



法学新前沿 New Law Frontiers

The Way to
Reform and
Polish Chinese
Criminal Law

刑法之道

周振晓 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

This Book is Sponsored by Zhejiang Provincial Key Research Base of Management Science and Engineering and Zhejiang Industrial Development Policy Key Research Centre of Philosophy and Social Science of Zhejiang Province.

The Way to
Reform and
Polish Chinese
Criminal Law

刑法之道

周振晓 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法之道 / 周振晓著. -- 北京: 法律出版社,
2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2490 - 0

I. ①刑… II. ①周… III. ①刑法—法的理论—中国—文集 IV. ①D924.01 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 165404 号

刑法之道
XINGFA ZHIDAO

周振晓 著

策划编辑 王 扬
责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16
印张 22.5
字数 290 千
版本 2018 年 8 月第 1 版
印次 2018 年 8 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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85330678 重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636 深圳分公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2490 - 0

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)

目 录

刑法论

让宪法精神照亮刑法的每一个角落	(3)
试论有关刑法补充、修改的几个问题	(6)
论我国刑法的修改取向	(15)
试论刑法修改的科学性取向	(24)
论新刑法的特点	(30)
《刑法》三十年:光荣与梦想	(45)
1979 年以来我国刑法立法史概况	(54)
论《刑法修正案(七)》的特点	(60)
论《刑法修正案(八)》的特点	(65)
论我国《刑法》修订的特点	(77)
也论立法解释	(84)
狭义刑法解释若干问题探析	(91)
立法解释的时间效力问题	(105)
试论涉港澳台刑事案件的几个法律问题	(108)

犯罪论

犯罪定义新表述	(117)
未成年人相对负刑事责任范围的理性探求	(125)
应对网络犯罪及未成年人犯罪的若干思考	(144)
为了单位利益实施盗窃的刑事责任问题	(151)
试论阳台设电网致死窃贼案的定性	(156)

刑罚论

论剥夺政治权利刑的完善	(167)
可以用罚金替代没收财产	(176)
累犯及数罪并罚中若干问题探析	(178)
关于自首及立功者处罚中的几个问题	(191)
对职务犯罪案件中自首问题的若干分析	(196)
浅谈缓刑中的几个问题	(204)
试论我国刑法中的减轻处罚	(210)
新刑法中几个存疑问题试解	(219)
刑法应增设犯罪单位的追诉时效期限	(226)

刑法分论

试论《刑法修正案》的罪名问题	(235)
《刑法修正案(三)》罪名问题刍议	(240)
也论以危险方法杀人案件的定性	(245)
金融诈骗罪三题	(255)
抢劫罪若干问题散论	(263)
擅自抽取巨量地下水是否构成犯罪	(277)

浅谈新刑法中的几个问题	(283)
恶意拖欠工资缺乏“入罪”的必要性	(291)
建议增设考试舞弊罪	(293)
全景扫描《刑法修正案(九)》对贪污贿赂犯罪的修正	(302)
贪污罪、受贿罪死刑适用及相关问题探析	(311)
我国刑法与《联合国反腐败公约》接轨的若干思考	(318)
建议增设非谋利性的“非法收受财物罪”	(328)
利用职务借巨款申购新股获暴利的行为不构成受贿罪	(334)
“被动受贿”既不从重也不从轻	(338)
律师的案卷材料是国家秘密吗?	(341)
后 记	(347)

刑法论

让宪法精神照亮刑法的每一个角落

宪法是法治国家的基石。作为现代民主、文明国家的宪法,其首要功能就是要充分保障公民各项权利的全面实现,有效规范国家权力的行使,并促进均富社会的不断发展。因此,宪法应该闪耀自由、民主、人权、正义、平等、法治的光芒。同样的道理,宪法精神的这些光芒也理所当然地应该照亮刑法的每一个角落。本文拟就在刑法中如何更有效地贯彻和实现宪法精神进行探析。

