，并取得了一定的成果。经过20年的发展，学会自身建设也迈上了新的台阶，形成了一定的影响（具体情况参见本会编辑《刑事法学研究》第一集序言部分）。这些成绩的取得，离不开上级机关的指导帮助，政法各有关部门的大力支持，广大刑法学研究爱好者的积极参与，特别是为学会建设殚精竭虑、付出了大量心血和精力的老一辈刑法学工作者，如肖常纶、周毓业、鲁明东、杨毅、王鼎藩、秦顺福、谢惠庆、王锦华等学界先行。

学会的建设发展离不开经费的支撑，在过去的20年中，除了挂靠单位（贵州政法管理干部学院、贵州警官职业学院）和省法学会的有力支持外，我们同时也得到了省内众多关心我国刑事法制建设的友好单位和部门的鼎力相助和支持，如贵州大学法学院、贵州民族学院法学院、贵州师范大学法学院、贵州省高级人民法院、贵州省人民检察院、贵州省司法厅、六盘水市税务局、黔南州司法局、遵义市司法局、贵阳市法学会、贵州渔洞监狱、麻江县公安局、贵阳市政法委、赤水市复市镇党委等，有了它们的帮助，我们的工作才得以顺利开展并不断进步。而本文集的出版，则得到了贵州省京西监狱及余文政监狱长、马娅丽政委等领导同志的大力支持。在此谨向上述有关单位和同志们表示衷心的感谢！

写上面这些话，目的是了解学会的历史和发展历程，珍惜前辈的劳动，不忘社会各界的支持与帮助，从而为我会的建设再上一个新台阶，为推动我省刑法学研究的进一步发展作出更大的努力。今年正值我会成立 20 周年之际，文集的出版，亦算是一个小小的交代吧。

2007 年 3 月于贵阳

目 录

刑事法制建设三十年回眸

——问题、理念与展望 刘 鹏 (1)

论宽严相济的刑事政策与构建社会主义和谐社会

..... 徐永忠 朱凤飞 (13)

过失危险犯相关问题研究 鲍蓝天 (23)

危险犯未遂形态刍议 季 勇 (31)

论犯罪着手 史 辉 (38)

刍议管制刑的完善 王 飞 (47)

论再犯与累犯 郑洪广 顾长华 (55)

假释低适用问题探讨

——与减刑制度比较 张 雯 (63)

论我国未成年人犯罪刑罚制度之完善 阳 唐 (73)

行刑的社会化

——刑罚执行措施完善的趋势 方 媛 (82)

论经济犯罪中的违法性认识 李茂久 (91)

关于国企改革中商业贿赂犯罪导致国有资产流失

问题的研究 夏兴林 (102)

经济违法犯罪中的责任竞合和刑民交叉案件的 处理原则	陈子军 (111)
我国地理标志权的刑法保护	褚 琰 李 惠 (122)
商业贿赂犯罪的概念及其刑罚完善	王 林 (127)
反商业贿赂犯罪的正义论	吴镇琦 (135)
金融诈骗罪“非法占有目的”的法律内涵	王占洲 (145)
论侵犯财产罪的对象 ——以事实、规范和价值视角	李运才 (164)
绑架罪争议问题之研讨	杨红兵 (180)
论网络犯罪的界定及对立法的启示	张 文 (191)
浅谈计算机数据安全的刑法保护问题	罗承艳 (200)
网络犯罪及其法律对策	龙 力 (207)
浅议巨额财产来源不明罪之缺陷	陈静忠 (215)
论“性贿赂”	吕 幸 (222)
“公诉转自诉”制度的理性分析	江 浪 (231)
关于裁判文书改革的人性化研究	侯兴宇 (241)
浅谈信息网络安全技术在预防网络犯罪中的运用	姚彦丞 (250)
我国刑事诉讼中“证据展示制度”的建立	郑 欣 (258)
关于我国的司法独立的原则	付兆丽 (266)
在我国建立刑事证据庭前开示制度的必要性思考	王 燕 (273)
犯罪学与价值观的现代性关联探讨	李 妍 (279)

