

刑法的修改与完善

主编 马克昌 丁慕英

人民法院出版社

刑法的修改与完善

主编 马克昌 丁慕英

人民法院出版社

(京)新登字051号

刑法的修改与完善

主编 马克昌 丁慕英

人民法院出版社出版发行

新华书店经销

河北丰润印刷厂印刷

850×1168毫米 大32开 22.25印张 550千字

1995年6月第1版 1995年6月第1次印刷

印数 0001—8000

ISBN7-80056-246-8/D·332 定价:20.00元

编写说明

《中华人民共和国刑法》如何适应社会主义市场经济新形势的需要,进行修改和完善,是司法界和学术界关注的一个重大课题。为此,中国法学会刑法学研究会南宁举行专题学术研讨会,中心议题是市场经济与刑法的修改和完善。

会后,刑法学研究会委托马克昌、丁慕英(均为本会副总干事、教授)围绕本次会议的中心议题,组织了一批具有较高理论水平和丰富司法实践经验的与会代表编写了本书。为了便于阅读,本书按会议议题分为四个部分,有关综述、报告和国际刑法学协会第十五次大会决议作为附录编入,以飨读者。应予说明的是,对本书的各章节内容均作了技术处理或文字加工,有的作了适当的修改或删除;但凡涉及学术观点的,都尊重作者本意,未加改动。在本次研讨会上,有些观点各不相同,甚至互相对立,考虑到学术研究贵在“争鸣”,因而本书对同一论题的不同观点兼收并蓄,以(一)、(二)……的方式列出,便于读者进一步进行深入探讨。限于水平,编改不当之处,恐难避免,恳请指正。

本书及时出版发行,得到了全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会刑法室的极大帮助,人民法院出版社的有关领导和同志给予了大力支持,本会干事陈登贤同志也对本书出版予以资助,在此一并表示衷心感谢。

马克昌 丁慕英

1995年3月

本书撰稿人

(均以撰稿顺序排列)

第一编

高铭暄 高 格 苏惠渔 游 伟 马克昌 李希慧

第二编

喻 伟 侯国云 张志平 张绍谦 吴 平 李昌林
陈幸福 杨聚章 胡云腾 肖常纶 刘 鹏 把志先
杨钧顺 杨清元 孙 力 鲜铁可 韦轩元 石水平

第三编

韩美秀 毕奎明 赵秉志 赫兴旺 邓又天 李永升
李文燕 叶高峰 史卫忠 周其华 刘才光 陈庆才
余文唐 朱继良 雷东生 高润生 徐逸仁 侯国云
单 民 周清华 刘彩芬 韦惠文 唐伯荣 崔庆森
王雄亮 陈登贤 袁 志 曾宝华 李健强

第四编

赵长青 范方平 林 阳 刘先惠 曾芳文 冯殿美
李汉军 张 文 李恩慈 张智辉 孙广华 程 璞
夏吉先 刘明祥 张本金 杨春洗 王 新 曹 珍
周振想 青 锋 林 辉 王前生 黄胜春 易 然
刘光显 张汉良 刘 华 梁华仁 李泳君 崔志东
陈 刚 史仲凯 傅立忠

目 录

第一编 刑法修改和完善的宏观问题

一、我国十五年来刑事立法的回顾与前瞻·····	(1)
二、刑法思想与刑法修改完善·····	(13)
三、社会转型时期涉及刑事立法思想的若干问题·····	(25)
四、完善刑法典的两个问题·····	(36)

第二编 刑法总则的修改和完善

一、刑事法律变更中新法溯及力问题·····	(46)
二、类推制度存废问题(一)·····	(56)
三、类推制度存废问题(二)·····	(69)
四、法人犯罪立法问题·····	(74)
五、故意犯罪定义中的若干语词问题·····	(83)
六、正当防卫的前提条件及其立法完善·····	(92)
七、共同犯罪规定的修改与完善·····	(101)
八、我国死刑制度立法完善(一)·····	(105)
九、我国死刑制度立法完善(二)·····	(113)
十、我国刑法中具有死刑条文的评析及立法完善·····	(125)
十一、罚金刑的修改与完善(一)·····	(137)
十二、罚金刑的修改与完善(二)·····	(145)
十三、罚金刑的修改与完善(三)·····	(152)

十四、没收财产刑及其立法完善·····	(160)
十五、少数民族地区地方刑事立法问题(一)·····	(169)
十六、少数民族地区地方刑事立法问题(二)·····	(177)

