

刑事法治的 理想

XINGSHI FAZHI

DE

LIXIANG

主编 / 逢锦温 杜国强 徐立

人 民 法 院 出 版 社

刑事法治的 理想



XINGSHI FAZHI

DE

LIXIANG

主编 / 逢锦温 杜国强 徐立

人 民 法 院 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法治的理想 / 逢锦温, 杜国强, 徐立主编. —北京:
人民法院出版社, 2016. 7

ISBN 978-7-5109-1539-0

I. ①刑… II. ①逢… ②杜… ③徐… III. ①刑法—
中国—文集 IV. ①D924.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 170938 号

刑事法治的理想

逢锦温 杜国强 徐立 主编

责任编辑 范春雪

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550525 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

客 服 QQ 2092078039

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 736 千字

印 张 42.25

版 次 2016 年 7 月第 1 版 2016 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-1539-0

定 价 105.00 元

版权所有 侵权必究

祝贺

李希慧教授执教三十周年

《刑事法治的理想》

编辑委员会

主 编	逢锦温	杜国强	徐 立	
副 主 编	焦 阳	张卫兵	姚龙兵	马晖慧
编 委 会	(以姓氏笔画为序)			
	马晖慧	方 媛	邝 璐	刘伟丽
	刘 净	刘期湘	汤媛媛	祁雪晶
	孙璐璐	杜国强	李长兵	李 军
	邱帅萍	宋久华	张卫兵	张忠斌
	张 蓉	陈家林	郑祖星	逢锦温
	姚龙兵	贾济东	徐 立	徐光华
	黄东海	董文辉	董邦俊	程应需
	焦 阳	童伟华	谢雄伟	臧冬斌
	熊劲松	冀华锋		

健全刑事法治 增强刑法遏制犯罪力度^{*}

(代序)

李希慧^{**}

刑法是用来遏制犯罪的，此乃不易之理。刑法遏制犯罪力越强，犯罪则越少，反之，犯罪则越多。

近些年来，在我国，无论是危害社会治安的犯罪还是破坏经济的犯罪，都十分猖獗，发案率居高不下，人民群众对此深有怨言。这种现状的酿成，其中一个重要原因就是刑法遏制犯罪力不强。因此，要扭转现状，减少犯罪，必须增强刑法遏制犯罪的力量。具体地说，要从刑法立法和适用两个方面着手。

^{*} 本文原载《山东法学》(现更名为《法学论坛》)1995年第3期。文章发表于20多年前，其中有关刑法立法完备性和科学性方面的问题，在之后的刑法修改中基本得以解决，但所展现的增强刑法遏制犯罪力必须从刑法立法和刑法适用两个方面着手，切实做到刑法立法完备科学和刑法适用及时准确的观点，在今天仍然具有很强的现实意义。经李老师同意，特以此文作为文集序言。在此，谨向李老师表达由衷谢意！

^{**} 李希慧，男，1957年4月出生，湖北仙桃人。北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士研究生导师、中国刑法研究所所长。1983年7月毕业于湖北财经学院(现中南财经政法大学)法律系，获法学学士学位；1986年7月毕业于中南政法学院(现中南财经政法大学)，获法学硕士学位；1986年7月至1993年12月任教于中南政法学院；1990年12月至1994年1月在中国人民大学法学院攻读法学博士学位，获法学博士学位；1994年1月至1996年5月为武汉大学法学博士后科研流动站研究人员；1998年11月至1999年11月英国剑桥大学访问学者；1996年5月至今为武汉大学法学院教授；1998年至2004年5月为武汉大学法学院博士研究生导师；2004年5月至2005年8月为中南财经政法大学法学院教授、博士生导师、校学术委员会委员、《法商研究》常务副主编。2006年起为北京师范大学刑事法律科学研究院教授，博士生导师，中国刑法研究所所长，学术委员会委员。兼任中国刑法学会研究会副会长，中国法学会刑法研究会秘书长。国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心兼职研究员、学术委员会委员，国际刑法协会中国分会理事；中国人民大学国际刑法研究所特邀研究员；武汉大学法学院、中南财经政法大学法学院教授；华侨大学法学院兼职教授；山东大学刑事司法与刑事政策研究中心客座研究员；湖北省人民检察院专家咨询委员会委员。曾任湖北省刑法学专业委员会副理事长兼秘书长，湖北省人民检察院专家咨询委员会委员，武汉市政法委员会专家咨询委员会委员。2007年至2009年任北京市崇文区人民检察院副检察长(挂职)；2009年至2011年任最高人民检察院侦查监督厅副厅长(挂职)。独著、合著《刑法解释论》《刑法各论》《刑法争议问题研究》《新刑法教程》等学术著作30余部，在《法学研究》《中国法学》等刊物上发表刑法论文120余篇。

