

刑 平 如 水



CRIMINAL
LAW

当代刑法 前沿问题研究

Research
on the frontier issues
of contemporary
criminal law

高铭暄 主编

Criminal
LAW

人民法院出版社

当代刑法 前沿问题研究

Research on the frontier
issues of contemporary criminal law

高铭暄 主编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

当代刑法前沿问题研究 / 高铭暄主编. —北京:
人民法院出版社, 2019. 4
ISBN 978 - 7 - 5109 - 2459 - 0

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 038214 号

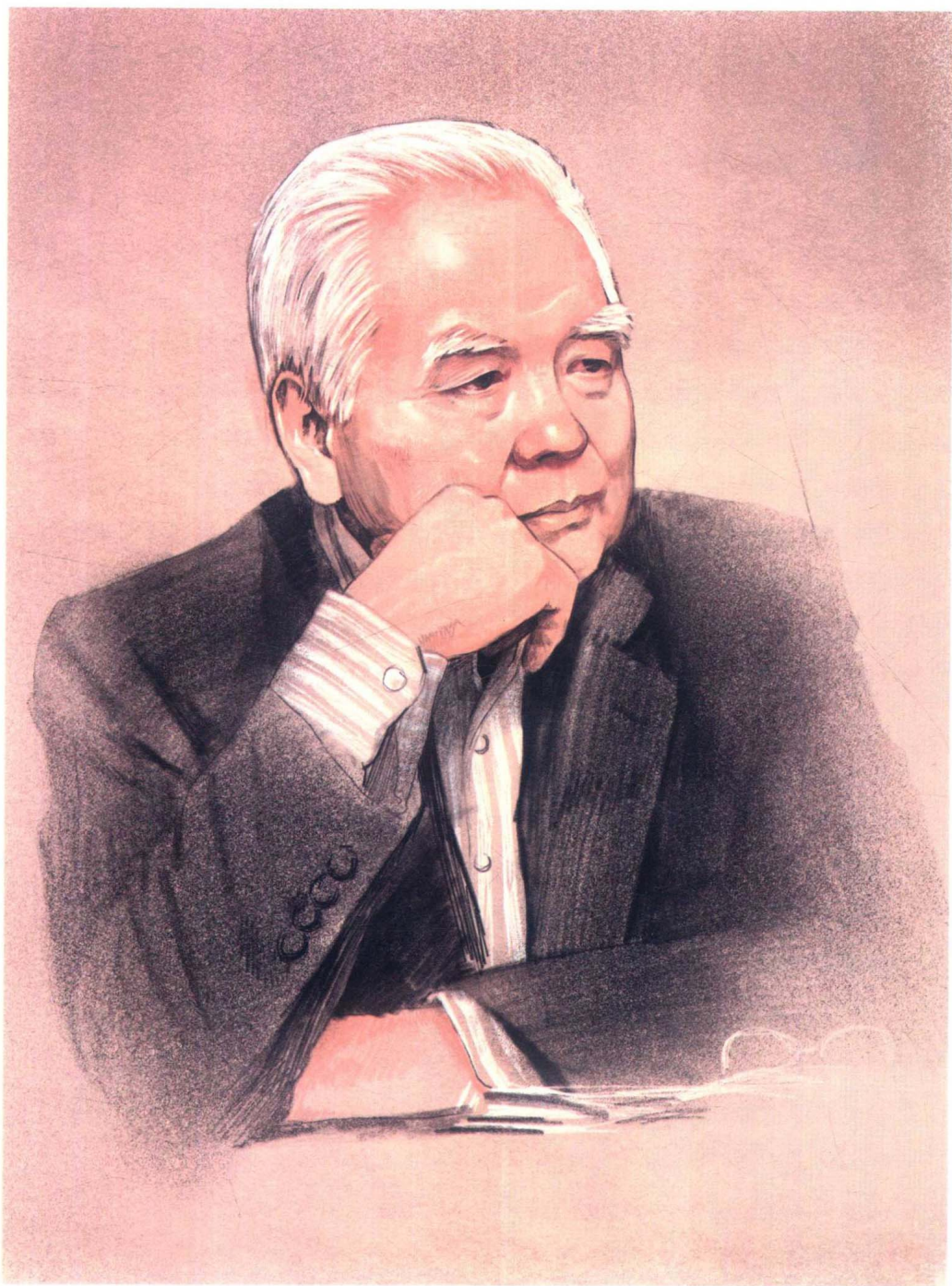
当代刑法前沿问题研究

高铭暄 主编

责任编辑 姜 峤
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) 67550573 (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 保定彩虹印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 520 千字
印 张 32.75
版 次 2019 年 4 月第 1 版 2019 年 4 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 2459 - 0
定 价 88.00 元

版权所有 侵权必究





主 编 简 介

高铭暄，男，1928年5月生，浙江省玉环市人。1951年北京大學法律系本科畢業，1953年中國人民大學法律系刑法研究生班畢業，日本早稻田大學名譽法學博士學位（2016年授予）。1953年起於中國人民大學法律系（現法學院）任教至今，系新中國首位刑法學博士生導師。現任北京師範大學刑事法律科學研究院名譽院長、特聘教授、博士生導師、北京師範大學“京師首席專家”，中國人民大學榮譽一級教授、博士生導師，兼任中國法學會學術委員榮譽委員、中國刑法學研究會名譽會長、國際刑法學協會名譽副主席暨中國分會名譽主席。