一、保障人权应该成为我国刑法的目的

(一)保障人权应该明确载入刑法

在人权“入宪”之后,也应将其明文规定在刑法中。

2004年3月14日通过的《中华人民共和国宪法修正案》第24条规定:“宪法第三十三条增加一款,作为第三款:‘国家尊重和保障人权。’”这在我国被称为“人权入宪”。随着“人权入宪”,笔者认为,在我国刑法中也应该更加明确作出保障人权的規定。把保障人权的条文明确载入刑法,既是由人权的重要性所决定,也是由刑法内容的特殊性所决定。由于刑法是以最严厉的方法来合法剥夺犯罪人的权利为特征的,所以,刑法也是合法剥夺犯罪人的权利的最严厉的法律。这就要求刑法时时刻刻牢记保

障人权这个根本目的。只能是在必需的、必不可少的情况下,才允许启用刑罚的方法。所以,对于刑法而言,保障人权应该成为它的最高目标和最终目的。

保障人权明确载入刑法,对于制定、修订刑法是有重要意义的。它要求制定、修订的刑法必须是文明的、合理的、科学的。它也将是取消刑法中的死刑条款的最重要的前提条件,能从根本上动摇死刑存在的根基。尽管保障人权的内容载入刑法也不会马上取消死刑,但是如果有此规定并作为刑法的根本目的,就为将来刑法从根本上宣判死刑的“死刑”奠定了基础。另外,它对于适用刑法也有重要的意义,也将更加有利于严格要求司法机关文明、公正地适用刑法。

(二)人权如何载入刑法?

在刑法中如何规定保障人权的内容呢?由于人权在法律中处于至高无上的地位,因此,保障人权应该是刑法的最终目的。笔者建议:将保障人权规定为刑法的唯一目的。也就是在现行《刑法》第1条中,将“为了惩罚犯罪,保护人民”这个制定刑法的目的修改为“为了保障人权”这样一个唯一的刑法的目的。这样的修改内容有两个方面的特征:其一是将目前刑法的双重目的(惩罚犯罪、保护人民)修改为单一目的(保障人权);这样修改的理由是,“惩罚犯罪”只是手段、不是目的。其二是将“保护人民”修改为“保障人权”。“人民”首先是一个政治概念。在法律中应该尽量统一使用法律概念。要保持在法律中的法律用语的统一性和“纯洁性”。在法律文件中,概念使用的规则应该是:法律的归法律,政治的归政治。尽量避免将政治概念纳入法律体系之中。

二、应该更加强化对公民个人权益的刑法保障

要注意克服刑法在保障公民权利方面调控力度不够的缺陷。这需要转变观念,提高认识,从而有益于刑法对公民个人权益的保障功能的发挥。

需要特别引起重视的是,要避免刑法的有关规定在客观上侵犯了公民民主权利及其他权利的行使,要防止将公民正当的行使权利的行为作

为犯罪来看待。这主要涉及保障公民的选举、言论、出版、通信、集会、结社、游行、示威、罢工、宗教信仰自由等权利,对国家事务知情权,个人的隐私权以及批评、建议、申诉、控告、检举权的全面、真正的实现问题。

要建设民主政治的国家,必须充分保证公民的选举权、知情权、参与权、监督权等权利的有效实现。当违反宪法的侵犯公民权的犯罪实例在现实中一件又一件发生时,公民将会逐渐失去对宪法的信仰和崇敬。宪法将徒具空文、名存实亡。一部推行法治、保护人权、实现民主、坚持公正的宪法也必须通过刑法等法律的有效实施来实现。因此,特别重要的是,对于依法行使宪法权利的一切行为,均应该受到法律的切实保障,不得被当成违法行为和犯罪行为,更不能被处以刑罚。与此同时,对于侵犯公民合法权利的各种犯罪行为,也必须依法及时给予处罚,不得被放纵、庇护。比如,对于公民行使正当的批评和监督权的行为,绝对不能动辄以诽谤罪加以处罚。对于以各种借口随意拘捕公民的滥用职权者,则必须严惩。

从保障人权、促进民主的角度考虑,一定范围的“非犯罪化”“非刑罚化”以及一定程度的轻刑化,同样也是非常需要的。例如,在刑法中的行政犯越来越扩张的今天,也需要对其进行反思。行政犯不能太多,行政犯不能过于膨胀。行政违法问题主要应该在行政法的框架内,用行政法的方法来解决。对人们的违法行为应当更多地由行政法去解决,去调整。比如,非法经营罪就存在成为新的“口袋罪”的危险。非法经营罪的定罪面过宽,对于保障经营权是不利的,不能认为未经国家有关主管部门批准,没有明文规定允许经营的行为就是非法经营。必须是违反了明文规定禁止经营的行为,才可以认定为是非法经营。对于公民来说应当坚持法不禁止即允许的原则,不能认为法未授权即违法。