刑法立法：必须完备科学

完备科学的刑法立法，是增强刑法遏制犯罪力的基本前提，如果刑法立法本身残缺不全、漏洞百出，那么，它就不会有强大的遏制犯罪的能力。刑法立法的完备科学包括两个方面：一是完备；二是科学。“完备”就是刑法立法要对犯罪与刑罚方方面面的问题作出全面的规定；“科学”则是刑法立法关于犯罪与刑罚的规定要正确、恰当。我国现行刑法立法，无论是从完备性还是从科学性来讲，都还存在着明显的不足。从完备性方面看，突出表现是许多具有严重社会危害性应受刑罚处罚的行为，尚未在立法上规定为犯罪。如破坏个体生产的行为；非法买卖土地的行为；在公开招标中，投标人恶意串通，协定投标报价，严重损害招标方利益的行为等等，都应由刑法立法规定为犯罪。又如，目前单行刑法规定可以由法人实施的具体犯罪已达几十种之多，但关于法人犯罪的总则性立法却尚付阙如。这些都是现行刑法立法不完备的表现。此类情况还有不少。关于现行刑法立法科学性的不足，如玩忽职守罪的法定最高刑为五年有期徒刑，与其在社会现实中表现出来的社会危害性的最高程度严重失调。又如，现行刑法立法关于具体犯罪罪状的描述，其中不少简单、抽象，不可避免地导致认定上的随意性。现行刑法立法完备性和科学性地不足，或者使对一些犯罪行为的打击于法无据，或者致一些案件得不到正确的处理，因而使刑法的威严和遏制犯罪的能力大大削弱。所以，要增强刑法遏制犯罪的能力，必须进一步增强刑法立法的完备性和科学性。

刑法适用：必须及时准确

刑法立法的完备科学，是增强刑法遏制犯罪力的必要前提，而刑法适用的及时准确，则是增强刑法遏制犯罪力的关键。

刑法遏制犯罪力具体由刑法的一般预防和特殊预防的效果加以体现，刑法一般预防和特殊预防的效果越好，说明刑法遏制犯罪的能力越强，刑法一般预防和特殊预防的效果越差，表明刑法遏制犯罪的能力越弱，而无论刑法的一般预防效果还是特殊预防效果，都取决于刑法适用的及时准确程度。如果一个人在犯罪之后，司法机关能够及时而又准确地运用刑法对其进行制裁，就不仅能够使犯罪分子本人感受到刑法的神圣权威，而且会使社会上的危险分子感受到刑法的强大力量，这样就会收到良好的特殊预防和一般预防的效

果。如果犯罪分子在犯罪以后，司法机关不能及时或者虽能及时但不能准确地适用刑法对其予以制裁，则既会使其本人不能领受到刑法的威严，也会使社会上的危险分子滋生蔑视刑法的心理，这样就不会有良好的特殊预防和一般预防的效果。所以，刑法适用的及时准确，乃是增强刑法遏制犯罪力的必然要求。我国目前刑法遏制犯罪力不强的原因在很大程度上可以归结到刑法适用的及时准确性不够，司法实践中犯罪案件久拖不决，或者处罚不当的现象并不鲜见。要增强刑法遏制犯罪的力量，降低犯罪案件的发案率，应该花大力气提高刑法适用的及时性和准确性。否则，减少犯罪，改善治安则只能是空话。

目 录

健全刑事法治 增强刑法遏制犯罪力度（代序）	李希慧（ 1 ）
-----------------------------	----------

绪 论

人权保障机能的刑法阐释	逢锦温（ 3 ）
论刑法立法的必要性与适时性	姚龙兵（ 20 ）
我国刑法修正案模式的检视及展望	王亚楠（ 32 ）
个案类型特征视阈下的刑事司法与民意	徐光华（ 44 ）
论司法犯罪化	李正新 黄东海（ 79 ）
风险刑法理论的缺陷与应对	郑祖星（ 98 ）
刑法规范的适用性解释论略	黄明儒（ 110 ）
刑法解释若干问题探讨	贾济东（ 123 ）
我国刑法解释论若干争议问题研究	李冠煜 吕明利（ 148 ）
刑法解释基本立场之检视	董邦俊（ 161 ）
略论我国刑法司法解释的几个不足	廖 梅（ 180 ）
刑法司法解释的基本原则新论	宋久华（ 187 ）
国家管辖海域外国船舶刑事管辖权研究	童伟华（ 200 ）