高銘暄教授先後擔任中國人民大學法律系主任、法學院院務委員會主任、國務院學位委員會第二、三、四屆學科評議組成員、法學組召集人、中國法學會副會長、中國法學會刑法學研究會會長等職務。曾參加1979年刑法典起草和1997年刑法典修訂工作，多次參與中國最高司法機關制訂刑事司法解釋的研討諮詢工作。先後獲得“有突出貢獻的中青年專家”“全國優秀教師”“全國師德先進個人”“全國傑出資深法學家”“切薩雷·貝卡里亞獎”（國際社會防衛學會，2015年）等榮譽稱號，並被收入英國劍橋世界名人錄和中國多種版本的著名學者、著名法學家名錄。

高銘暄教授在我國法學界乃至國際法律學界享有崇高的聲譽，是我國當代著名法學家和法學教育家，新中國刑法立法的主要參與者與貢獻者、我國刑法學的主要奠基者和開拓者、中國國際刑法研究開創者。高銘暄教授的刑法思想為中國刑法學科的建構與拓展奠定了堅實的基础，為新中國刑法學事業和刑事法治建設作出不可磨滅貢獻，其精采學術生涯閃耀著智慧的光芒，堪稱刑法學界泰斗。

前 言

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的基本法律，是国家以宪法为根本的整个法律体系中的极重要组成部分。我国一贯重视刑法立法及其发展完善。在新中国成立初期就颁布了一些单行刑法，如《惩治反革命条例》《惩治贪污条例》《妨害国家货币治罪暂行条例》等。随后，经过了将近30年的政策发展和司法实践经验的总结以及起草工作的艰辛历程，第五届全国人民代表大会第二次会议于1979年7月1日审议通过了《中华人民共和国刑法》。这是我国制定的第一部刑法典，具有划时代的意义，对推动刑法理论与指导刑事司法具有根本作用。

从整体上说，1979年《刑法》是一部保护现代化建设的好法，但由于受当时历史条件和立法经验的限制，难免在体系结构、规范内容和立法技术上都还存在一些缺陷。1981年至1996年期间，国家最高立法机关先后通过了24个单行刑法，并在107个非刑事法律中设置了附属刑法规范，对1979年《刑法》实质上作出了一系列的补充和修改。后来考虑到随着社会主义市场经济体制的建立，犯罪现象上出现了新情况、新特点和新问题，有必要对刑法典做一次全面系统的修订。这样，从1988年7月开始，就将刑法典的修订工作正式列入全国人大常委会的立法规划。历经8年多的努力，第八届全国人大第五次会议于1997年3月14日通过立修订的《中华人民共和国刑法》，也即1997年《刑法》，并规定自1997年10月1日起施行。这也就是我国现行的刑法典。

