

XING FA TIAO WEN AN LI JING JIE

刑法条文案例精解

(第2版)

胡云腾 主编
赖早兴 副主编

根据《刑法修正案》(六)及最新司法解释全新修订


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

XING FA TIAO WEN AN LI JING JIE

刑法条文案例精解

(第2版)

主 编 胡云腾
副主编 赖早兴

撰稿人 胡云腾 最高人民法院研究室副主任、中国应用法学研究所所长、北京师范大学刑事法律科学研究院教授

赖早兴 湘潭大学法学院副教授，法学博士

刘 科 北京师范大学刑事法律科学研究院讲师，法学博士

周振杰 中国社会科学院研究生院博士研究生

许士友 北京市密云检察院，法学硕士



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法条文案例精解/胡云腾主编.—2版.—北京:
法律出版社,2007.2
ISBN 978-7-5036-6728-2

I. 刑… II. 胡… III. 刑法—法律解释—中国
IV. D924.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第121108号

© 法律出版社·中国

责任编辑/李群 张春喜

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960毫米 1/16

印张/53.75 字数/828千

版本/2007年2月第2版

印次/2007年2月第1次印刷

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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-6728-2

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

再版前言

本书自2003年出版以来,由于体例比较新颖,资料比较丰富,内容比较实用,故在一定范围内受到了读者的喜爱特别是实务界的欢迎,这使作者既感到意外又深受鼓舞,也是作者有勇气继续修改完善的动力。基于此,作者对第一版的内容作了以下修改:

一是纠正了第一版中存在的个别内容错误和某些文字错误,调换了一些有助于说明问题的案例;

二是进一步统一、完善了全书的体例;

三是显著充实、更新了本书的内容,将第一版以来全国人大常委会出台的刑法修正案[包括刚出台的刑法修正案(六)]和近几年“两高”出台的司法解释都吸收其中,实现了内容的不断更新;

四是对近几年我国刑法学理论研究的情况作了简单归纳,并在论述具体内容时注意反映和运用理论界的最新研究成果。对于近年来公、检、法机关有关刑事案件方面的统计信息,也进行了收集整理并纳入书中,供广大读者研究参考。

但是,由于我国刑法的内容是极为丰富的,在快速发展变化的社会中,新的文化观念和法治理念对刑法的理解必然会产生影响,因而从理论上对刑法的解释和研究也是无止境的。尽管作者已经竭尽全力,但是,由于水平有限,书中一定还存在错误和不足之处,尚希读者批评指正。

胡云腾

2007年1月1日于北京

导 读

第一章 立法综述

一、历史:新中国刑事立法历程

随着 1949 年我国新民主主义革命的胜利和中华人民共和国的建立,中共中央立即宣布废除伪法统和国民党政府的六法全书,并根据建设、管理新中国的需要,开始制定人民自己的法律。由于刑法是维护社会稳定、巩固新生政权的重要工具,所以,制定刑法就成了当时新中国法制建设的当务之急。

我国刑法的制定是从制定单行刑法与附属刑法开始的。

(一) 建国后单行刑法与附属刑法的制定

新中国成立伊始,国民党残余势力和其他反革命分子的破坏活动十分猖獗,这些人还不甘心失败,继续与人民为敌。为巩固新生的人民政权,中共中央和中央人民政府决定开展一场严厉镇压反革命分子的运动。为满足这场斗争的需要,国家当时刑事立法的重点也集中在制定镇压反革命分子的政策和法律上。1950 年 6 月 6 日,中共中央发出了《关于镇压反革命活动的指示》,要求各地人民政权严厉、及时镇压反革命活动。1950 年 7 月 23 日,中央人民政府与最高人民法院联合发出《关于镇压反革命活动的指示》,在该指示中,明确了惩治反革命活动的标准和规则,这是当时审理反革命犯罪的主要法律依据。为了进一步规范镇压反革命分子的斗争,为审判反革命罪犯提供明确的定罪量刑标准,1951 年 2 月 21 日中央人民政府委员会批准公布了《中华人民共和国惩治反革命条例》,这是新中国成立后颁布的第一个单行刑法。该《条例》明确了反革命罪的概念、重点打击的对象、刑罚种类、处刑条件和量刑原则等。

