



京师刑事法文库（112）



当代刑法问题新思考

New Perspectives on Contemporary Criminal Law Issues

赵秉志 ○ 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

京师刑事法文库 (112)



当代刑法问题新思考

New Perspectives on Contemporary Criminal Law Issues

赵秉志 © 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

当代刑法问题新思考 / 赵秉志著. —北京: 中国法制出版社, 2015.9

(京师刑事法文库)

ISBN 978-7-5093-6727-8

I. ①当… II. ①赵… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 224780 号

策划编辑: 潘孝莉 (editorwendy@126.com)

责任编辑: 周庠宇 (zxy7676@126.com)

封面设计: 李 宁

当代刑法问题新思考

DANGDAI XINGFA WENTI XINSIKAO

主编 / 赵秉志

经销 / 新华书店

印刷 / 北京九州迅驰传媒文化有限公司

开本 / 787 × 1092 毫米 16

版次 / 2015 年 12 月第 1 版

印张 / 48.5 字数 / 1062 千

2015 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6727-8

定价: 156.00 元

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66010406

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)



德育英才 法行天下
Virtual Ethics Legal Spirits

北京师范大学刑事法律科学研究院建院10周年志庆

Tenth Anniversary of College for Criminal Law Science of Beijing Normal University

(2005-2015)

前 言

时光荏苒，岁月如歌。2005年8月，我们刑法学术团队加盟北师大创建的我国高等学校首家刑事法律科学研究院宣告成立，成为当年我国法学界的十大新闻之一。当时的一切都还历历在目，转瞬已走过十个寒暑，我们已站在北师大刑科院成立十周年的门坎上了。回首既往，我们刑事法团队同仁们在艰苦创业的征途上奋力前行，一路高歌着《从头再来》、《精忠报国》、《感恩的心》、《友谊地久天长》和《我们走在大道上》这几首院歌，再创别开生面的《刑科 style》，实现了十年的跨越式发展，我也从年近五旬迈入了年近花甲。抚今追昔，不仅感慨万千。如果没有当年以事业为重信念下的放手一搏，既不会有这十年创业的艰辛，也不会达到十年来事业发展的高度，不会有我们团队堪称辉煌的贡献和业绩。

十年来，作为学术团队的带头人，我始终不曾忘记自己是一个学者，是学术团队的一分子，始终坚持以学术为本，对学术研究不敢稍有懈怠。十年前的2005年8月，我将自己的专题著作《刑法基本理论专题研究》作为北师大刑科院创建的“京师刑事法文库”的第一本著作交由法律出版社出版，以此迎接了北师大刑科院的诞生；九年前的2006年8月，我整理了自己的《死刑改革探索》这本个人专题文集，作为北师大刑科院创建的“促进死刑改革系列”的第一本书交由法律出版社出版，作为献给北师大刑科院周岁生日的礼物；后来我还陆续出版过专著《犯罪未遂形态研究》和两套个人文集《现代刑法问题新思考》（四卷）、《社会变迁与刑法发展系列》（三卷）。我们学术团队的同仁们一致认为，开展学术活动和推出学术成果是庆祝刑科院生日的最好的形式，而当刑科院度过重要生日时尤应如此。因而值此刑科院10岁华诞之际，我们筹备了几个议题重要的国际、国内学术会议，组织编辑出版了多本学术团队的集体作品，还资助青年教师出版其学术专著，支持教授们选编出版其个人文集。作为学术团队的带头人，希望和要求团队成员做到的，自己首先要做到。因此，我把自己晚近两年来的论文和文章选编成本书，以《当代刑法问题新思考》为书名交由中国法制出版社出版，作为自己献给北师大刑科院十岁生日的一份礼物。

这本文集收入我2014年至2015年间的论文和文章43篇（大部分为已发表），按其内容分为八个部分：第一部分为“刑法基本问题”，计7篇，论及了我国刑法演进和刑事法治发展的宏观问题，以及公司犯罪、正当防卫、特赦问题和劳动教养制度废止后刑法调整的总论问题；第二部分为“《刑法修正案（九）》专题”，计9篇，包含了《刑法修正案（九）》研拟中及其通过后关于此次刑法修正的宏观问题和若干重要的具体问题的研讨；第三部分为“死刑改革专题”，计5篇，论及了死刑改革与公众人道观