第三编 刑法分则的修改与完善

一、我国刑事法律罪名立法的状况与完善·····	(190)
二、在刑法中增设抢劫杀人罪·····	(203)
三、刑讯逼供罪比较研究与立法完善·····	(214)
四、渎职罪的立法问题·····	(229)
五、完善惩治职务犯罪的刑事立法的若干问题·····	(244)
六、在市场经济条件下贪污罪、受贿罪的立法问题 ·····	(253)
七、受贿罪的几个立法问题·····	(270)
八、受贿罪的主体、客体与处罚 ·····	(278)
九、受贿罪的犯罪对象·····	(294)
十、挪用公款罪的立法完善(一)·····	(304)
十一、挪用公款罪的立法完善(二)·····	(315)
十二、挪用公款罪的立法完善(三)·····	(320)
十三、挪用公款罪的立法完善(四)·····	(329)
十四、市场经济条件下惩治挪用公款罪的几个问题·····	(337)
十五、挪用公款不退还不能以贪污论处·····	(345)
十六、诈骗罪的立法完善(一)·····	(354)
十七、诈骗罪的立法完善(二)·····	(366)
十八、增设侵占罪(一)·····	(375)
十九、增设侵占罪(二)·····	(380)
二十、《关于严惩组织、运送他人偷越国(边)境犯罪的 补充规定》及其完善·····	(387)
二十一、增设黑社会组织活动罪·····	(393)

第四编 市场经济条件下的经济犯罪

一、不法经济行为中罪与非罪的界限·····	(402)
二、法人走私犯罪的认定与处罚·····	(413)
三、生产、销售伪劣商品犯罪的若干问题(一)·····	(423)
四、生产、销售伪劣商品犯罪的若干问题(二)·····	(430)
五、知识产权的刑法保护(一)·····	(440)
六、知识产权的刑法保护(二)·····	(451)
七、侵犯著作权的犯罪问题(一)·····	(461)
八、侵犯著作权的犯罪问题(二)·····	(476)
九、剽窃《著作权法》保护之作品的刑事责任·····	(483)
十、妨害货币犯罪的立法完善·····	(488)
十一、非法集资犯罪问题·····	(501)
十二、刑法介入证券市场管理的必要性和深度·····	(510)
十三、内幕交易罪·····	(520)
十四、科技活动中的犯罪的特征·····	(531)
十五、违反《公司法》的犯罪·····	(541)
十六、股份制企业中的经济犯罪·····	(549)
十七、商业贿赂罪若干问题(一)·····	(557)
十八、商业贿赂罪若干问题(二)·····	(568)
十九、虚假广告罪·····	(577)
二十、税收犯罪问题·····	(586)
二十一、偷税、抗税罪中若干具体问题·····	(598)
二十二、偷税罪的几个问题·····	(610)
二十三、“环境刑法”问题·····	(624)

附录一：中国法学会刑法学研究会十年研讨的回顾

.....高铭暄(631)

附录二:全国市场经济与刑法修改和完善研讨会综述

.....马克昌 李希慧 单 民 鲜铁可(654)

附录三:中国代表团出席国际刑法学协会第十五届

代表大会追记.....余叔通(671)

附录四:国际刑法学协会第十五届大会通过的五个决议.....(681)

第一编 刑法修改和完善的宏观问题

一、我国十五年来刑事立法的回顾与前瞻

《中华人民共和国刑法》自 1980 年 1 月 1 日起施行以来,迄今已近 15 年多。实践证明,它是一部保护人民、惩罚犯罪、维护社会秩序、保障改革开放和社会主义现代化建设的好刑法。但是,由于受当时历史条件和立法经验不足的限制,这部刑法典不论在体系结构、规范内容还是在立法技术上,都还存在一些缺陷。1981 年以来,最高国家权力机关先后通过了 21 个单行刑事法律,并在 70 多个非刑事法律中设置附属刑法规范,对刑法典作了一系列的补充和修改。这些补充和修改解决了当前急需解决的不少问题,弥补了刑法典中的某些缺陷,在同犯罪作斗争中发挥了重大的作用。但是,通过零散的修修补补的方式并不能从根本上解决问题,而且出现了一些新的矛盾和不平衡现象,因此立法工作机关采取两条腿走路的办法:一方面根据司法实际的需要,继续出台一些单行刑事法律;另方面着手进行全面修改刑法的工作,这项工作已列入全国人大常委会工作计划,可望在不久的将来把一切准备工作做好、条件充分具备之后能够进入立法程序。那时,一部崭新的、经过全面修改的《中华人民共和国刑法》将会屹立在我们面前,将对今后的刑事司法工作提供强大的法律武器,并对我们刑法的教学和科研工作起着新的指导和推动作用。下面我对 15 年来刑法