为配合镇压反革命的需要,国家陆续制定了一系列相关法规:1951 年 2 月 4 日政务院发布了《中央人民政府政务院关于没收战犯汉奸官僚资本家及

反革命分子财产的指示》，6月1日政务院颁布了《保守国家机密暂行条例》，6月22日公布了《中央人民政府政务院关于没收反革命罪犯财产的规定》。另外，经政务院批准，公安部于1952年6月27日发布了《公安部管制反革命分子暂行办法》，同年8月26日发布了《劳动改造罪犯刑满释放及安置就业暂行处理办法》等。这些规定与《中华人民共和国惩治反革命条例》一起，为当时镇压反革命分子提供了有力的法律武器。

在制定镇压反革命活动的刑事法律的同时，为建立和健全人民法制，适应无产阶级专政的需要，中央政府还制定了一系列其他单行刑事法律和附属刑事法律：如为肃清鸦片烟毒的危害，1950年2月24日，政务院发布了《严禁鸦片烟毒的通令》，为了打击伪造货币的犯罪活动，稳定国家金融秩序，政务院于1951年4月19日颁布了《妨害国家货币治罪暂行条例》，为了惩治干扰社会主义经济秩序的犯罪行为，政务院于1953年10月和1954年9月发布了《关于实行粮食计划收购和计划供应的命令》和《关于棉布统购统销的命令》，规定了对投机倒把和造谣破坏统购统销政策的分子予以严惩。为惩治贪污腐败，1952年4月21日，中央人民政府公布了《中华人民共和国惩治贪污条例》，该《条例》规定了贪污罪的构成要件及处罚，也规定了对行贿罪、受贿罪、盗窃罪和诈骗罪的惩处。为保障人民的选举权利，1953年3月颁布了《中华人民共和国全国人民代表大会及地方各级人民代表大会选举法》，对破坏选举的犯罪行为规定了罪状和法定刑。另外，我国当时颁布的《消防监督条例》、《爆炸物品管理规则》和《中华人民共和国国境卫生检疫条例》等非刑事法律中也包含刑事法律规范。

从这些法律规范可以看出，这些刑事立法呈如下特点：

一是从刑事法律的形式看，当时刑事立法采取的是单行刑法与附属刑法的形式。这主要是因为，建国之初，我国社会急需制定针对特别问题的法律，采取单行刑法这一立法方式，一方面立法速度相对较快，具有及时性；另一方面，单行刑法是对某类或某些问题进行刑事立法，具有针对性。采取附属刑法的形式，在制定非刑事法律的同时对相关罪与刑问题作出规定，这对于提高执法效率，综合治理相关的犯罪行为，具有重要作用。这与法国大革命时期制定刑法典完全不同。因为在当时的条件下，制定刑法典涉及刑事立法的方方面面，是一项浩大的工程，需经多方论证，历时太长，无法满足当时社会对刑事法律的迫切需要；而且刑法典的制定对立法技术的要求也相当高，在当时我国刑事立法经验尚不成熟的情况下，要制定出一部完善的刑法典本身

就是不现实的。所以,当时先制定单行刑法与附属刑法是必然且符合实际的选择。

二是从刑事法律的内容看,主要集中在巩固人民政权和维护社会稳定方面。因为建国之初,百废待兴,各项工作千头万绪,但巩固政权和维护社会稳定是压倒一切的任务。必须消灭旧社会的反动残余,清除旧社会的积弊恶习,打击严重危害新秩序的犯罪行为。因此,刑法对相关犯罪行为,规定了较重的刑罚,死刑条款较多,强调对犯罪行为的严厉打击,并且规定,对新中国成立以前的犯罪行为也有溯及力,等等。在当时的条件下,不如此就不足以镇压反动势力和犯罪分子从政治、经济等方面对新生的人民政权实施的反扑,顺利进行社会主义各项建设事业。

三是从立法出台的时间上看,单行刑法与附属刑法的制定主要集中在1950年至1952年这几年期间。因为经过镇压反革命运动和“三反”、“五反”运动以后,反革命分子基本肃清,刑事犯罪显著下降,几个单行刑法的立法目的基本实现,出现了全国各族人民齐心协力建设社会主义新中国的大好局面。且“自1958年以后,我国的刑法立法工作受到了削弱,除了几个特赦令外,没有颁布单行刑法,即使在颁布的非刑事法律中,也极少包含刑法规范”。^①可以说,当时已经出现的法律虚无主义和“左”倾思想,成为造成这一现象的重要原因。

四是从立法机关看,由于当时国家机关职能划分不明,建国后多年没有设立专门的立法机关,导致刑事立法“政出多门”。中共中央、中央人民政府、最高人民法院等均直接或间接地参与了刑事法律的制定和发布工作,都成为实际上的制定法律的主体,形成执政党、政府和司法机关共同制定刑法的特有现象。