念的转变、我国死刑立法的最新改革，以及死刑司法中的若干重要问题；第四部分为“反恐刑法专题”，计4篇，论及了当前我国反恐立法暨司法的若干前沿问题；第五部分为“反腐刑法专题”，计3篇，第1篇全面梳理、探讨了习近平总书记的反腐倡廉思想，其余2篇涉及了当前我国反腐败刑法立法和司法中的若干重大现实问题；第六部分为“其他热点犯罪专题”，计8篇，论及了危害食品安全和药品安全犯罪、集资诈骗罪、侵犯知识产权罪、家暴犯罪等热点犯罪的理论与实践问题；第七部分为“中国区际刑法专题”，计3篇，论及了海峡两岸的刑事法问题以及我国内地与澳门特区间的刑事司法互助机制构建问题；第八部分为“刑事名案研析”，计4篇，论及了广受关注的薄熙来案件、赖昌星案件和周永康案件的法理问题。书末附有我自2014-2015年间出版书籍和发表论文、文章的目录。综观全书所收录的论文和文章，虽然论题较为广泛，但都基本上反映了本人在学术研究中一贯推崇并着力追求的学术风格，即体现了现实性、前沿性，希冀对深化刑法学研究和促进刑事法治有所裨益。本文集的编选秉承本人既往之做法，即以保持原文发表时的观点和基本内容为原则，主要是进行技术性、规范性的编辑整理，并在文中注明原载之报刊和合作者等情况（在此本人要向论文合作者衷心致谢）。

最后，要特别感谢本书的出版者中国法制出版社。近20年前的1996年，当我年届四旬时，中国法制出版社殊为不易地出版了我的第一套个人文集《刑法研究系列》（4种5本，选入我1996年以前十多年间发表的刑法学论文），给了我一个青年刑法学者莫大的荣誉和鼓励；在我此后的学术生涯中，中国法制出版社又出版过我的多种专业书籍，并给我所带领的学术团队以强有力的扶持；在我年近花甲、我们刑科院成立10周年之际，中国法制出版社又当然地成为我们学术团队多种著作的出版者，成为我这篇文集的出版者。这种数十年经久的学术友谊是应当铭记在心的。衷心感谢中国法制出版社领导对本书出版的鼎力支持和责任编辑潘孝莉同仁的辛勤劳动；感谢北师大刑科院学术秘书、我的博士生商浩文同学在编务和校对等方面的协助。

祝愿北师大刑科院的学术事业在法治中国进程中兴旺发达。

赵秉志

2015年10月于北师大刑科院

目 录

第一篇 刑法基本问题

中国刑法的演进及其时代特色	3
努力开创中国刑事法治发展新局面	17
当代中国公司犯罪争议问题研讨	22
对女性“以暴制暴”行为的刑法学思考 ——基于家庭暴力视野下的思考	38
我国新时期特赦的政治与法治意义	53
我国新时期特赦的法理研读	56
论劳动教养制度废止与刑法调整	61

第二篇 《刑法修正案（九）》专题

中国刑法立法改革新思维 ——以《刑法修正案（九）》为中心	79
中国刑法的最新修正	94
简评《刑法修正案（九）》的得与失	117
关于《刑法修正案（九）》新增暨修改罪名的意见	128
中国死刑立法改革新思考 ——以《刑法修正案（九）（草案）》为主要视角	141
中国反恐刑法的新进展及其思考 ——《刑法修正案（九）》相关内容评述	160
论中国贪污受贿犯罪死刑的立法控制及其废止 ——以《刑法修正案（九）》为视角	170
贪污受贿犯罪定罪量刑标准问题研究	183