本文系作者参加中国刑法学研究会于2012年9月25日至27日在河南省郑州市召开的2012年全国刑法学术年会提交的论文。原文刊载于《全国刑法学术年会文集(2012):刑法与宪法之协调发展》,中国人民公安大学出版社2012年版。

试论有关刑法补充、修改的几个问题

为了保障和促进改革,作为上层建筑重要组成部分的刑法(本文所述刑法为1979年刑法),也必须随着经济的发展及时地进行补充和修改。本文就有关刑法补充、修改的几个问题作些探讨。

一、补充、修改刑法的必要性

1. 补充、修改刑法是经济发展的要求。

党的十一届三中全会以来,我国的政治、经济形势发生了很大的变化,随着商品经济的发展和经济体制改革的深入,新情况、新问题不断出现。在刑事犯罪方面,各种破坏社会主义经济秩序的犯罪活动不断以新的形式出现,同时也出现了以前未曾预料的新的犯罪。另外,有些犯罪,由于社会条件发生了变化,其犯罪构成的某些要件也发生了变化。还有一些,在过去作为犯罪予以打击的行为,在今天看来,它对搞活经济、发展商品经济是有利的,不具有社会危害性,不仅不应再给予刑事处罚,反而应受到法律保护。例如,长途贩运行为已不再作为投机倒把行为处理了。针对这些新情况,需要对刑法进行补充和修改,以适应社会发展的需要。

2. 适应我国现阶段生产力发展水平的需要,我国多种经济成分并存,一些新的经济实体不断出现,个体经济也得到了迅速发展。这些个体经

济对于发展社会生产,方便人民生活,繁荣市场,疏通商品流通渠道,扩大劳动就业都起到了重要作用。但是也应当看到,在一些个体经济组织中,违法犯罪的现象较为严重。有一些严重危害社会的犯罪行为,由于刑法中没有规定,不能及时地给予刑罚制裁。例如,有些个体工商户利用法制不完善的漏洞,钻改革的空子,大肆假冒商标,非法营利;在一些个体经营或者合伙经营的企业中,忽视安全生产,不断发生人员伤亡和财产损失的重大责任事故。为了惩罚这些犯罪,迫切需要对刑法有关条文作出补充、修改或作出解释。

3. 随着对外开放政策的推行,与国外交往的增多,一些腐朽、没落的资产阶级思想也传播进来。受这种思想的影响,一些在我国几乎已经绝迹的丑恶现象又沉滓泛起,例如卖淫、绑架案件屡有发生。社会要求严惩这些严重危害社会的行为的呼声很高,但在刑法中却没有相应的条文可作为定罪依据,这也需要作出补充规定。

在新形势下出现的上述三方面的问题,需要刑法给予解决。但由于我国刑法是在1979年制定的,当时由于主客观条件的限制,不可能在刑法中对所有的犯罪都规定得详尽无遗,立法者也不可能对今后将要发生的新问题都作出正确的预见。有些行为,在制定刑法的当时,其社会危害性的严重程度还不很突出,因而没有在刑法中把它规定为犯罪。随着形势的发展,原来社会危害性不很严重的一些违法行为凸显出来,甚至已经达到了需要用刑罚加以惩罚的程度,但要对这些行为给予刑罚处理在刑法中又找不到法律依据。另外,现行刑法中的有些规定也已经不能完全适应发展的社会需要。为了解决这些问题,就必须对现行刑法作出相应的补充和修改。列宁说过:“如果法律妨害革命的发展,那就得废除和修改。”^{〔1〕}在适应社会发展的需要的同时,保持刑法的相对稳定性,对刑法进行补充和修改,这既是及时有效地惩罚犯罪、保护人民的需要,也是完善刑事立法的需要。