(二)第一部刑法典的制定与颁布

新中国成立后,我国在制定单行刑法与附属刑法的同时,也开始了刑法典的起草工作。刑法典的起草准备工作始于1950年,当时该工作由前中央人民政府法制委员会负责。为了起草刑法典,法制委员会专门成立了刑法大纲起草委员会,同年7月,草拟出了《中华人民共和国刑法大纲草案》。1954年又草拟出了《中华人民共和国刑法指导原则草案》(初稿)。1954年,依据宪法和组织法,刑法的起草工作改由全国人大常委会办公厅法律室负责。

^① 高铭暄、王俊平:“中国共产党与新中国刑法立法”,载《法学论坛》2002年第1期。

1955年6月,拟出了《中华人民共和国刑法草案》并广泛征求了意见,至1956年11月,已经经过13次大的修改,到1957年6月时,已经起草出第22稿。但1957年夏,反右斗争开始后,在“左”的思想指导下,法律虚无主义盛行,刑法典的起草工作也因此停顿下来。直到1962年3月毛泽东同志提出“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”后,在他的讲话精神鼓舞下,全国人大常委会法律室组织有关部门和人员,重新上马,在《刑法草案》第22稿的基础上开始了起草、调研工作。经过多次重大修改和反复征求意见,到1963年10月,拿出了《刑法草案》第33稿。后以该稿为基础,根据新的经验、情况和问题,先后拟出了3个稿本。但是,“文革”开始后,刑法起草工作再度陷入停顿。直到粉碎“四人帮”以后,制定刑法典被列入建设社会主义法制的重要内容,在邓小平同志和彭真同志等老一辈革命家的领导和主持下,起草部门以第2个稿本为基础起草出刑法送审稿,全国人大法制委员会全体会议和全国人大常委会第八次会议对其进行审议和修改后,提交五届人大二次会议审议。于1979年7月1日获得通过,7月6日正式公布,并于1980年1月1日起施行。

(三) 刑法典的补充与修改及刑法典的全面修订

第一部刑法典公布后,我国政治、经济、社会等诸方面都发生了巨大的变化。为适应形势发展的需要,立法机关对刑法典不断进行修改、补充与完善。其方式主要是制定单行刑法与附属刑法。从1981年6月10日全国人大常委会通过《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》至1995年2月28日《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》,先后通过25部单行刑法;并在90余部经济、民事、行政、军事、文化、教育、环境卫生、社会保障等方面的法律中附设了刑事法律条款。

这些单行刑法和附属刑法根据社会的需要,及时、有效地对刑法典进行了多方面的修改和完善,在保持刑法典体系稳定和主体内容继续有效的情况下,使我国刑法较好地实现了打击犯罪和保护人民的统一。但以这种立法方式完善刑事法制的缺陷也是明显的,它使刑法规范过于分散,随着此种立法的不断增加,这些法律规范有取代刑法典而成为刑法主体的趋势,这既不利于司法机关的适用,也不利于人民群众对刑法规定的理解与把握。另外,在刑事法律过多的情况下,可能出现刑事法律之间互相冲突的情况。再者,过多地制定特别刑法,造成特别刑法膨胀,必然会破坏“刑法典之整体性,而且

违背整体刑事制裁之公平性,致妨碍刑法常典之正常动作”。^① 所以,这种刑事立法完善的方式只能是权宜之计,要充分发挥刑法的社会调控功能,在适当的情况下必须对刑法典作出全面的修改。

但刑法典的全面修订是一项系统工程,科学地全面修订刑法典不可能一蹴而就。实际上,中国最高立法机关 1982 年就提出修改刑法典。从刑法典修订的过程来看,共分五个阶段^②: 酝酿阶段(1982 ~ 1983. 2)、初步修改阶段(1983. 3 ~ 1989. 6)、重点修改阶段(1991)、全面系统修改阶段(1993 ~ 1996. 12)和立法审议通过阶段(1996. 12 ~ 1997. 3)。^③

本次刑法典的全面修订呈现如下特点:从时间上看,本次刑法典的全面修订共历时 15 年,可谓准备充分,论证深入;从体系上看,本次修订涉及刑法典总则体系的细微变化(第二章增加一节“单位犯罪”)和分则体系的全面调整;从内容上看,本次修订在吸收原刑法典、单行刑法与附属刑法并增加部分新规定的情况下,极大地丰富了刑法典的内容:条文增至 452 条,明文规定了刑法的基本原则,增设了单位犯罪,完善和增加了刑法制度,设置了新的罪名,完善了罪状与法定刑等。刑法典的全面修订既是对我国刑事立法的一次总结,也是刑事法律科学化的新起点。