的修改补充情况作一简要的回顾,并就全面修改刑法问题谈些个人展望性的意见。

(一)1981年以来刑法的修改补充概况

1981年以来,全国人大常委会先后通过了21个单行刑事法律,有的叫“条例”,有的叫“决定”,有的叫“补充规定”,按照时间顺序,它们是:1981年6月10日《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》;1982年3月8日《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》;1983年9月2日《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》;1987年6月23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》;1988年1月21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9月5日《关于惩治泄露国家秘密犯罪的补充规定》;1988年11月8日《关于惩治捕杀国家重点保护的珍贵、濒危野生动物犯罪的补充规定》;1990年6月28日《关于惩治侮辱中华人民共和国国旗国徽罪的决定》;1990年12月28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》;1991年6月29日《关于惩治盗掘古文化遗址古墓葬犯罪的补充规定》;1991年9月4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》;1992年9月6日《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》;1992年12月18日《关于惩治劫持航空器犯罪分子的决定》;1993年2月22日《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》;1993年7月2日《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》;1994年3月5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7月5日《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》。此外,全国人大及

其常委会还在 70 多个非刑事法律中设有附属刑法规范,如《文物保护法》、《专利法》、《兵役法》、《森林法》、《渔业法》、《矿产资源法》、《土地管理法》、《邮政法》、《海关法》、《进出口商品检验法》、《传染病防治法》、《军事设施保护法》、《铁路法》、《烟草专卖法》、《进出境动植物检疫法》、《收养法》、《矿山安全法》、《国家安全法》、《农业法》、《反不正当竞争法》、《消费者权益保护法》、《红十字会法》、《对外贸易法》、《国家赔偿法》、以及不久前通过的《劳动法》、《城市房地产管理法》等法律中,都包含有相应的刑法规范。

上述这一切单行刑事法律和非刑事法律中的刑法规范,对刑法典作了一系列的补充和修改,内容很多,用最概括的方式加以列举,大致有以下十几个方面:

1. 在空间效力上,除了刑法规定的属地原则、属人原则、保护原则外,增加了普遍管辖权原则。

2. 在法律溯及力问题上,有个别单行刑事法律采取了与刑法第九条从旧兼从轻原则不同的原则。

3. 在犯罪主体上,增加了某些罪的单位犯罪的规定。比如,走私罪,贿赂罪,某些毒品犯罪、淫秽物品犯罪,偷税罪,假冒商标犯罪,生产、销售伪劣商品犯罪等,现在都有单位犯罪的规定。

4. 在共同犯罪定罪和处罚原则上作了一定的补充,即身份犯与非身份犯共同犯罪时,按身份犯的犯罪性质定罪;在经济性、财产性犯罪中,对犯罪的总数额负责的不仅是犯罪集团的首要分子,而且还有其他情节严重的主犯。

5. 在刑罚种类上,除了刑法规定的九个刑种外,对危害重大的犯罪军人,增加了剥夺勋章、奖章和荣誉称号作为附加刑;对被判处剥夺政治权利或者三年以上有期徒刑的军官,还附加剥夺军衔。

6. 在量刑制度上,除了刑法规定的从重处罚、从轻处罚、减轻处罚、免除处罚外,对个别情节增加了加重处罚的规定。同时增加

了不少从重处罚的情节,也增加了个别从轻、减轻或者免除处罚的情节。

7. 在一罪和数罪问题上,明确规定了某些情况要依照数罪并罚的规定处罚,从而排除了按牵连犯、吸收犯处理的可能;但对有的牵连犯罪情况仍不规定数罪并罚,而坚持按其中重的罪从重处罚,有时还同时规定适用轻罪的附加刑——罚金。

8. 在缓刑制度上,增设了战时缓刑制度。

9. 在分则罪名上,刑法原来只有 110 多个罪名,现在经过这几年的不断补充,已经增加到 190 多个罪名。

10. 在罪状(即具体犯罪构成)上,对某些罪补充规定了概念、特征,使构成要件更加明确、具体;有的还分别情节、数额档次,使法定刑更加相适应,便于司法掌握。

11. 在法定刑上,提高了不少罪的法定刑,其中有的罪增设了死刑。刑法原来可处死刑的罪名是 28 个,现在增加了 32 个,共有 60 个可处死刑的罪名。

12. 在罚金适用上,对某些罪,开始规定罚金的数额(如 1 万元以下,5000 元以下,偷税数额 5 倍以下,抗缴税款 5 倍以下,违法所得 1 倍以上 5 倍以下等)。