〔1〕《列宁全集》(第27卷),人民出版社1990年版,第485页。

二、补充、修改刑法的方式及应注意的问题

我国刑法自颁布以来,随着社会经济的发展,已经由国家立法机关作了一系列补充和修改。概括起来,主要是采用了以下几种方式进行补充和修改:

1. 由立法机关通过专门的刑事条例对刑法进行补充和修改。如全国人大常委会在1981年通过的《惩治军人违反职责罪暂行条例》,补充了一类独立的犯罪。

2. 由立法机关通过专门的决定,对刑法作部分补充和修改。如全国人大常委会在1981年通过了《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》,又在1982年通过了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》,在1983年通过了《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》。这3个决定的主要内容是提高了几种严重犯罪的最高法定刑,修改了部分犯罪的构成,增加了一个新的罪名。

3. 通过在大量的非刑事法律中规定刑事处罚条款对刑法进行补充和修改。例如全国人大常委会在1982年通过的《商标法》第40条对《刑法》第127条的假冒商标罪作了补充。通过这种方式对刑法的内容进行补充、修改在刑法中是大量存在的。据粗略估计,已经对刑法的20多个条文进行了补充和修改。

我国刑法通过以上几种方式的补充和修改,弥补了原有条文的不足,充实了刑法的内容,完善了刑事立法。这对于保证刑法及时、有效地同犯罪作斗争,促进社会主义建设的顺利发展,都是有重要意义的。但同时也应实事求是地看到,在这些对刑法所作的补充和修改的法律规范中,也存在某些立法技术上的不足,例如在与《刑法》的衔接、协调方面,在立法用语的准确、统一方面,都有需要改进之处。为了充分发挥刑法的效力,促进刑事立法更加科学、完善,在今后补充、修改刑法的过程中,笔者认为应注意以下几点:

(一)要注意立法权和立法思想的统一

根据我国宪法的规定,对刑法等基本法律的修改权由全国人民代表

大会行使。在全国人民代表大会闭会期间,全国人大常委会有权对刑法进行部分补充和修改,但是不得同刑法的基本原则相抵触。因此在对刑法进行部分补充和修改时,要注意立法权的统一,要符合宪法的规定,不能超越立法权进行补充和修改。在行政法规和地方法规中(民族自治地方对刑法的变通或者补充的规定除外),在规定法律责任涉及刑罚问题时,只能援引刑法有关条文作重申性规定,而不能对刑法进行补充或修改,否则就破坏了立法权的统一。例如,有的地方在制定《保护妇女、儿童合法权益的决定》时,有不少人提出要严惩“第三者插足”,恢复通奸罪,这就突破了刑法的规定,作为地方性法规是无权这样规定的。

在对刑法的补充、修改中,还应注意立法思想的统一。对刑法作补充和修改不能违背刑法的指导思想和基本原则,否则就会影响刑法的效力 and 权威。

(二)要注意与《刑法》的统一

对《刑法》所作的各种补充和修改,都应该注意与《刑法》保持协调和统一,而不应该出现脱节、“空档”的现象,否则会影响刑法内部结构的完整。在对刑法作补充、修改的一些决定、法律中,存在一些与《刑法》不统一的地方,例如:

1. 在《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》的第1条第4项增加了“爆炸物”,并且对《刑法》第112条的犯罪提高了最高法定刑,对于情节特别严重的,或者造成严重后果的,可以在刑法规定的最高刑以上处刑,直到判处死刑。但是,在该决定和《刑法》第112条中,对于非法制造、买卖、运输或者盗窃、抢夺爆炸物,不属于情节特别严重的,或者尚未造成严重后果的,是不是要给予定罪判刑,以及如何定罪判刑都没有作出规定。在补充了“爆炸物”的规定和提高《刑法》第112条的最高法定刑的同时,忽略了对有关爆炸物犯罪一般情节的处罚规定。这种与《刑法》的不统一,给在司法实践中处理这类案件带来了困难。

2. 《森林法》第34条第3款规定:“盗伐林木据为己有,数额巨大的,依照《刑法》第一百五十二条规定追究刑事责任。”这一款规定解决了盗伐

林木罪量刑偏低的问题,对于严惩盗伐林木数额巨大的犯罪是有重要意义的。但是,这款规定使盗伐林木罪在量刑幅度上出现了“空当”。因为《刑法》第128条的法定最高刑是3年有期徒刑,而《刑法》第152条的法定最低刑是5年有期徒刑,盗伐林木罪的这两个量刑幅度没有衔接上,3年到5年有期徒刑之间留有“空档”。