总 论

“未成年人犯罪”概念辨析	程 凌 (217)
国有控股、参股公司、企业中国家工作人员身份认定	
问题探析	刘伟丽 (225)
刑法中两种犯罪故意类型的界分新论	焦 阳 (238)
监督过失中因果关系的“二阶判断”	谢雄伟 郑 实 (255)
行为源目的的司法评价与处罚	李 军 (273)
为我国现行不能犯理论辩护	陈家林 (286)
论中止犯的自动性	张 平 (301)
共犯处罚根据的重新建构	刘斯凡 (315)
不同身份者共同犯罪定性问题研究	杜国强 (330)
刑法中行为单复数的判定	熊劲松 (340)
论刑事责任的实质定义	徐 立 (348)
论刑罚进化的根本原因	龙腾云 (364)
量刑规范化路径选择	臧冬斌 (380)
死缓制度的法律适用问题研究	杨志斌 (391)
刑罚执行中的人身危险性问题研究	程应需 (400)
行政权抑或司法权：减刑、假释权的属性争议与	
评析	董文辉 (411)

分 论

食品安全犯罪经济学分析	刘期湘 (425)
论非法吸收公众存款罪的边界	谢治东 (435)
论国有企业财产权保护的刑法规制	马晖慧 (446)
浅析绑架罪的犯罪构成	唐 薇 (453)
论刑法视野下的新闻自由	祁雪晶 (465)
对盗用 QQ 号的刑法分析	王秀琴 (499)
诈骗罪问题研究	张卫兵 (510)
传播邪教的犯罪化研究	王千石 (527)
论医疗技术革命对刑法挑战的立法应对	李长兵 (537)
论环境刑法法益内容的重构及机能	傅学良 (549)
关于在我国环境犯罪中设立过失危险犯的 探讨	李希慧 冀华锋 (561)
论刑法对民事执行的保护	张 锐 (570)
职务犯罪领域死刑控制与刑罚严厉化之立法协调	邱帅萍 (583)
涉林渎职犯罪主体的规范判断	王人勇 (594)
略论高官腐败犯罪异地审判	任利彬 (602)
非法组织卖血案的犯罪学分析	孙中梅 王周文 (614)
心理辅导在未检工作中的运用研究	万 珊 (622)

对建设阳光中途之家以推进社区矫正工作的思考	栗俊风 (630)
刑事裁判文书说理的文化之道	张忠斌 (638)
正义如何发声：刑事裁判文书说理问题的反思与 超越	王学文 (650)
后 记	(663)

绪 论

人权保障机能的刑法阐释

逢锦温*

内容摘要 刑法的人权保障机能是指刑法通过限制国家刑罚权的适用使犯罪人免受国家刑罚权恣意行使的侵害从而实现刑法保障公民个人权利目的的机能。刑法人权保障机能的获得与发展,与人权理念的勃兴与发展密切相关。现代人权思潮特别是刑事司法的国际准则及国际反酷刑运动极大地促进了刑法人权保障机能的发展。刑法的人权保障机能体现了国家权力自我约束机制和刑法法益保护之目的,通过刑罚权的限制而实现,以犯罪人的实体权利保障为内容,其深层意义在于保障全体公民免受国家刑罚权的非法侵害,体现了刑法对自由价值的保护,从而决定了刑法在人权法律保障体系中“最后防线”的特殊地位。

关键词 人权保障 刑法机能 个人权利 刑罚限制 自由价值

法国启蒙思想家孟德斯鸠指出,公民的自由主要依靠良好的刑法。因为在他看来,政治上的自由就是要有安全,或者至少是自己相信有安全。这种安全从来没有比在公的或私的控告时受到的威胁更大了。^① 孟德斯鸠敏锐地觉察到公民个人自由所可能受到的来自于以下两方面的侵害:一是来自其他公民和社会组织的“私的”侵害,二是来自于国家的“公的”侵害,深刻地提出了防止侵害保护自由的主要手段是依靠良好的刑法。这无疑是刑法机能理论上的一次革命。刑法一方面通过惩治犯罪保护个人自由不为他人和社会组织所侵犯,另一方面还要通过限制国家刑罚权的发动保障个人自由不为国家无理强制。前者体现了刑法的社会保护机能,后者则反映了刑法的人权保障机能。享有充分的人权,是长期以来人类追求的理想。刑法人权保障机能的获得与发展,与人权理念的勃兴与发展密切相关。阐释刑法的人权保障机能,不能不从人权的一般理念入手。

* 逢锦温,最高人民法院刑二庭法官,武汉大学法学院1999级博士。

① 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第188页。

一、人权理念与现代人权

人权一词，依其本义，是指每个人都享有或都应该享有的权利。一般说来，人权概念是由权利和人道这两个概念构成的。它既是一个以人道作为社会进步目标的目的性概念，又是一个以人作为人道主体的主体性概念，同时还是一个以权力来推行人道的权威性概念，极富法治精神和大同精神。^① 人权不但是一种思想，也是一整套理论，更包含着一系列旨在承认、尊重和保护人权的基本制度，是思想、理论和制度的综合。一个国家的人权状况如何是衡量该国社会进步程度的标尺。