13. 在法条适用上,通过“比照”的立法方式,扩大了刑法分则某些条文所规定的犯罪的适用范围。

从上述这些方面的补充和修改情况来看,我国刑事立法工作一直是抓得很紧的,成绩是很大的,对司法实践的指导和规范是有力的。

但是,由于在刑法典之外,还有这么多单行刑事法律和非刑事法律中的附属刑法规范,缺乏一个体系上的归纳,显得有些零乱,不便于掌握;而且有的单行刑事法律出台以后,刑法原有的那个条文规定究竟是废除了还是没有废除也不明确(如第一百五十五条贪污罪条文,实际废除了;第一百四十一条拐卖人口罪仍然存在),

以致司法文书中对有的罪,既引用刑法条文,又引用单行刑事法律相应条文(如贪污罪、受贿罪、走私罪等等),好像堆柴禾垛,这是很不规范的。再说,由于单行刑事法律一个一个地补充,彼此缺乏照应,在法定刑上显得有些失衡。比如,拐卖妇女、儿童罪,强迫他人卖淫罪,法定最低刑是五年,比故意杀人、抢劫、强奸、放火、爆炸等罪法定最低刑是三年的起点刑还要高;绑架妇女、儿童罪,组织他人卖淫罪,起刑点就是十年,比故意杀人等罪的起刑点高得多;如此等等,很难说法定刑是平衡的。特别是党的十四大以来,为了建立社会主义市场经济体制,为了实现由计划经济体制向市场经济体制的转轨,各方面都发生了许多深刻变化,在犯罪现象上也出现了许多新情况、新问题。为了建立起良好的社会主义市场经济秩序,需要加强宏观调控,需要加快经济立法,同时也需要完善刑事法律。对市场经济中出现的不轨行为,哪些应规定为犯罪,罪与非罪的界限如何划分,如何对这些犯罪进行科学的分类,这些都要作通盘的考虑,而这不是通过几个单行法律修修补补能够解决的。因此,无论是司法实际部门,还是刑法学界,比较一致的呼声是要求全面修改刑法,也就是要通过全面修改,制订出一部新的《中华人民共和国刑法》。这个呼声,立法工作部门是知道的,他们也正在紧锣密鼓地进行这项工作。

(二)关于全面修改刑法问题

全面修改刑法既然是广大刑法实际工作者和理论工作者的呼声和要求,这也就反映了全面修改刑法的必要性。当然,也有个别同志担心,我国社会主义市场经济体制还没有建立起来,正处于由计划经济向市场经济转轨的阶段,有许多问题还看不清,罪与非罪的界限不好划。在这种情况下,全面修改刑法,恐怕以后市场经济体制建立起来了,有些规定又得修改。认为现在全面修改刑法时机不成熟,建议还是继续采用单行刑事法律和附属刑法规范的方

式,对刑法作必要的修改补充,以适应形势的需要。这种看法,也不是一点没有道理。但我总的认为,这种担心是不必要的。因为目前全面修改刑法的时机已经成熟,也就是说全面修改刑法不仅具有必要性,而且具有可行性,不仅是大势所趋、人心所向,而且存在许多有利条件:

首先,邓小平同志关于建设有中国特色社会主义的理论、党的基本路线、党的十四届三中全会通过的《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,为全面修改刑法指明了方向。

其次,全国人大常委会把刑法的修改列入工作计划。全国人大常委会法制工作委员会做了很多的准备工作。1988年至1989年已经有有了一个初步的修改方案,并结合修改工作,收集、整理了许多有关外国资料。现在,又在组织小班子,把刑法分则条文包括原有条文、补充的条文和拟增补的条文加以汇集整理,对刑法总则条文也在进行修改研究。这就为全面修改刑法打下了良好的基础。

第三,刑法及其修改补充的单行刑事法律、附属刑法规范已经过不同时间、不同程度的司法实践的反复检验,属于立法缺陷与不足的问题以及它的症结所在,已经有了较为充分的表露,加之“两高”为全面修改刑法作了大量的调查研究,还针对实践中的问题,作了许多司法解释,这些都为刑法的修改提供了丰富的经验。