(四)新刑法典颁布后刑法的修改与完善

新刑法虽然为我国打击犯罪提供了主要的法律依据,但社会在日益发展,它不断对刑事立法提出新的要求。因此,适时修订、补充和完善刑法典的任务再一次摆在了立法者的面前。为保持刑法典的稳定性,在刑法典刚刚全面修订的情况下,再次对其进行全面修订是不科学的,而且现实中出现的新情况也没有达到要对其进行全面修订的程度。故立法机关再次以单行刑法、附属刑法和刑法修正案等方式对刑法典进行了补充与修改:1998 年 12 月 29 日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》对骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇定罪量刑问题作了修改或补充,1999 年 12 月 25 日全国人大常委会通过的第一个《刑法修正案》对破坏社会主义市场经济秩序罪进行了补充和修改,2001 年 8 月 31 日通过的《刑法修正案(二)》补充了现行刑法典第 342 条的规定,2001 年 12 月 29 日通过的《刑法修正案(三)》对恐怖活动犯罪的刑事立法进行了完善,2002 年 12 月 28 日通过的《刑法修正

① (台)林山田:《刑法通论》(第3版),三民书局1990年版,第12页。

② 高铭喧:“二十年来我国刑事立法的回顾与展望”,载《中国法学》1998年第6期。

③ 高铭喧:“中国刑法的最新发展”,载《中国刑事法杂志》1998年第2期。

案(四)》对破坏社会主义市场经济秩序罪、妨害社会管理秩序罪和渎职罪作了修改。2005年2月28日通过的《刑法修正案(五)》主要对妨害信用证管理的犯罪和信用卡诈骗犯罪作了修正,2006年6月29日通过的《刑法修正案(六)》对破坏金融管理秩序犯罪、严重损害上市公司和公众投资者利益的犯罪、商业贿赂犯罪等作了修订。采取修正案虽然有宪法和其他法律的先例,但在刑事立法中适用却是全新的。以刑法修正案的形式修订刑法的模式具有如下优点:一是形式灵活简便,可以因时制宜、因事制宜,及时满足社会对刑事立法方面的新要求;二是明确了修订后刑法与原刑法的关系,由于刑法修正案直接指明是对刑法某一条的修改,从而导致原刑法条文失效,避免了原来利用单行刑法的模式修订刑法而出现的新旧条文间效力冲突情况;三是可以一定程度地克服刑法规范过于分散的情况,既便于司法机关的执法又便于普通公民对法律的遵守。

另外,刑法典全面修订并重新公布后,全国人大常委会以立法解释的形式对刑法典第228条、第342条、第410条规定的“违反土地管理法规”、“非法批准征用、占用土地”的含义,第384条第1款规定的国家工作人员利用职务上的便利,挪用公款“归个人使用”的含义,第294条第1款规定的“黑社会性质的组织”的含义,村民委员会等村基层组织人员在从事哪些工作时属于刑法第93条第2款规定的“其他依照法律从事公务的人员”、第313条规定的“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行,情节严重”的含义和第九章渎职罪主体等问题作了解释。这些刑事立法解释对于弥补刑法规范中的漏洞起到了极为重要的作用。

二、现状:中国现行刑事立法的特点与缺陷

(一)中国现行刑事立法之特点

中国现行刑事立法呈现出如下特点:

1. 承继性

承继性是指现行刑法是在1979年刑法典及其后制定的单行刑法和附属刑法的基础上修改完善而来。其原因在于:首先,现行刑法典的出台,是对1979年刑法典颁布以来刑事立法的一次总结。这种总结必然以已有的刑法规范为基础,对之进行继承、删减或整合,而不可能完全摒弃原有的刑法规范,另起炉灶。其次,原有刑法规范中绝大部分内容的合理性得到司法实践

的充分证明,以科学原则为指导的刑法修订中只能是对合理部分的继承。再次,原刑法典已实施17年,司法机关和人民群众对之已较为熟悉,这便于司法与守法,也应当保持原有刑法的连续性与稳定性。所以在刑法典的修订中,“对刑法的原有规定,包括文字表述与量刑规定,原则上没有什么问题的,尽量不作修改。”^①