试论罪犯权利的保护	杨天勇 (288)
论贵州省国土系统职务犯罪行为成因及其预防模式	
探讨	魏 红 徐 超 (296)
我国未成年人犯罪原因剖析	李晓君 (312)
在公安院校设置反黑专业的必要性思考	
.....	林 苇 胡宗芳 (321)
我国青少年黑社会性质组织犯罪的成因	程桂萍 (330)
简论制度建设在防止权力腐败中的地位	李金国 (338)
试论怎样做好依法治监	余文政 (346)
强化“直管”工作增强防范能力确保监管安全 ...	葛万里 (355)
论监狱劳动改造与人的社会化	吕利飞 (361)
浅谈医务民警对罪犯心理矫治的积极作用	
.....	刘 强 国文胜 刘 超 (370)
做好顽危罪犯的针对性教育 维护狱内安全稳定	
——金西监狱综合厂监区三分监区对改造顽危罪犯	
的一点心得	李 飏 代 峰 (375)

刑事法制建设三十年回眸

——问题、理念与展望

刘 鹏^①

严格地讲，我国的刑事法制建设起步于上世纪 70 年代末、“文化大革命”结束后。1949 年 10 月 1 日，中华人民共和国成立。50 年代初，由于当时特定年代的特殊情况，百废待兴，法律的制定不可能与建国同步，客观上看，是可以理解的。然而，在随后的 30 年中，由于种种原因，始终未能制定出一部完整的刑法，以及刑事诉讼法。在非法治的大环境中，法律纯工具论拥有无可争辩的话语权。从而，法律作为一种工具，只能配合实用主义的需要而被有选择地纳入视野，这就不难理解为什么某些法律早在 50 年代便制定颁行，而其他基本大法却长期置入冷宫。就刑法领域而言，同样出于实用主义，为配合某种惩治的需要，也曾制定过为数很少的单行刑事法律，以分则的形式适用于某个方面，但就整体而言，则处于一种无法可依的状态。虽然有关部门也曾就刑法典的制定做过论证、研究，并形成了草案，但草案终因各种原因、各种运动而被长期束之高阁，不能修成正果。终于“文化大革命”这一人治的怪胎应运而生，并形成了十年浩劫。然而正所谓“祸兮福所倚”，正是这一空前的浩劫，却导致

^① 作者简介：刘鹏（1957—），男，湖南衡阳人，法学教授，硕士生导师，中国法学会刑法学研究会理事，贵州省法学会常务理事，贵州省法学会刑法学研究会会长，贵州省人民政府法律顾问室专家咨询委员。

了社会法律意识的复苏。“文化大革命”结束，国家的中心工作转为经济建设，随着改革开放的提出和深入，解放思想、实事求是的大讨论，社会对民主与法制的愿望与需求意识日益增强，法律虚无主义受到摒弃，在治理国家中“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”成为了这一时期人们追求社会法制化的理想，而在这当中，“有法可依”首当其冲，成为矛盾的焦点。^① 对于一个长期处在人治环境，法制不健全的社会来说，^② 首要的便是迅速构建一套相对完整的法律体系，首先实现有法可依，作为国家基本大法的刑法、刑事诉讼法便是在这一背景下率先出台的。1978年10月，国家组成了专门的刑法草案修订班子。1979年7月，在刑法草案第33稿的基础上，由第五届全国人民代表大会第二次会议审议通过了首部《中华人民共和国刑法》，并同时通过了《中华人民共和国刑事诉讼法》，从此结束了我国刑事司法领域长达30年无法可依的不正常状态。1979年“两法”的制定颁布，率先在我国刑事司法领域步入了法制化的轨道，为我国的刑事法制建设完成了基础性的工作，从而具有里程碑式的意义。

但是法典的制定并不等于法治理念的确立，如前所述，这一时期仅仅处在一种法律意识的复苏，或者说是催生阶段，因此，在1980年“两法”生效正式施行后，便出现了一系列问题，归结起来大致表现在两个方面：

一是立法方面的问题。就刑法而言，79刑法共192条，条

① 1978年，中共中央召开了具有历史意义的十一届三中全会，明确指出：“为了保障人民民主，必须加强社会主义法制，使民主制度化、法律化，使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权威，做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。”十一届三中全会的精神，有力地推动了法律的制定工作，并起了重要的指导作用。

② 1962年3月22日，毛泽东曾谈到：“不仅刑法要，民法也需要，现在是无法无天。没有法律不行，刑法、民法一定要搞。不仅要制定法律，还要编案例。”