人权思想虽然起源于人对权利的认识，但现代意义上的普遍的人权概念则是伴随着资产阶级的出现而产生的。代表新的生产关系的市民阶级即资产阶级在反对封建特权、消除封建不平等问题上便成了全社会的当然代表，资产阶级的经济要求即自由和平等的权利也就采取了包括一切人在内的“人权”形式，并以理论的形式反映在 17—18 世纪启蒙学者的著作中，其中影响最为深远的当属“天赋人权”论和“社会契约”论。

“天赋人权”或“自然权利”学说的创始人格老秀斯从人类的理性出发，论述了自然法和自然权利，并以此为中心来阐释人类的社会生活。他认为，宇宙由合乎理性的自然法统治着。对人来说，自然法来源于人的理性和人的自然本性，是一成不变的，上帝也不能改变它。因此，人拥有一种自然权利。“自然权利乃是正当理性的命令，它依据行为是否与合理的自然相谐合，而断定其为道德上的卑鄙，或道德上的必要。随之也指示该一行为是否为创造自然的神所禁止或所命令。”^② 这种权利是人作为理性动物所固有的一种“品质”，由于这种“品质”，一个人拥有某些东西或做某些事是正当的和正义的。同时，他也从自然状态的人向社会中的人过渡。国家是自由人为了享有法律保护 and 为了求得共同的目标所联合起来的一个完善的结合。国家建立在人的理性和本性之上，它有赖于其成员的同意即契约，因此，国家永远也不能废除个人的自然权利。^③ 在这里，格老秀斯将人权视为“人作为人的自然权利”，并初步提出了天赋人权不可剥夺的思想。

霍布斯第一次明确地将“自然法”和“自然权利”区分开来，并提出了

① 参见夏勇：《人权概念起源》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 4 页、第 169 页以下。

② 参见周辅成编：《西方伦理学名著选辑》（上卷），商务印书馆 1964 年版，第 582 页。

③ 参见王哲：《西方政治法律学说史》，北京大学出版社 1988 年版，第 133 页。

一个非常著名的“自然状态”理论。在他看来，人人生而平等。人由于人的自然理性和自然法而拥有人权，但在人的本性中存在自私、好战的一面，拥有平等的“自然权利”势必导致“自然状态”成为“一切人对一切人战争”或“人对人像狼一样”的全面敌对状态。结果人们反而享受不了自己的“自然权利”。为了避免这种危险，保障个人生命财产，实现和平，人们就通过了“契约”将自己的权利转让出来，交给第三者，于是出现了国家。因此，在霍布斯看来，国家的职责就是要保障个人的基本权利。^①具有否定“君权神授”说的反封建意义。

洛克是资产阶级人权学说中“自由主义的始祖”。^②为了彻底粉碎“君权神授”的谬论，他也举起了“自然权利”和“社会契约”论的旗帜。与霍布斯不同的是，洛克认为，自然状态是一种“完备无缺的自由状态”，人的自然权利包括生命、健康、自由和财产，“任何人均不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。”“人民有天赋的权力”，这种权力“既不能变更，更无从否认”、“如得不到本人的同意，不能把任何人置于这种状态中，使之受制于另一个人的政治权力”，因为人人生而平等，“没有一个人享有多于别人的权力”。人们依据自然法来决定自己的行动，但自然状态下缺少成文法、法官和固定的奖惩办法，使得自然法的公平实施常常受到影响。为保障人的自然权利，确保其生命财产的安全和更好地解决相互之间的纠纷，人们通过“契约”组成一个受制于“公民社会”的共同体，于是便产生了国家。“人们联合成为国家和置身于政府之下的重大的和主要的目的，是保护他们的财产。”国家元首也是订立契约的一方，也要受契约的限制，当他不能履行契约，不能维护人们的自由、平等和私有财产权利时，“人民享有恢复他们原来的自由的权力”。^③这样，洛克便在历史上第一次明确地提出了自由、平等和私有财产权利神圣不可侵犯的“人权”命题和主权在民的民主原则，从而奠定了资产阶级“人权”学说的基础，对后世产生了深远影响。

卢梭是资产阶级人权学说的集大成者。他从文艺复兴以来确立的资产阶级抽象的人性论出发，全面系统地阐述了“天赋人权”和“社会契约”的理论。在他看来，在“自然状态”中，除了人们因年龄、体力和健康的不同而存在的“自然的或身体的不平等”之外，决没有“某些人享有损害他人的各种特权”的不平等。因此，“每个人都生而自由、平等。”“放弃自己的自由，

① 参见 [英] 霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆 1985 年版，第 94 页。

② 罗素：《西方哲学史》（下卷），商务印书馆 1981 年版，第 134 页。

③ 参见 [英] 洛克：《政府论》（下篇），叶启芳等译，商务印书馆 1964 年版，第 5 页以下。