论妨害司法罪的立法完善

——以《刑法修正案（九）（草案）》的相关修法为主要视角	205
-----------------------------------	-----

第三篇 死刑改革专题

传统与现代：死刑改革与公众“人道”观念的转变	221
我国死刑限制适用的刑法问题探讨	237
我国公众的传统死刑心理及其理性引导研究	271
法定量刑情节与死刑适用关系论纲	311
酌定量刑情节限制死刑适用的路径	331

第四篇 反恐刑法专题

论我国恐怖活动犯罪刑法制裁体系及其完善	341
略论恐怖活动犯罪暨反恐立法问题	352
论我国恐怖活动犯罪的刑事司法困境及其应对	362
论我国金融反恐合作的法律应对	373

第五篇 反腐败刑法专题

习近平反腐倡廉思想研究	407
中国反腐败刑事法治的若干重大现实问题	428
行贿罪法治完善问题研究	454

第六篇 其他热点犯罪专题

互联网时代食药安全刑事法保障	475
危害食品安全犯罪定性问题研究	
——以河南特大“瘦肉精”案件为主要样本	479
民营企业集资诈骗罪：问题与思考	492
侵犯知识产权犯罪的立法完善问题研究	512
中国家暴犯罪的罪与罚	
——以最高人民法院公布的四起家暴刑事典型案例为主要视角	562
遏制刑讯逼供的域外法治经验及其启示	579
论敲诈勒索罪与抢劫罪之界分	
——以当场实施暴力、当场取得财物为中心	594

论我国编造、传播虚假信息的刑法规制	608
-------------------------	-----

第七篇 中国区际刑法专题

台湾地区区际刑事法制的反思与借鉴	629
海峡两岸跨境经济犯罪防制问题研究	640
论我国内地与澳门特区间刑事司法互助机制的构建	652

第八篇 刑事名案研析

薄熙来案件审判的法理问题研究	669
赖昌星案件法理问题研究	719
我国境外追逃中的移民遣返措施研讨 ——以赖昌星遣返案为视角	740
略谈周永康案件的罪与罚	753
附录：赵秉志论著目录（2014 - 2015）	760



第一篇

刑法基本问题

中国刑法的演进及其时代特色^{*}

目 次

- 一、前言
- 二、中国刑法的缘起与演进
 - (一) 中国刑法的缘起与演进历程
 - (二) 中国刑法的演进特点
- 三、中国现行刑法的基本内容与主要特点
 - (一) 中国现行刑法的基本内容
 - (二) 中国现行刑法的主要特点
- 四、中国现行刑法的时代特色
 - (一) 注重刑法理念的时代更新
 - (二) 强化刑法立法的法典化方向
 - (三) 坚持刑法改革的国际化趋向
 - (四) 深化新型犯罪的刑法治理
- 五、结语

一、前言

中国是一个千年文明古国。在数千年的历史演进和文化遗产中,法制也是中国文化的重要组成部分。其典型代表是中华法系“诸法合体、刑民不分”的法律特点。近代以来,中国借鉴、吸收西方法治文明的成果,开启了法制近代化的历程。包括刑法在内的整个法律体系因而得以不断地改进和发展。新中国成立以后,中国立足于本土国情,不仅继承了中国古老法制文明的优秀成果,而且放眼世界,中西结合,创造了中国现代法制文明。在当代中国已比较完备的法律体系中,刑法是一个占据特殊重要地位的部门法,刑法演进和繁荣反映了中国现代法制文明的最新成果,也反映了当代中国社会发展进步的过程。了解中国刑法的演进历程及其时代特色,对于全面而深入地了解中国法律体系、法制文明和社会进步的状况都具有积极的现实意义。