文少，涉及的罪名也不多，是一部粗线条的简明法典。当时的立法指导思想很明确，即我国30年中没有一部完整的刑事法律，开始阶段不宜搞得过细，粗线条的就主要问题作出规定即可。由于当时的社会关系相对不那么复杂，同时还有立法技术上的障碍，在思想领域很多禁锢亦未消除，因此，粗线条的制定一部法典也就在情理之中了。然而随着其后对法律的适用，问题便不断产生，如在其后的十几年中，随着改革开放的不断深入，经济体制改革和社会主义市场经济的确立，新的社会关系不断产生，一个开放的、多元的社会相对来讲也是一个宽松的社会，但新的矛盾亦随之出现。这一时期一些原来并不严重的犯罪日趋严重，一些原来没有或者已经消失的犯罪大量出现，尤其是新型经济犯罪的大量出现，使得建立在计划经济基础上的79刑法捉襟见肘，远远不能适应惩治犯罪的需求。为此，立法部门采取了必要的补救措施，即制定大量的决定、补充规定，作为单行刑事法律弥补刑法的不足。从1981年至1995年，全国人大常委会先后制定颁布了二十几个单行刑事法律，同时还在众多的非刑事法律中制定附属刑法，以适应惩治犯罪的需求，应该说，这些法律的出台，对于完善刑法的功能，实现刑法的目的是十分必要的。但是，由于多是应急式的立法，导致刑法的科学性受到忽视，且在立法指导思想上，一些“左”的，体现“人治”观念的随意性的东西在这些法律中也时有出现。比如1981年颁布的《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》中，关于“劳改犯……刑满释放后又犯罪的从重处罚”的规定，不仅与刑法总则中确立的累犯制度相冲突，而且这种不加区别一刀切的做法亦有违刑法个别化原则，不利于刑罚目的的实现，显得极不科学。再如1982年、1983年相继出台的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》、《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》，在法律的时间效力上分别采用了有条件的从新原则和绝对的从新原则，再次与刑法总则中关于刑法溯及力采用从

旧兼从轻原则的规定相冲突。并且，由于违反了罪刑法定原则之“重法不溯及既往”的精神，使得刑法制定之初即带上不确定性的罪刑法定原则再次遭受动摇。^①就刑事诉讼法而言，其立法背景与刑法一样，故也存在着粗放的问题。由于当时思想界众多的禁区尚未突破，理论研究颇多掣肘。反映到立法上，体现现代刑事司法理念应有的诸多诉讼制度在法典中难觅踪迹。诸如无罪推定原则、非法证据裁量排除规则、被告人不得被迫自证其罪、控辩双方诉讼地位对称结构设计等均付阙如。尤其是，在被告人获得辩护的问题上，法律明确了被告人有权聘请律师为其辩护，但同时又在律师介入刑事诉讼的时间上，采取了极端限制的做法，使控辩双方形成一种极不对称的不对等关系。事实上严重削弱了被告人的辩护权力。律师出庭参与诉讼活动，往往流于形式，对于被告人而言，律师的帮助在很多时候只能起到一种心理上的安慰作用，而这一状况在其后更有加剧之势。1983年，立法机关制定了一个《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》，其中第1条规定：“对杀人、强奸、抢劫、爆炸和其他严重危害公共安全应当判处死刑的犯罪分子，主要犯罪事实清楚、证据确凿，民愤极大的，应当迅速及时审判，可以不受刑事诉讼法第一百一十条规定的关于起诉书副本送达被告人期限以及各项传票、通知书送达期限的限制。”^②这一规定对被告人获取律师帮助作出了更为严厉的限制，从某种意义上看，重大刑

① 1979年《刑法》第79条规定“本法分则没有明文规定的犯罪，可以比照本法分则最相类似的条文定罪判刑，但是应当报请最高人民法院核准”。该条的规定违反了由罪行法定所派生的禁止有罪类推原则。

② 1979年《刑事诉讼法》第110条规定：“人民法院决定开庭审判后，应当进行下列工作……（二）将人民检察院的起诉书副本至迟在开庭七日以前送达被告人，并且告知被告人可以委托辩护人，或者在必要时为被告人指定辩护人；（三）将开庭的时间、地点在开庭三日以前通知人民检察院；（四）传唤当事人，通知辩护人、证人、鉴定人和翻译人员，传票和通知书至迟在开庭三日以前送达……”