1997年《刑法》尽管体系更加完善，此罪与彼罪的界限更加明确、具体，法定刑之间更加平衡，可操作性更强。但这些都是相对的。随着社会主义市场经济政治的改革和发展，根据同犯罪作斗争的需要，国家立法机关于1998年12月29日通过《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的

决定》，还于1999年12月25日至2011年2月25日期间，先后通过8个“刑法修正案”，对1997年《刑法》的总则和分则作了一系列补充和修改。^①从大处说，主要是先后一共对现行刑法典增加了24个条文：补充修改了某些总则规范，增设新罪名41个，相应删去原有的罪名2个；对40个犯罪的构成要件要素作出修正，其中修改了的罪名有25个；增设了19个单位犯罪，废止了13种犯罪的死刑。另外，还降低了其他2种罪的法定刑；提高了10种罪的法定刑和3种单位犯罪中直接责任人员的法定刑。这些修改反映了社会经济发展对当代刑法的影响与新要求。

2011年2月，出台了《刑法修正案（八）》。《刑法修正案（八）》颁行以来，我国的社会经济形势又发生了一些变化，出现了新情况、新问题，需要通过修改刑法来解决。特别是随着党的十八大以及十八届三中全会、四中全会的召开，一些重要精神需要得到贯彻落实，而且刑法也正在面对一些新的情况：一是，一些地方近些年多次发生严重暴力恐怖案件，网络犯罪也呈现出新的特点，有必要从总体国家安全观出发，统筹考虑刑法与当时正在审议的《反恐怖主义法》（草案）、《反间谍法》（2011年11月1日公布实施）等维护国家安全方面的法律的衔接配套，修改、补充刑法的有关规定。二是，随着反腐败斗争的深入，需要进一步完善刑法的相关规定，为惩腐肃贪提供法律支持；同时，按照《联合国反腐败公约》的规定，也还有个别需要补充的内容。三是，落实党的十八届三中全会提出的关于“逐步减少适用死刑罪名”的要求，并做好劳动教养制度废除后法律上的衔接。因此，根据新的情况，针对上述这些问题对刑法有关规定作出调整，完善，是十分必要的。这也就是为什么要制定《刑法修正案（九）》的立法背景。

关于制定《刑法修正案（九）》的指导思想，根据全国人大常委会法工委和全国人大法律委员会关于《刑法修正案（九）》（草案）的说明报告，结合实际情况的发展，可以说有以下四个方面：一是，坚持正确的政治方向，贯彻落实党的十八大和十八届三中全会、四中全会精神，发挥好

^① 高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第5-13页。

刑法在惩治犯罪、保护人民方面的功能。二是，坚持问题导向，从我国国情出发，针对刑法作出调整，以适应维护国家安全、社会稳定和人民安居乐业的需要。三是，坚持宽严相济的刑事政策，维护社会公平正义，对社会危害十分严重的犯罪加大惩处力度，保持高压态势；同时，对于一些社会危害较轻，或者有从轻情节的犯罪，留下从宽处置的余地 and 空间。四是，坚持创新刑事立法理念，进一步发挥刑法在弘扬社会主义核心价值观、规范社会生活方面的引领和推动作用。

《刑法修正案（九）》的起草工作从2012年开始酝酿，经过调整研究、拟制方案、写出送审的草案稿之后，正式进入立法程序。2014年10月27日，十二届全国人大常委会第十一次会议对《刑法修正案（九）》（草案）进行了第一次审议，并于11月在“全国人大网”上将一次审议稿共47条全文公布，以向社会公众征求意见。据了解反馈意见总共5万多条。其后就根据各方面来的意见进行梳理研究，择善而从，改出二次审议稿进行审议，并再次在“全国人大网”上全文公布，向社会公众征求意见。这次反馈意见有11万多条，说明公众参与立法的热情很高。立法工作机关对这些意见再次进行梳理研究，反复斟酌，从而修改出三次审议稿（共52条）。2015年8月29日，十二届全国人大常委会第十六次会议对《刑法修正案（九）》（草案）进行第三次审议，最终使这部草案获得通过，成为正式的《刑法修正案（九）》，并规定自2015年11月1日起施行。