3. 在刑法分则条文中有些犯罪既规定有主刑,又规定有附加刑。由于在有关刑法的补充、修改的决定中,只提高了这些罪的最高法定刑,而没有相应地规定可以(或应当)判处附加刑,这种与《刑法》规定的不统一导致了量刑的不协调。这些犯罪,在情节特别严重时,可以判处较重的主刑(决定已提高了主刑的最高法定刑),但如果要判处附加刑,则无法法律依据(判处死刑、无期徒刑、附加剥夺政治权利终身的除外)。这些情节相对较轻的犯罪在判处主刑的同时尚且可以(或应当)判处附加刑,那么在犯罪情节特别严重,判处了较重主刑的时候就更加可以(或应当)判处附加刑了。但由于法律规定的不统一,导致了法定刑规定的不平衡。例如,《刑法》第169条规定:以营利为目的,引诱、容留妇女卖淫、情节严重的,处5年以上有期徒刑,可以并处罚金或者没收财产。但在有关的《决定》中却只提高了该罪的主刑的最高刑,而没有明确规定对情节特别严重的犯罪在判处主刑的同时,可以并处罚金或者没收财产。

上面这三例都是没有注意与《刑法》的统一和协调,从而影响了定罪和量刑。这种不协调现象是应当引起重视并极力避免的。

(三)要注意立法用语的明确、规范和统一

对刑法进行补充、修改的法律规范的用语应该含义明确、用语简洁、明白易懂,同时还应做到与《刑法》用语的协调统一,一般应该使用《刑法》中的术语,并且用语也应规范化,否则容易产生歧义或误解。在一些补充、修改刑法的法律规范中,由于忽视了这个问题,致使一些法律用语不够明确、规范。例如:

1. 在《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》中把套汇与走私、索贿与受贿并列规定,把投机倒把牟取暴利罪连用,这与《刑法》有关条文对

比,互不统一,也不规范。另外,在这个决定中,用类罪名“妨害社会管理秩序”代替《刑法》第157条中“妨害公务罪”,也是不科学的。

2. 在《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》中,在表述引诱、容留妇女卖淫罪时,省略了《刑法》第169条中规定的“以营利为目的”这个主观要件,从而使有的人误认为该《决定》已经修改了该犯罪的构成要件。为了避免引起这种误解,在有关法律规范中应注意表述的完整性以及与《刑法》的统一性。

3. 1984年通过的《水污染防治法》(于2008年2月28日修订)第43条规定:“违反本法规定,造成重大水污染事故,导致公私财产重大损失或者人身伤亡的严重后果的,对有关责任人员可以比照刑法第一百一十五条或者第一百八十七条的规定,追究刑事责任。”在这里,对已经造成重大水污染事故而导致严重后果的有关责任人员,还只是“可以”比照有关条文追究刑事责任,影响了法律的权威性。

4. 在一些非刑事法律中规定法律责任的时候,要避免过于笼统、概括。在经济、行政法规的法律责任(制裁)部分,对于哪些行为给予批评教育,哪些行为给予行政处分或经济制裁,哪些行为给予刑事处分,都应该作出明确的规定。如果对有关的违法犯罪行为不加区别地罗列出来,只笼统地规定违反其中之一的,分别情况给予行政处分、经济制裁直到追究刑事责任,这种规定过于笼统,执行的时候也难以准确把握。

总之,对于刑法的补充和修改既要注意立法权和立法思想的统一,又要注意保持刑法内部结构的完善和立法用语的统一。只有这样,才能够通过补充和修改,逐步完善刑事立法。

三、积极适用类推和加强刑法的有权解释以完善刑事立法

类推是弥补刑事立法的不足、及时惩罚犯罪的有效手段。实际上,类推是对刑法进行补充的一种特殊形式。由于主客观条件的限制,任何立法都不可能对现实生活中纷繁复杂的犯罪毫无遗漏地作出规定,尤其是难以预料以后将会出现的犯罪。并且,社会上即使出现了新的犯罪,也不