2. 统一性

统一性是指现在刑法规范的主要内容基本上被统一到刑法典中。在刑法典全面修订前,我国刑法规范散见在刑法典、25部单行刑法与90余部非刑事法律中,极不系统,这不但不利于司法适用也不利于公民守法,而且还常常出现刑法条款间相互冲突和矛盾的情况,有碍于刑事法治的实现。本次刑法典的全面修订中,“将刑法实施17年来由全国人大常委会作出的有关刑法的修改补充规定和决定研究修改编入刑法;将一些民事、经济、行政法律中‘依照’、‘比照’刑法有关条文追究刑事责任的规定,改为刑法的具体条款;将拟制定的反贪污贿赂法和中央军委提请常委会审议的惩治军人违反职责犯罪条例编入刑法,在刑法中规定为贪污贿赂罪和军人违反职责罪两章”。^②这样,原来分散的刑法条款就统一到了刑法典中。

3. 相对完备性

相对完备性是指现行刑法典较全面地将已有的严重危害社会的行为犯罪化并配之以相应的法定刑,设定了较为科学的刑罚制度。当然,这种完备性也是相对的:一方面,相对于原刑法典而言,现行刑法典是完善的。因为原刑法典只有192个条款,现行刑法典条款增至452条,罪名从原刑法典的130余个增至413个,增加了刑法的基本原则,完善了刑法制度,完备了分则罪状描述,细化了法定刑的设置。另一方面,相对于发展中的刑法而言,现行刑法必然存在诸多的问题,其中之一就是刑法典无法满足社会对付犯罪的需要,这必然凸显出刑法的不完善。实际上,自1997年刑法典修订后,为适应社会的需要,我国已制定了一个单行刑法和六个刑法修正案,以弥补现行刑法典的不足之处。

4. 相对现代性

相对现代性是指现行刑法典基本上秉承刑事法治现代理念,对犯罪、刑事责任与刑罚等问题作了较为科学的规定。这种科学性的体现是多方面的:

① 王汉斌:“关于《中华人民共和国刑法(修订草案)》的说明”。

② 王汉斌:“关于《中华人民共和国刑法(修订草案)》的说明”。

从刑法功能上看,从原来过分注重刑法的社会保障功能向刑法的社会保障功能与人权保护功能并重转变,这主要表现在规定了刑法的基本原则、深化了未成年人从宽处罚原则、完善了正当防卫制度和强化了对公民基本权利的保护等。从刑罚理念上看,现行刑法典在一定程度上体现了刑罚轻缓化的趋势。这主要表现为:削减了死刑数量,现行刑法典中死刑罪名 68 个,相对于旧刑法与特别刑法所规定的 80 余种死刑罪名而言,数量已明显减少^①。扩大了管制和罚金的适用范围:1979 年刑法典中规定可以适用管制的罪种为 23 个,现行刑法典扩大至 109 个;1979 年刑法典中只有 23 个罪种配有罚金,约占该法全部罪种的 17.7%,修订后的刑法中配有罚金的罪种扩大至 180 个,约占该法全部罪种的 43.5%。^②当然,这并非表明我国现行刑法已完美无缺、已全面现代化,因为我国刑法中的某些观念、原则和制度等都还存在与现代刑法发展趋势不符之处,这也是我国刑法应进一步修改、完善之处。

(二)我国现行刑事立法之缺陷

应当说我国现行刑法典是一部较为科学、全面、系统的刑法典,它凝结着众多法学专家、司法工作者和人民群众的智慧,是多年来我国刑事立法经验的丰硕成果。但以实事求是的态度观之,现行刑法典还存在诸多的缺陷、矛盾与不足。对此,现行刑法典刚刚出台,刑法界便有学者指出其存在的不足之处。其存在的问题是多方面的:既有宏观性的问题又有微观性的问题;既有犯罪论的问题又有刑罚论的问题;既有观念层面的问题也有制度层面的问题等。我们在此试图从宏观的视角对现行刑法中存在的不足略作探讨。

1. 刑法观念方面存在的问题

刑法观念是人们对犯罪、刑罚、罪刑关系等一系列问题的思想、观点和心理的总称。刑法观念可分为刑事立法观念、刑事司法观念和刑事执法观念。刑事立法观念是立法者如何设定犯罪和刑罚及如何处理罪刑关系等一系列问题的思想、观点和心理的总称。刑事立法观念决定着刑事立法的价值取向。在刑法典的修订过程中,我国刑事立法观念有了一定程度的更新,如在人权观念下新刑法典明文规定了刑法的基本原则,完善了已有相关制度以强化人权保障。但更新刑事立法观念的任务并没有因此而完成。我们应把握刑法发展的世界性趋势,接受现代刑法观念,以进一步完善刑事立法。从我