《刑法修正案（九）》共有52条，其中涉及刑法总则的有4条，涉及刑法分则的有47条，还有1条是本修正案的生效时间。整个修正案为1997年刑法典增加了新条文15个^①，删除原条文2个^②，对原条文有些修

① 具体为：第37条之一、第120条之二、第120条之三、第120条之四、第120条之五、第120条之六、第260条之一、第280条之一、第284条之一、第286条之一、第287条之一、第287条之二、第307条之一、第308条之一、第390条之一。

② 第199条。因取消集资诈骗罪的死刑，该条已成空白状态。

改的共计 39 条^①。

从修正的内容看,《刑法修正案(九)》全面贯彻了上述指导思想,在继续减少死刑罪名、提高死刑门槛、建立职业禁止制度、完善数罪并罚制度、严密单位犯罪法网、重视罚金刑适用、加大对恐怖主义、极端主义犯罪的惩罚力度、维护信息网络安全、强化对公民人身权利的保护、完善反腐败的罪刑规定,维护社会诚信、加强社会治理、维护社会秩序等方面,都有所创新和规制。

此外,2017 年 11 月 4 日,中华人民共和国第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过《中华人民共和国刑法修正案(十)》,并自公布之日起施行。其修改内容为,为了惩治侮辱国歌的犯罪行为,切实维护国歌奏唱、使用的严肃性和国家尊严,在刑法第二百九十九条中增加一款作为第二款。至此,我国已经正式通过了十个《刑法修正案》。

纵观对我国现行刑法最新、最主要的修正,可以说,《刑法修正案(九)》的颁行,与党和国家所面临的新形势、新目标等保护了齐步协同关系,为我国经济社会发展提供了积极的保障。《刑法修正案(九)》正式生效后,各级司法机关在实践中围绕具体修改内容的司法适用,展开了积极有益的探索。其中,既有对修改内容的法律适用所形成的一些新共识,也有对相关问题的不同看法,进而进一步检验了立法的科学性与有效性;同时,对于修正内容背后的刑法理论及其未来走向等问题,各界的看法也不尽一致,由此衍生出的理论讨论与拓展尤为丰富,生动地演绎了我国当代刑法的前沿问题所处的时代境遇及其发展历程。在新的形势下,无论是针对具体修改内容的研究与评价,还是围绕修改内容的立法指导思想等展开讨论,或者是针对修改所涉及的刑法理论予以进一步探究,都具有积极的实践意义和理论价值,见证了我国当代刑法的最新发展及其成果。

在风云变幻的大变革时代,现行刑法承担着更艰巨的使命与任务,既

^① 具体为:第 50 条、第 53 条、第 69 条、第 120 条、第 120 条之一、第 133 条之一、第 151 条、第 164 条、第 170 条、第 237 条、第 239 条、第 241 条、第 246 条、第 253 条之一、第 260 条、第 267 条、第 277 条、第 280 条、第 283 条、第 285 条、第 286 条、第 288 条、第 290 条、第 291 条之一、第 300 条、第 302 条、第 309 条、第 311 条、第 313 条、第 322 条、第 350 条、第 358 条、第 383 条、第 390 条、第 391 条、第 392 条、第 393 条、第 426 条、第 433 条。

要面对风险社会的来袭，也要面对网络社会时代以及人工智能时代的到来，更需要立足传统现实物理社会迎面克服传统挑战。在复杂多变的形势下，通过及时有效的立法修正来完善刑法典，不仅是延续现行刑法典的时代生命力的基本途径，也是当代刑法主动谋求发展、敢于担当、勇于开拓的积极体现，更成为深入推动当代刑法理论发展的主要动能。《刑法修正案（九）》作为最新修正的刑法立法典范之作，既见证了当代刑法发展的重大历程，也是深刻洞悉当代刑法前沿问题的重要媒介，更完美地呈现了当代刑法体系的应对策略与路径。基于如上考虑，我们特别推出《当代刑法前沿问题研究》一书，以飨读者。