^{*} 原载《南都学坛》2015年第2期。

二、中国刑法的缘起与演进

（一）中国刑法的缘起与演进历程

刑法是随着国家的出现而出现的。客观地说，中国刑法的起缘可以追溯至四千多年前中国的第一个朝代——夏朝。当时的夏王朝根据社会治理的需要制定了《禹刑》，这也是中国最早的成文法典（刑法典）。此后，中国历经十余个朝代，制定了数十部成文刑法典。比较著名的法典有《吕刑》（制定于近3000年前的周朝中期，中国现存的第一部成文法典）、《法经》（制定于公元前5世纪，是中国历史上第一部比较系统、比较完整的封建成文法典）、《唐律》（制定于公元651年，在中国古代立法史上占有最为重要的地位，是迄今保存下来的最完整、最具社会影响的古代成文法典，也是中国封建法制的最高成就）、《宋刑统》（制定于963年，是中国历史上第一部刻板印行的法典）、《大明律》（制定于1397年）、《大清律例》（制定于1646年，是中国历史上最后一部封建成文法典）等。其中，《唐律》集封建法律之大成，是中华法系的代表作，标志着中华法系走向成熟。唐律是唐代法律的总称，主要形式为律、令、格、式。其中以律为主，令、格、式则是律的重要补充，共分为12篇、30卷、502条。其篇目为名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂律、捕亡、断狱。“名例律”如同现代刑法的总则，是《唐律》的基本精神和基本原则的集中体现，其内容是关于五刑、十恶、八议以及其他有关定罪判刑的各种原则的具体规定。自“卫禁律”以下的11篇相当于现代刑法的分则，具体规定了什么行为构成犯罪以及犯罪后如何处罚的各种条款。

中国近现代刑法的变迁始于1911年。1911年的辛亥革命终结了中国没落的清王朝暨两千多年的封建统治，拯救中华民族于危难之中，是中国近现代社会发展的重要转折点，也是中华法制文明发展的重要转折点。自1911年至今，中国刑法历经清末民初、国民政府时期和新中国成立之后等重要历史阶段，先后颁布了《大清新刑律》（1911年）、《暂行新刑律》（1912年）、《中华民国刑法》（1928年和1935年）及《中华人民共和国刑法》（1979年和1997年）等6部刑法典和大量单行刑法、附属刑法规范。在这些刑法立法中，1911年1月25日清政府颁布的《大清新刑律》以德日刑法为原型，抛弃了中国旧律的编纂体例和结构形式，确立了罪刑法定等现代刑法原则，成为中国刑法近代化的标志和传统刑法与现代刑法的分水岭。^①不过，该部刑法虽经颁布但因辛亥革命爆发而未能施行。辛亥革命胜利后，在对《大清新刑律》进行简单删改的基础上，北洋政府于1912年4月30日颁布了一部过渡性的刑法典——《暂行新刑律》，并先后于1915年、1919年拟定了两次刑法修正草案。但这两次刑法修正草案由于各种原因都未能颁行。1927年，国民政府定都南京后，开始着手起草刑法典，并于1928年3月10日公布了《中华民国刑法》。在此基础上，国民政府又于1935年1月1

^① 参见朱昆：“《大清新刑律》与中国法制现代化的启动”，载《河南大学学报》（社会科学版）1998年第2期。

日颁布了经全面修订的《中华民国刑法》。该刑法典是中国最后一部资产阶级刑法典，它的颁行标志着中国刑法近代化的基本结束。

中国现代刑法的演进始于新中国的成立，并经历了三个主要阶段，即1949年新中国成立至1979年刑法典通过的创制阶段，1979年刑法典的实施至1997年新刑法典通过的发展阶段，以及1997年新刑法典实施至今的完善阶段。

1. 中国现代刑法的初创

1949年新中国的成立，标志着中国的政权建设和法制建设进入了一个新的历史时期。不过，由于新中国成立之初的主要任务是稳定政权、发展经济，加之当时国家决策领导层的认识不足，法制建设并没有被及时提上议事日程，后来又受十年“文化大革命”运动的影响，因此，在新中国成立至1979年新中国第一部刑法典通过之前的30年间，中国的刑法立法十分缺乏，主要的刑法立法只有中央人民政府委员会于1951年2月20日通过的《中华人民共和国惩治反革命条例》、中央人民政府委员会1952年4月21日公布施行的《中华人民共和国惩治贪污条例》、全国人大常委会1956年11月16日颁布的《关于宽大处理和安置城市残余反革命分子的决定》和《关于对反革命分子的管制一律由人民法院判决的决定》；以及一些包含刑事罚则的非刑事法律，如《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。^①由于立法的零散、不完备，这一时期的中国刑法规范还不成体系。