^① 胡云腾:《存与废——死刑基本理论研究》,中国检察出版社 2000 年版,第 207 页。

^② 高铭暄:“中国刑法的最新发展”,载《中国刑事法杂志》1998 年第 2 期。

国目前刑事立法观念来看,突出的问题主要表现在两方面:一是犯罪化与非犯罪化问题,二是刑罚轻缓化问题。

纵观建国以来我国刑事立法的历程,会发现在我国刑事立法中遵循的是犯罪化的观念,即特别注重将严重危害社会的行为在刑法中规定为犯罪。在这一刑事立法观念的指导下,我国刑法条文不断增多,罪名不断增加。当然,这主要是因为我国社会关系日益复杂化,各种严重危害社会的行为层出不穷,出于维护社会秩序和保护法益的迫切需要,国家日益倚重刑事手段。因此,刑法调整社会关系的触角伸得越来越长。在这种社会现实下,强调对严重危害社会的行为犯罪化有其合理性。但如果一味地强调犯罪化而不考虑非犯罪化问题,必然会出现如德国法学家拉德布鲁赫所称的“刑事法规的肥大症”。正因为如此,西方众多刑法学家重新审视传统刑法观念,主张将轻微的犯罪行为从刑法中删除,正如1989年10月在维也纳召开的国际刑法协会上通过的《关于刑法与行政刑法之间的差异所导致法律和实践问题的决议》中称:“国际上存在一种潮流,把一些社会意义较小的违法行为从传统的刑法中删除,从而使立法机关不得不把这些违法行为纳入行政刑法中。轻微违法行为的非刑事化,符合刑法只作为辅助性工具的原则,因而是值得欢迎的。”^①我国在刑事立法中如何体现非犯罪化观念,值得深思。从我国目前的实际情况来看,由于社会正处于转型之中,各种严重危害社会的行为仍将涌现,故而犯罪化应是刑事立法的主流。但社会变革也必然使原来视为具有严重社会危害性的行为变得不值得以刑事手段加以防范和制裁,故而非犯罪化也有其必要性。从1997年刑法典修订的实际情况看,犯罪化观念是主流,非犯罪化观念亦有所体现,如取消了原反革命罪中的部分罪名,取消了类推制度等。^②但我国刑事立法中不当犯罪化和忽视非犯罪化问题都存在,因而影响了刑事立法的质量。不当犯罪化,是指错误地权衡了将某行为犯罪化的利弊,将不应犯罪化的行为犯罪化了。例如,现行刑法典第306条将辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据和妨害作证行为犯罪化,就引起了刑法理论界和实务界的强烈反响,众多论者认为这是立法不当,^③甚至有全国人大代表

① 转引自沈德咏、汪少华:“刑法修改与非犯罪化问题”,载《中国律师》1996年第10期。

② 因为类推制度实质是将刑法本没有明文规定为犯罪的行为在司法实践中犯罪化了。

③ 袁野、张培鸿:“《刑法》第306条:中国刑事辩护律师的尴尬”,载《中国律师》2002年第8期;孙玉仁、秦元:“废除《刑法》第306条的立法思考”,载《广西政法管理干部学院学报》2003年第1期。

提议废除该条规定^①。忽视非犯罪化问题,是指在刑事立法过程中过于注重犯罪化而对非犯罪化问题重视不足。这主要是因为长期以来,我国刑事立法中惯于思考如何利用刑罚手段预防和打击严重危害社会行为,而对使用刑罚手段付出的代价考虑甚少。这也就导致了刑事立法中刑法条文大幅度增加、罪名也越来越多的现象。难道以前的犯罪化都是完美无缺而无可挑剔?

17世纪以后,随着启蒙思想的传播、人权思想的勃兴,刑罚轻缓化是西方刑法发展的一个趋势,其表现形式是多种多样的,在不同的历史阶段其轻缓化的重点也略有差异。但总的来看,刑罚轻缓化表现为限制甚至废除死刑的适用,减少终身监禁刑的适用,自由刑成为刑罚的主体,行刑过程中注重社会因素的参与等。我国近年来的刑事立法中虽对此有所体现,但其力度仍然不够。如从刑种方面看,死刑罪名仍多达68个,配有无期徒刑的刑法分则条文达75条,共涉及99个罪名,而带有长期自由刑的刑法条文则更多;从刑法规定的刑罚执行方式看,我国自由刑执行中主要在设施内依靠国家的力量,而对社会因素重视不足,刑罚执行中社会化程度极低。正如有论者言:“就我国刑法来看,无论从绝对数和比例数看,适用死刑、无期徒刑等刑种的范围过广,对刑罚规定太严,不正视这一现实,不承认我国刑事立法的重刑化倾向,显然是缺乏科学态度、不作客观分析的主观臆断。”^②(此段与上文“相对现代性”的论述有点冲突)