本书的任务主要是以《刑法修正案（九）》的修改规定为基本前提与主要思考线索，针对立法修正中的一些重要问题进行释义和评价，进而为刑事司法适用提供有益的参考与逻辑；同时，也延伸到当代刑法理论的前沿动态这一层面，使读者能够对《刑法修正案（九）》有更全面、更深入的认识和理解，并使读者同时进一步了解与《刑法修正案（九）》有关的刑法理论研究的发展动态，以促成刑法立法、刑事司法以及刑法理论研究的协同发展。本书通过这种对当代刑法前沿问题的密切关注与解读以及展望，以期勾勒我国当代刑法最新动向的脉络以及前进方向。有鉴于此，本书结合实际情况，特地选择了共计二十二个刑法前沿问题作为主题，大体按照由刑法总则到刑法分则、由理论到实践的逻辑顺序，针对与《刑法修正案（九）》紧密相关的当代刑法前沿问题展开专题性、立体性研究，具体涉及立法、司法以及理论三个基本维度。

关于本书的具体分工，主要如下：

高铭暄（北京师范大学刑事法律科学研究院特聘教授、博士生导师、中国人民大学荣誉一级教授、中国刑法学研究会名誉会长）：撰写前言、第二章，合著第一章、第三章、第四章、第五章、第二十章；

程绍燕（北京师范大学刑事法律科学研究院博士后、《法学杂志》副编审、副研究员）：撰写第六章、第七章；

陈 冉（中国矿业大学文法学院讲师、法学博士）：撰写第十一章、第十七章、第十八章；

孙道萃（北京师范大学刑事法律科学研究院博士后、中国政法大学国

家法律援助研究院讲师): 合著第一章、第五章, 撰写第九章、第十五章、第十六章;

李彦峰(北京师范大学刑事法律科学研究院博士生、中北大学法学院讲师): 合著第三章、第四章, 撰写第十二章、第十三章;

张 慧(中国华融资产管理股份有限公司法务部助理研究员、法学博士、博士后): 撰写第十四章、第十八章;

曹 波(贵州大学法学院讲师、法学博士): 撰写第八章;

李鄂贤(北京师范大学刑事法律科学研究院博士生): 撰写第十章;

王 红(北京师范大学刑事法律科学研究院博士生): 合著第二十章。

本书由高铭暄教授确定研究专题与拟定写作提纲, 先后由程绍燕博士后、孙道萃博士后协助完成统一格式和审校工作等, 最后由主编高铭暄教授统改定稿。

人民法院出版社责任编辑姜峤先生为本书的策划和出版作出了巨大努力, 特此致以深切谢意。

高铭暄

二〇一九年二月

目 录

第一章 97 刑法典颁行以来的立法回顾与完善展望	(1)
一、97 刑法典的基本回顾与发展巡礼	(1)
(一) 97 刑法典的立法成就	(2)
(二) 97 刑法典颁行以来的重要发展	(5)
二、进一步完善 97 刑法典的若干思考	(8)
(一) 可持续性地修正完善 97 刑法典	(8)
(二) 加强立法的科学性	(11)
(三) 加强重点与新兴领域的立法完善	(13)
三、结语	(18)
第二章 中日刑法典总则若干问题比较研究	(20)
一、宏观结构	(20)
二、法人犯罪	(23)
三、共同犯罪	(25)
四、正当化事由	(29)
五、犯罪的未完成形态	(30)
六、刑罚的种类与执行	(31)
(一) 刑罚的种类	(31)
(二) 刑罚的执行	(32)
七、缓刑制度	(33)
八、时效制度	(36)
九、结语	(38)
第三章 刑法最新修正的立法理念展开	(39)
引言	(39)