中国现代刑法典的初创是在1979年。1979年7月1日五届全国人大二次会议通过的刑法典是新中国成立后的第一部刑法典。该刑法典共分为两编、192条。其中，第一编是“总则”，下设“刑法的指导思想、任务和适用范围”、“犯罪”、“刑罚”、“刑罚的具体运用”和“其他规定”共五章；第二编是“分则”，下设“反革命罪”、“危害公共安全罪”、“破坏社会主义经济秩序罪”、“侵犯公民人身权利、民主权利罪”、“侵犯财产罪”、“妨害社会管理秩序罪”、“妨害婚姻、家庭罪”和“渎职罪”共八章。总体上看，虽然该部刑法典只有区区192个条文而且条文大多很简短，是一部粗放型的刑法典，但是它第一次系统地规定了犯罪、刑罚的基本原理原则和各类具体犯罪及其法定刑，从当时看，可以说是一个体系相对完善、结构相对合理的刑法典。

2. 中国现代刑法的发展

受制定1979年刑法典当时的政治、经济、文化及社会治安形势的限制，加上立法时间的仓促，使得该部刑法典在观念上比较保守，在内容上失于粗疏，以致在很短时间内便显露出与社会现实生活的诸多不适应。^②加之1979年制定刑法典时就曾考虑过是否在刑法典中规定军职罪，但后来考虑到来不及研究清楚，决定另行起草军职罪暂行条例。^③因此，1979年刑法典颁布实施后不久，国家立法机关即开始着手刑法典的补充、完善工作。1981年6月10日，中国全国人大常委会通过了《惩治军人违反职责

^① 参见高铭暄、赵秉志：《中国刑法立法之演进》，法律出版社2007年版，第32-37页。

^② 参见赵秉志、赫兴旺：“中国新刑法典的修订与分则的重要进展”，载《吉林大学社会科学学报》1997年第6期。

^③ 参见赵秉志主编：《中国特别刑法研究》，中国人民公安大学出版社1997年版，第749页。

罪暂行条例》。而随着改革开放的不断深入和中国社会政治、经济的不断发展,新型犯罪亦不断出现。鉴于此,国家立法机关根据需要相继进行了大量的刑事立法。自1981年至1997年新刑法典通过前,全国人大常委会先后通过了25部单行刑法,并在107个非刑事法律中设置了附属刑法规范。^①通过这些单行刑法以及非刑事法律中的附属刑法规范,不仅刑法体系的空间效力、溯及力、犯罪主体、共同犯罪、刑罚种类、死刑案件的核准、量刑制度、罪数、分则罪名、罪状、法定刑、罚金适用、法条适用^②等要素内容得到了进一步补充、完善,而且刑法体系的结构也得到了进一步的充实,形成了刑法典、单行刑法、附属刑法规范相互补充、相互配合的刑法立法格局。但是,这一时期的刑法立法也存在一系列的缺陷,如刑法的内容不完善、有些罪刑关系的规范不协调、刑法规范过于粗略、刑事立法缺乏总体规划、立法解释极为欠缺等,^③这些立法缺陷影响了刑法体系的完整和统一。

1997年新刑法典的通过,是当代中国刑法发展历程中具有里程碑意义的事件。1997年3月14日通过的新刑法典尽管在总体上基本延续了1979年刑法典的体系,但是在具体设计上更为完备。这主要体现在:(1)将“总则”第一章的章名由“刑法的指导思想、任务和适用范围”更改为“刑法的任务、基本原则和适用范围”,增加了有关刑法基本原则的规定,规定了现代刑法具有共识的罪刑法定、适用刑法平等和罪责刑相适应等三项基本原则,强化了刑法的人权保障机能。(2)在“总则”第二章“犯罪”中增加了“单位犯罪”一节,进一步扩大了犯罪主体的范围,严密了法网。(3)“分则”由原来的八章增加为十章,并进一步扩充、完善了刑法典分则的体系。经过这些修改,中国整个刑法典的体系显得更为统一和完备。