2. 刑事立法技术方面存在的问题

立法技术,就是制定和变动规范性法文件活动中所遵循的方法和操作技巧的总称。立法技术是个概括性的概念,从不同的角度我们可以对其进行不同的分类,如有宏观立法技术、中观立法技术和微观立法技术,有纵向立法技术和横向立法技术等。^③立法技术是否把握恰当,一定程度上决定着立法的水平和质量的高低。刑事立法技术,则是指国家在制定、修改和完善刑事法律过程中所遵循的方法和技能。在刑事立法过程中,要制定出高质量的刑事法律条款、出色地完成刑事法律条文的修改与完善,就应善于掌握刑事立法技术。虽然我国日益注重立法技术在刑事立法过程中的运用,但这方面存在的问题也是明显的。

① “30位人大代表提出议案:取消《刑法》第306条”,载《中国律师》2000年第5期。

② 张斌:“我国刑法的人权保障机能评析——以联合国刑事司法准则为视角”,载《江汉论坛》2002年第5期。

③ 周旺生:《立法论》(第1卷),北京大学出版社1994年版,第181页。

从宏观立法技术看,我国刑事立法过于求稳。这一点在刑法典的修订过程中表现得十分突出。正如王汉斌副委员长在《关于〈中华人民共和国刑法(修订草案)〉的说明》中所说的一样:“注意保持法律的连续性和稳定性。对刑法的原有的规定,包括文字表述和量刑规定,原则上没有什么问题的,尽量不作修改。”正是在这一思想指导下,我国原刑法典中的一些错误之处没有得到修改。例如,现行刑法典第15条第2款规定:“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任。”这一规定就是对原刑法典第12条第2款的原封不动的继承。显然这一条规定是存在严重错误的,刑法界早就意识到了,并呼吁尽快对这一规定作出修改。但遗憾的是在刑法典全面修订的大好时机下却没有对此作出反应。也有学者以近年来刑法的修订为例,批评刑法典过分注重稳定性,该论者指出:“如果说这些修改(指《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》、《中华人民共和国刑法修正案》——引者注)是因为刑法典制定后发生了新问题,尚有原情,但是,单行刑法所增补的犯罪在刑法典修订前已经相当突出和严重了。这就充分暴露出刑法典在追求刑法稳定性方面存在的不足。”^①

从中观立法技术看,我国刑事立法中没有处理好法律之间的协调问题。在过去的刑事立法中,刑事法律之间及刑事法律与其他法律之间时常存在各种冲突、矛盾或衔接不畅等问题。其表现是多方面的,首先表现在刑法的某些规定不符合宪法的规定和精神。以前,学界疏于从宪法的视角审视刑法的合宪性问题,现在有论者对此进行了专题探讨。^②实际上,我国刑法有些地方确实存在不合宪之处。例如,1999年宪法修正案中规定“非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分,国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益”。既然非公有制经济是我国市场经济的重要组成部分,那么法律对其就不应有歧视待遇。但在我国刑法中这种不应有的歧视待遇却明显存在。因为刑法从罪与刑的角度对国有企业重点保护,而对非国有企业的刑法保护则明显不够:从罪名看,刑法典第165至168条规定的非法经营同类营业罪(第165条),为亲友非法牟利罪(第166条),签订履行合同失职被骗罪(第167条),徇私舞弊造成破产、亏损罪(第168条)及《刑法》第369条规定的私分国有资产罪是为保护国有企业而设计的;从刑罚看,刑法为保护国有企业权益而配置的法定刑有的就比保护非国有企业的法定刑重,如职务侵

① 童德华:“现行刑事立法技术‘六维’评价”,载《法学》2002年第11期。

② 刘树德:《宪政维度的刑法思考》,法律出版社2002年版。

占罪与贪污罪法定刑之间的差异就十分明显。故而有论者从宪法的角度呼吁加强非国有企业的刑法保护。^①

其次是刑法典与特别刑法之间衔接不畅。例如,《城镇集体企业条例》第61条第2款规定的“集体企业领导人员……玩忽职守,致使集体企业财产、利益遭受重大损失,构成犯罪的,依法追究刑事责任”。依据现行刑法典第379条的规定,玩忽职守罪的主体只能是国家机关工作人员,而集体企业领导人员不属于国家机关工作人员。所以依据现行刑法典,集体企业领导人员玩忽职守致使集体企业财产利益遭受重大损害的,不能以玩忽职守罪论处,也没有其他刑法条文可以适用。这样对此类行为便不能追究刑事责任,以致刑法典与特别刑法无法衔接。