事案件的律师辩护权蜕变为一种法律假设，律师的安慰作用更趋淡化。

二是司法方面的问题。由于立法的不完善，也由于对于社会主义法治理念尚处于一种感性认识而非理性认知的阶段，因此，这一时期在法律适用上存在着不少的问题，突出的如死刑复核权的下放^①，判案中的疑罪从轻、办案中的刑讯逼供屡禁不止，流于形式的陪审员制度，变相的上诉加刑等。就刑法的执行情况而言，众所周知当时刑法中有三个著名的“口袋罪”，即投机倒把罪、流氓罪、玩忽职守罪，尤其是前两个罪名，为司法随意性大开了方便之门，而法律条文中普遍存在的兜底条款，更是一个无底洞。由于构成条件不详，条文叙述笼统，同时也造成了执行过程中的诸多困惑。为了便于法律的适用，最高人民法院、最高人民检察院对两法的适用作了大量的司法解释，众多的司法解释增强了法律的可操作性，有利于统一执法，并为司法人员掌握、执行两法带来了便捷，与此同时，也造成了即便是专业人士，也不能脱离解释的拐杖，沉溺于在浩繁的解释条文中，寻找法律的答案。在最高两院制定司法解释的过程中，两种倾向引起了学者广泛的关注：其一是超越解释权限，以司法解释代替立法的倾向；其二是在两院分别就同一法律作出解释时，有时会发生撞车现象，特别是后者，反过来又严重损害了法的权威性和统一性。

在执行“两法”的过程中，还有一个倾向不容忽视，即重实体轻程序，片面追求实体正义而忽略程序正义。人们经常提到以事实为根据，以法律为准绳，在刑事司法领域准绳既指刑法，也包括刑事诉讼法，亦即查破案件事实，不能脱离程序的约束。案件的事实是已发生的各种情形，实践中任何案件事实都不可能百分之百的复原重现，正如人不能两次走进同一条河，这就要求我们在办案中严格依照程序法的要求而为，当然，这样做也可能

^① 这在事实上导致了该程序在法律上的虚置。

出现某些个案办理中的夹生饭问题，但由于是用一个尺度去衡量，因此，对于所有人来讲是公平的，但这个问题长期得不到重视，以至于要反复强调，经常“唠叨”。

以上仅是就刑事司法领域在“有法可依”的初期阶段所产生的问题择其要者作的一些回顾，这些问题的出现说明树立社会主义法治理念，严格依法治国，仅仅“有法可依”还远远不够，还必须要完善法律，要确立法律的权威性，要使法治理念深入人心，在全体国民心目中树立起法治的信念。

在中国刑事法制建设的历程中，1996年和1997年是两个值得回顾的、十分重要的年头。由于前述“两法”本身的先天不足及施行过程中出现的偏颇，“两法”的修改势在必行。1996年，刑事诉讼法率先修订，这次修订，有几点值得注意：一是律师介入刑事诉讼的时间提前，虽然这种提前的实际价值不大，更多地体现为一种象征性，而且在后来的司法实务中侦查阶段律师会见犯罪嫌疑人困难重重，但在人权保障上毕竟较之前进了一步，法律的变化至少说明这个问题已经引起了必要的重视。二是将被告人分为犯罪嫌疑人和被告人两种称谓，在不同的诉讼阶段，采用不同的称谓，这既体现了实事求是，防止先入为主，同时表明了一种对有罪推定的否定。三是新增一独立条文，即第12条：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”关于该条是否在我国确立了无罪推定原则，在诉讼法学界存在争议，但不管怎么说，至少该条隐含了无罪推定的内容，应是没有疑义的。1997年，继程序法的修订之后，作为实体法的刑法也进行了修订。刑法的修订，除了统一了法的渊源、确立了刑法的三大基本原则、根据情势变化新增了大量新的罪名、明确了法人犯罪问题、协调了部分罪刑对称关系、调整了分则的罪章设置、并修改了反革命罪章罪名等大的动作之外，亦有三个方面值得称道：其一，取消投机倒把罪、流氓罪两个“口袋罪”，将原两罪中所含的仍具可罚性的行为分解为数个不同的罪名，对不具有可