3. 中国现代刑法的完善

1997年新刑法典颁布实施之后,中国现代刑法进入了深入发展和完善的阶段。在这一阶段,因应社会实践发展的需要,中国刑法的变化当前主要体现在三个方面:

一是单行刑法继续存在但已不再是主要的刑法补充、完善方式。1997年新刑法典颁行之后,国家立法机关又颁行了1个单行刑法文件,即全国人大常委会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》。^④但自此之后,全国人大常委会就再也没有颁行过单行刑法,目前单行刑法已经不再是一种主要的刑法完善方式。

二是刑法修正案逐渐成为中国刑法补充和完善的主要方式。“相比于单行刑法和附属刑法的修法模式,这种修法模式兼顾修法的及时性、科学性和维护刑法典的统一性,受到了刑法理论界和实务界的一致认同。从一定意义上讲,刑法修正案模式的确立,标志着中国刑法修改模式的基本成熟。”^⑤自1997年新刑法典颁行迄今,全国人大常委

① 参见高铭暄、赵秉志:《中国刑法立法之演进》,法律出版社2007年版,第42页。

② 参见高铭暄、赵秉志:《中国刑法立法之演进》,法律出版社2007年版,第44-52页。

③ 参见赵秉志:《刑法改革问题研究》,中国法制出版社1996年版,第5页。

④ 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。

⑤ 赵秉志:“刑法修改的四特点和两方向”,载《检察日报》2009年3月2日。

会先后颁行了8个刑法修正案,《刑法修正案(九)(草案)》也已于2014年10月首次提交全国人大常委会审议,预计将于2015年内通过。^① 刑法修正案已经成为当前中国刑法修改的主要方式。

三是刑法典的内容进一步完善和充实,不仅通过增加许多新的犯罪、调整相关法定刑等方式充实、完善刑法典分则,而且通过加强对老年人、未成年人等特殊群体的保护、完善刑罚的体系和结构等方式进一步完善刑法典总则,使得刑法典的内容更为完备。

(二) 中国刑法的演进特点

“往者不可谏,来者犹可追。”回首中国刑法变迁的历程尤其是中国现代刑法的演进,可以发现,它具有以下几个方面的鲜明特点:

1. 刑法立法逐渐走向开放

中国古代的刑法立法因当时中外交流较少、政治观念的约束等原因,立法较为封闭。相比之下,中国近现代刑法的变迁则不断走向开放,是一个不断融合中国传统刑法文化与外国先进立法经验的过程。其中,1911年的《大清新刑律》之所以被视为中国刑法近代化的开端,就是因为它适应了当时世界法治文明的发展,参考借鉴了德日等西方国家先进的刑法立法经验,实现了刑法从观念到制度、体例的重大突破。^② 之后的《暂行新刑律》和1928年的《中华民国刑法》则主要是对《大清新刑律》的简单“继承”,缺乏科学的批判和有价值的借鉴。1935年的《中华民国刑法》是在继承1928年《中华民国刑法》的基础上参酌历年国际刑法会议精神及最新的外国立法例,并考虑了当时中国各地的司法状况,^③ 较为恰当地处理好了继承与借鉴的关系,因而被视为中国刑法近代化的代表。而新中国两部刑法尤其是1997年刑法典更是以中国社会的现实需要为基础,通过批判、继承传统封建刑法和资产阶级刑法,同时参考借鉴前苏联和西方国家刑法立法而制定的,呈现出明显的开放性。

2. 刑法立法逐渐走向科学

毋庸讳言,刑法是政治的产物,是国家意志的体现。政治清明、民主,刑法立法才会得到健康、良性的发展;政治纷乱、动荡,就会导致刑法立法的停滞和倒退。政治性因而是刑法立法的基本特性,刑法立法是一定时期各种力量政治需求的法律体现。在中国刑法发展的历史上,1911年的《大清新刑律》既是清末政府为维护其专制统治而进行变法的体现,也是当时中国新旧两派政治力量斗争的产物。^④ 1912年的《暂行新刑律》则是以孙中山为首的南京临时政府与以袁世凯为首的北洋政府之间斗争的产物。孙中山为了保住“民国”形式,被迫在其他方面作出了妥协和让步,他对待清朝