再次是刑法典与其他部门法间的不协调。例如,依据《公司法》第57条第(2)项后段规定,行为人因犯罪被剥夺政治权利,执行期满未逾5年的不得担任公司的董事、监事和经理。这就是说,无论行为人犯有什么罪,只要被剥夺政治权利,也无论剥夺政治权利是独立适用还是附加适用,执行期满未逾5年即被剥夺担任公司上述职务的权利。这一规定显然是与现行刑法典关于剥夺政治权利的规定相悖的。因为《刑法》第54条第(4)项规定的剥夺政治权利是剥夺“担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利”。《公司法》的这一规定是根据原刑法典第50条第(4)项剥夺“担任企业、事业单位和人民团体领导职务的权利”作出的照应性规定。在原刑法典已作出修订的情况下,此部门法却没有作出相应的修正,出现两者的冲突也就成为必然。因此,有论者呼吁对《公司法》与《刑法》冲突的这一规定作出修改。^②

从微观立法技术看,我国刑事立法在营造法的结构、表述法的语言方面存在诸多不足。这主要表现在法律用语不规范、不准确及不必要的模糊。例如,刑法典第20条第3款中“行凶”一词究竟为何意,刑法学界长期争论不休。^③究其原因,主要是因为“行凶”一词过于模糊,有的学者认为该词不是

① 赖早兴:“应加强非国有企业合法权益的刑法保护”,载《湘潭大学社会科学学报》2000年第4期。

② 赖早兴、董丽君:“关于《公司法》第57条第(2)项所涉刑法问题的探讨”,载《商业研究》2000年第10期。

③ 刘艳红:“刑法第20条第3款‘行凶’一词的理论考察”,载《法学评论》2000年第6期;许尚金:“析特别防卫权意义上的‘行凶’”,载《人民检察》2002年第1期。

一个严密的法律概念^①，甚至有学者认为该词根本就不是法律用语。又如，现行刑法典第 269 条规定：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”此处的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”是指实施盗窃、诈骗、抢夺性质的行为即可，还是要求达到构成盗窃罪、诈骗罪或抢夺罪的程度？这也是模糊不清的。

3. 刑法基本原则立法中存在的问题

现行刑法典的一大特点是以条文的形式明文规定了刑法的基本原则，这也是我们认为刑法典先进的一大原因，刑法典的这一规定也得到了刑法学界的普遍好评。但从刑事法律完善的角度，我们又不得不对刑法的基本原则作批判性的分析，从而发现其存在的不足，并对之加以完善。我们认为我国刑法的基本原则中存在的问题是多方面的，其中主要又在于基本原则的补充和已有基本原则的完善两个方面。

我国刑法典现在只就罪刑法定、罪责刑相适应和刑法平等原则作了规定，这是否意味着刑法只有这三个基本原则？这无论在刑法典修订前还是在其修订后学界均有争议。例如高铭暄教授主编的《刑法学原理》对 1979 年刑法典颁布后刑法学界关于刑法有哪些基本原则之争议进行了简要评析，否认了刑法学界提出的大多数原则，认为：“剩下的只有两条原则：一是罪刑法定原则，二是罪刑相适应原则，这才是我国刑法的基本原则。”^②赵秉志教授和吴振兴教授主编的《刑法学通论》认为：“我国刑法的基本原则应当包括以下四个：罪刑法定原则、罪刑相适应原则、罪责自负原则和主客观相统一原则。”^③高铭暄教授主编的《新编中国刑法学》认为：“罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则、罪责刑相适应原则无可置疑地应当属于我国刑法的基本原则，并已为我国修订的刑法典所确认。但是，也还有一些原则如罪责自负原则、主观与客观相统一的刑事责任原则、惩罚与教育相结合原则，尽管修订的刑法典没有明文加以确认……我们认为，它们也属于我国刑法的基本原则。”^④王作富教授主编的《刑法》中认为：“新刑法明确规定了刑法的三个基本原则，即罪刑法定原则、罪责刑相适应原则和适用刑法人人平等原则。问

① 莫洪宪、王明星：“刑事立法之技术特点”，载《现代法学》2001 年第 5 期。

② 高铭暄主编：《刑法学原理》（第 1 卷），中国人民大学出版社 1993 年版，第 164 页。

③ 赵秉志、吴振兴主编：《刑法学通论》，高等教育出版社 1993 年版，第 32 页。

④ 高铭暄主编：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社 1988 年版，第 19 页。