二、《刑法修正案（九）》立法理念探寻	(40)
(一) 以保障公共安全、维护社会秩序为主要问题导向	(42)
(二) 以刑法功能的积极发挥为基本价值指引	(43)
三、《刑法修正案（九）》立法理念评析	(47)
(一) 对保障公共安全、维护社会秩序作为主要问题 导向的基本认识	(47)
(二) 对犯罪社会危害性标准呈降低趋势的综合分析	(50)
(三) 对刑罚积极一般预防目的突出的理性看待	(57)
第四章 风险社会下刑法的合理应对	(62)
一、“风险刑法”提出的社会背景	(63)
二、刑法与风险社会的对接	(65)
(一) 刑法与风险社会对接的偏离	(66)
(二) 刑法与风险社会的合理对接	(68)
三、风险社会下刑法的价值选择与研究路径	(69)
第五章 预防性刑法观及其教义学思考	(75)
一、问题的提出	(75)
二、预防性刑法立法的观察与省思	(77)
(一) 预防性立法的发迹与发展	(77)
(二) 预防性立法的教义学研判	(81)
三、刑法“工具法制”与社会治理的比例供给观	(83)
(一) 刑法工具观的滥觞与辨正	(83)
(二) 摄入比例原则与工具理性的坚守	(87)
四、经济社会进化与犯罪交替的刑事政策协同观	(91)
(一) 犯罪结构裂变与刑法规范的自然呼应	(91)
(二) 刑法治理与刑事政策的理性协同	(93)
五、当代谦抑精神的内涵廓清与刑罚有效的积极预防观	(97)
(一) 当代刑法谦抑精神的应然面孔	(97)
(二) 转向“必要处罚”与积极预防思维的松绑	(101)
六、结语	(106)

第六章 “从旧兼从轻”原则研究	(107)
一、“从旧兼从轻”原则概述	(107)
二、《刑法修正案(九)》时间效力问题实例分析	(110)
(一) 职业禁止的新旧法适用	(110)
(二) 死缓考验期内故意犯罪的新旧法适用	(111)
(三) 数罪并罚的新旧法适用	(112)
(四) 告诉才处理的特殊规定的新旧法适用	(113)
(五) 终身监禁的新旧法适用	(114)
(六) 删除死刑的新旧法适用	(115)
(七) 修改罚金的新旧法适用	(116)
(八) 新增单位犯罪的新旧法适用	(117)
(九) 嫖宿幼女罪废止前、后的适用	(118)
第七章 单位犯罪重要问题研究	(119)
一、我国单位犯罪的立法情况	(119)
(一)《刑法修正案(九)》出台前的单位犯罪一览	(121)
(二)《刑法修正案(九)》规定的单位犯罪及评价	(127)
二、单位犯罪的认定	(136)
(一) 单位犯罪的主体	(137)
(二) 单位犯罪的构成要素	(146)
三、单位犯罪的处罚	(150)
(一) 单位犯罪的处罚模式	(150)
(二) 单位犯罪处罚模式存在的问题	(152)
(三) 单位犯罪处罚的完善建议	(153)
四、单位犯罪的诉讼程序	(155)
第八章 刑事职业禁止制度研究	(157)
一、刑事职业禁止的正当根据探寻	(158)
(一) 刑事职业禁止的科学性	(158)
(二) 刑事职业禁止的合理性	(160)
(三) 刑事职业禁止的必要性	(164)
(四) 刑事职业禁止的时代性	(168)

二、刑事职业禁止的法律性质辨析	(169)
(一) 刑罚方法说及其否定	(170)
(二) 保安处分说及其批判	(174)
(三) 刑事职业禁止法律性质的其他学说	(182)
(四) 简要评析	(184)
三、刑事职业禁止的适用规则诠释	(184)
(一) 适用对象	(185)
(二) 适用条件	(191)
(三) 禁止内容	(194)
四、刑事职业禁止适用竞合及化解	(196)
五、结语	(201)
第九章 我国网络刑法的基本问题研究	(203)
一、网络刑法学的知识形态变迁	(203)
(一) 从传统刑法学到网络刑法学的知识转型	(203)
(二) 网络刑法学的知识要旨	(207)
二、我国网络刑法的发展动态与基本思考	(209)
(一) 因应全球网络犯罪风险的国际考察	(209)
(二) 我国网络犯罪的应对现状	(212)
(三) 我国网络刑法应对机制的优化	(214)
三、我国网络刑法立法的检视	(216)
(一) 主要立法阶段及其得失	(217)
(二) 网络刑法规范供给失衡的法理巡思	(219)
四、我国网络刑法立法优化的基本展开	(222)
(一) 网络空间立法理念及三维重构	(222)
(二) 网络安全法益的统领地位与扩容	(224)
(三) 专属的预防性立法思维及技术	(228)
五、网络犯罪的科学治理观	(230)
(一) 网络犯罪的相对中立价值判断立场	(231)
(二) 网络犯罪的控制理念	(235)
(三) 网络犯罪治理的政策安排	(238)