^① 2014年10月27日提交全国人大常委会首次审议的《刑法修正案(九)(草案)》为47条,此后至2015年4月27日的最新修改稿《草案》达50条,本文以此最新修改稿为据拓展述评。

^② 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17页。

^③ 参见高尚:“潮流与传统间的徘徊——20世纪早期的中国刑事立法”,载《人民法院报》2004年7月21日。

^④ 参见张晋藩:《中国近代社会与法制文明》,中国政法大学出版社2003年版,第311页。

法律的态度也因此发生了转变。^①而北洋政府基于自身政权的统治基础以及现实形势的需要,既想对满清刑律中的礼教纲常予以保留,也需要做出适应新形势的变化。^②《暂行新刑律》是两者相互妥协的结果。不过,与政治性相比,中国现代刑法立法更注重其科学性:(1)刑法立法技术日益科学。中国刑法立法技术从20世纪50年代初期的中央人民政府委员会立法到全国人大立法,从法规到刑法典、单行刑法、附属刑法再到刑法修正案,经历了一个漫长的演变过程。从总体上看,当前中国刑法立法技术日益科学,修正案已经成为中国刑法修改的主要方式,由于刑法修正案一经颁行即成为刑法典的组成部分,因而有利于更好地保证中国刑法体系的完整性、系统性,也有利于促进刑法体系的科学发展;同时,当代中国刑法立法注重调查研究和经验总结与借鉴,立法的灵活性也不断增强,这在很大程度上保证了刑法内容的科学。(2)刑法立法内容日益科学。刑法观念是刑法立法的指导。当前,中国刑法立法已经从早期的工具主义观念发展为更加注重人权保障的现代刑事法治理念。在此观念的指引下,中国刑法立法的内容也逐渐科学。例如,中国刑法的原则已经摒弃了古代刑法的罪刑擅断、等级森严、刑罚残酷等特点而走向了罪刑法定、刑法面前人人平等、罪责刑相适应等现代刑法进步的基本原则;中国刑法已经彻底废止了肉刑,刑罚体系更为人道、科学;中国具体犯罪的设置和法定刑的配置也注意密切联系中国实际,注重发挥刑法的实效。

3. 刑法立法逐渐走向民主

中国古代刑法立法的民主性较弱,其刑法主要是君主意志的体现,君主“言出法随”,具有明显的集权性特征。即便一些刑法立法体现出一定的民主性,但通常也仅限于封建王朝的王公贵族等特权阶层。随着新中国的成立,中国刑法立法的民主性有了政治制度上的保证,它既是中国人民代表大会制度的基本要求,也是充分发挥社会各阶层、各群体力量的体现。基于此,中国现代刑法立法的民主性明显增强,1979年刑法典、1997年刑法典及单行刑法、刑法修正案都广泛吸收了多方面的意见。中国刑法立法机关不仅十分注重广泛征求包括有关机关、专家学者、社会公众在内的各方面的意见,而且形成了一整套较为成熟的意见征求机制。许多部门、专家学者和社会公众提出的意见都得到了国家立法部门的重视、研究和采纳。中国刑法立法的民主性日益彰显。

三、中国现行刑法的基本内容与主要特点

(一) 中国现行刑法的基本内容

中国现行刑法是由1997年刑法典及之后的1部单行刑法和8部刑法修正案共同组成的。从总体上看,单行刑法和刑法修正案主要是对刑法典分则涉及的具体犯罪及法定刑的修改和补充,而且尤为重要是刑法修正案一经通过即融入刑法典而成为其有

^① 参见柯钦:“《暂行新刑律》是南京临时政府颁布的吗?”,载《法学杂志》1987年第1期。

^② 参见丁德春、陶昆:“传统的‘礼’与近代的‘法’——由《暂行新刑律》评北洋政府刑事立法”,载《安徽警官职业学院学报》2007年第3期。