第四,政法院系、法学研究单位的刑法专家、学者,对刑法的修改进行了多年认真的研究,发表和出版了不少研究成果,在宏观和微观上都提出了许多宝贵的意见和合理的建议。

所有这些,都是全面修改刑法的有利条件。只要充分利用这些条件,更好地发挥主观能动性,全面修改刑法的工作将要大踏步地前进,一部新的刑法的出台是不会很久的。

关于全面修改刑法中要解决哪些主要问题,这是一个见仁见智、有待各方探讨的问题。这里我仅就个人考虑到的、自认为比较

重要的几个宏观问题,提出些展望性的看法。

1. 关于刑法总则的体系结构问题

现行刑法总则分为五章,即刑法的指导思想、任务和适用范围;犯罪;刑罚;刑罚的具体运用;其他规定。在第二、三、四章之下又各分若干节。现在看来,这个体系结构要作适当调整,内容上要有所补充。我认为总则似可分设七章:

第一章 刑法的根据、任务和原则。既规定刑法的制定根据和任务,又规定罪刑法定原则。罪刑法定原则是各国刑法的一项最基本的原则,凡是法治国家,无不采用此项原则。我国现在也强调依法治国,所以在刑法上应当规定一条:“对于行为时法律没有明文规定为犯罪的行为,不得定罪处罚。”1979年刑法规定类推制度,在当时情况下是可以理解的,十几年来经验证明,适用类推的案件极少,而且大都是小案,(如通奸引起人命案件,把病猪卖给国家等),有些得不偿失,所以应当废除,这样在国际上也比较主动。

第二章 刑法的适用。包括刑事管辖权;刑法的溯及力即从旧兼从轻原则;以及刑法与其他有刑罚规定的法律的关系。

第三章 犯罪与刑事责任。包括犯罪行为;刑事责任年龄;刑事责任能力;故意犯罪与过失犯罪;犯罪的预备、未遂和中止;共同犯罪;法人犯罪等。

第四章 正当行为。主要即指正当防卫,紧急避险。

第五章 刑罚。基本上维持现行的各个刑种,但剥夺政治权利一节可改为剥夺权利,其中有的剥夺政治权利,有的剥夺其他权利,如担任一定职务、从事一定职业的权利。

第六章 刑罚的具体运用。包括量刑的原则;自首、坦白与立功;累犯与再犯;数罪并罚;缓刑;减刑;假释;时效。

第七章 刑法用语。也即对某些用语进行界定。

从上述体系看,刑法总则基本上是属于小改,因为现行刑法总

则是比较好的,实践中并没有遇到很大的问题,所以我认为稍加修改补充即可。

2. 关于刑法分则的体系结构问题

现行刑法分则分为八个罪章,即反革命罪;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;渎职罪。此外,军人违反职责罪单有一个条例规定。这个分则体系比较充分地反映了当时历史条件下犯罪的概貌,并且有分类标准统一、类别简明精练的特点。但是,随着社会经济、政治形势的发展,也日益暴露出这个体系已不能完全适应实际斗争的需要,主要是有的类别犯罪同类客体太粗,不利于反映不同犯罪的本来面貌,有的罪章包括的罪种有些杂乱,影响刑事立法明确性原则的贯彻。最近几年来,大量的修改补充是集中在刑法分则的很多具体罪上,加之改革开放和建立社会主义市场经济中新出现的一些危害社会的行为,需要规定为犯罪,因此,上述分则体系恐怕不能不作较大的调整,有的名称也要作适当改动。我的展望性意见主要是:

(1)反革命罪一章宜改名为“危害国家安全罪”,主要理由是:①反革命罪基本上是一个政治上的概念,使用这一罪名不太符合法律的规范化要求,而且也容易给人提供借口;反革命罪是政治犯罪,反革命罪犯也就是政治犯。根据“政治犯不引渡”的国际惯例,我们就很难惩处那些逃到国外去的危害了国家的安全的罪犯。因此,以危害国家安全罪取代反革命罪,有利于适应国际斗争的需要。这样也和《国家安全法》的规定相衔接。②反革命罪中的某些具体罪如反革命破坏罪、反革命杀人伤人罪,与危害公共安全罪、侵犯人身权利罪中的相关罪名的区别仅在于有无反革命目的,而认定有无反革命目的,难度较大,将这些罪并入普通刑事犯罪类别之中,并不影响对这些犯罪应有的惩处。③从国外立法发展情况来看,前苏联等社会主义国家在革命刚刚胜利之初虽也规定有反