第十章 罚金刑制度研究	(241)
一、罚金刑的当代使命	(241)
二、我国罚金刑制度的立法沿革	(243)
(一) 1979 年《刑法》中罚金刑的立法情况	(243)
(二) 1981 年—1996 年罚金刑的立法格局	(243)
(三) 1997 年《刑法》中罚金刑的立法调整	(245)
(四) 1999 年—2014 年罚金刑的立法新变化	(245)
(五) 2015 年《刑法修正案(九)》中罚金刑的立法改革	(248)
三、我国罚金刑制度的立法特点与改革的现实困难	(251)
(一) 罚金刑的立法特点	(251)
(二) 罚金刑立法改革的现实困难	(253)
四、我国罚金刑立法配置建言	(257)
(一) 提升罚金刑的地位, 将其上升为主刑	(258)
(二) 建立以选科为主, 并科为辅, 扩大单 科的罚金适用模式	(259)
(三) 进一步完善罚金刑数额立法规定方式	(259)
(四) 进一步扩大罚金刑适用范围	(259)
(五) 完善罚金刑配置立法, 发挥刑罚惩治 和预防犯罪的功能	(260)
第十一章 数罪并罚制度研究	(261)
一、数罪并罚制度的基本理论	(261)
(一) 数罪并罚的概念与特征	(261)
(二) 数罪并罚与刑罚目的的实现	(262)
(三) 数罪并罚与罪刑均衡	(264)
(四) 数罪并罚与量刑经济	(265)
二、数罪并罚的基本问题	(266)
(一) 数罪的认识	(266)
(二) “并罚”的基础	(268)
(三) 并罚原则的认识	(270)
三、数罪并罚实践中的具体问题	(272)

(一) 附加刑的并罚	(273)
(二) 异种自由刑的并罚	(274)
(三) 数罪并罚的执行期限	(277)
(四) 并罚刑刑期折抵问题	(278)
四、漏罪的并罚	(279)
(一) 漏罪与原判数罪的并罚	(279)
(二) 漏罪被判处管制或拘役的并罚问题	(279)
(三) “发现”漏罪的认定	(280)
五、新罪的并罚	(281)
(一) 新罪并罚时数罪并罚中“总和刑期”的理解	(282)
(二) 再犯新罪并发现漏罪的并罚	(284)
(三) 旧罪未执行新罪的并罚问题	(284)
(四) 新罪被判处管制或拘役的并罚问题	(285)
第十二章 虐待犯罪研究	(286)
一、虐待罪“告诉才处理”除外规定的理解与适用	(286)
(一) 虐待罪“告诉才处理”规定修改的背景	(287)
(二) 虐待罪“告诉才处理”追诉方式考察	(288)
(三) 虐待罪“告诉才处理”追诉中的困境及原因	(291)
(四) 虐待罪“告诉才处理”除外规定的解析与适用	(294)
二、虐待被监护、看护人罪的理解与适用	(298)
(一) 虐待被监护、看护人罪增设的背景	(298)
(二) 虐待被监护、看护人罪犯罪构成解析	(299)
(三) 罪数及罪刑均衡问题	(302)
第十三章 考试作弊犯罪研究	(303)
一、组织考试作弊罪解读	(304)
(一) 犯罪构成解析	(304)
(二) 司法适用	(309)
二、非法出售、提供试题、答案罪解读	(311)
(一) 犯罪构成解析	(311)
(二) 司法适用	(312)