

高铭暄/著

*The Continuation
of Criminal Law*

高铭暄

刑法续言

高铭暄刑法学文集



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

013038803

D914.04-53
24

高铭暄/著

*The Continuation
of Criminal Law*

刑法续言

高铭暄刑法学文集



D914.04-53

24

 北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法续言:高铭暄刑法学文集/高铭暄著. —北京:北京大学出版社,2013.5
ISBN 978-7-301-22403-8

I. ①刑… II. ①高… 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(2013)第077187号

书 名:刑法续言——高铭暄刑法学文集

著作责任者:高铭暄 著

责任编辑:苏燕英

标准书号:ISBN 978-7-301-22403-8/D·3317

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博:@北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱:yandayuanzhao@163.com

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788 出版部 62754962

印 刷 者:北京中科印刷有限公司

经 销 者:新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 43.5印张 838千字

2013年5月第1版 2013年5月第1次印刷

定 价:98.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

大德者，必得其位，必得其祿，必得其名，必得其壽。

——孔子·《中庸》

恭贺高铭暄教授、王作富教授八十五华诞
暨联袂执教六十周年

欣逢北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长暨特聘教授高铭暄先生和特聘教授王作富先生八十五华诞暨联袂执教六十周年之际，北京师范大学刑事法律科学研究院全体师生暨两位先生的弟子、友人特此致贺。

前 言

1953年8月,我研究生毕业留在了中国人民大学法律系刑法学教研室任教,时光漫延,岁月静好,转眼已是一个甲子。如今,我已年逾八旬,老骥伏枥,仍然难弃刑法学研究事业,还希望为中国刑事法治尽献绵薄之力。2013年,适逢我执教60周年,在此之前,我已有三部论文自选集问世,这些论文代表了一定时期内我学术研究的基本轨迹。近年来,我又陆续发表了一些论文,在原有研究基础上对刑法诸多理论问题加以深化、拓展,我想以此为契机,在《刑法问题研究》、《刑法肆言》和《高铭暄自选集》这三本自选文集的基础上,将自己2004年至2012年这8年间发表的刑法论文经过认真整理筛选再成书一帧,作为此前问世的刑法学文集的续编,以《刑法续言》为题目,交由北京大学出版社出版,也算是对我学术生涯的阶段性和反思吧。

本卷文集共计67篇论文,其主题分别涉及刑法基本理论问题、犯罪总论问题、刑罚总论问题、刑法各论问题和国(区)际刑法问题。其中刑法基本理论问题主要包括刑法立法、刑事政策、刑法学术发展等问题;犯罪总论问题主要包括犯罪构成理论、社会危害性理论、单位犯罪理论等问题;刑罚总论问题主要研究了死刑以及社区矫正等问题;刑罚各论问题主要研究了经济犯罪、侵犯公民人身权利罪、妨害社会管理秩序罪和贪污贿赂罪等多种常见多发、情况复杂、疑难的具体犯罪的罪刑问题;国(区)际刑法问题则主要涉及国际刑法的基本理论问题以及香港与内地、台湾与大陆刑法比较之研究。需要特别指出的是,本卷文集秉承我以往选编文集的基本做法,在保持原文基本观点和内容的基础上,进行技术性的分类排列和编辑整理,并在文中注明原载报刊和合作作者等情况,在此一并向论文合作者致以衷心感谢。

本卷论文集集中反映了我2004年至2012年间学术研究的基本动向,也体现了我一贯坚持的研究风格:

首先,注重刑法基本理论问题。刑法基本理论问题是刑法学体系的基石,关注刑法基本理论问题不仅是刑法学体系自身的需要,而且是司法实践的需要。在本论文集中,我一如既往地注重对犯罪论和刑罚论等基本理论问题的探讨和研究,力

求在先前研究成果的基础上有所深化。

其次,关注刑法立法以及刑事法治改革前沿问题。刑法立法是刑事法治的起点和前提,从2004年至今,我国刑法立法紧随社会情势的变化与刑法观念的革新进行修正,相继颁布了《刑法修正案(五)》、《刑法修正案(六)》、《刑法修正案(七)》和《刑法修正案(八)》,作为一名刑法学者,关注刑法立法改革动态,对立法作出思考与解读是其当然的使命和责任。在本论文集,我不仅在宏观上探讨了新中国刑法立法的发展、变革与经验,而且从微观角度对刑法典修订的具体内容展开深入解读,紧跟立法步伐,力求体现刑法学者应有的学术前沿性风格。

再次,强调理论联系实际。刑法学不仅是一门理论学科,更是一门实践学科,理论联系实际是刑法学研究的基本方法,刑事立法和司法实践是刑法理论的源泉,刑法理论应当紧跟立法步伐,不断发现司法实践中出现的新情况,总结新经验,解决新问题,刑法理论只有在立法、司法实践中才能得到检验、丰富和发展,刑法学的生命也正在于以先进、合理的观念指导司法实践,使司法判决实现社会公平正义。因此,在刑法学理论研究中,必须严格以中国的立法、司法实际为依据,言之有物、避免做虚大、空洞的概念游戏,使刑法学真正成为一门实践的学科,成为一门实现人类福祉的科学。

最后,重视刑法学术研究的发展趋势。我国刑法学研究经历了由浅入深的发展过程,这个发展过程正是刑法学科不断成熟与完善的过程,在这个过程中,刑法学研究的内容、模式以及侧重点随着社会历史的变革而不断发生变化,尤其是改革开放至今的三十余年间,我国刑法学研究更呈现出鲜明的特点,研究刑法学学术发展的一般历程与基本经验正体现了我国刑法学术史的发展与嬗变。

总之,该卷文集代表了我近年来学术研究的基本轨迹,希望它的出版能够使我自勉自励,继续在学术研究的道路上奋力前行,更希望这些文章能够得到学界同仁的辩驳、指正,从而对刑法学学术发展有所裨益。

本论文集是在北京师范大学刑事法律科学研究院资助、组织下编辑出版,文集的编辑得益于陈璐博士和北京大学出版社责任编辑的辛勤劳动,谨表示衷心的感谢!

高铭暄
2013年3月

目 录

I 刑法基本理论问题

刑法学发展的基本经验	003
新中国刑法学六十年发展的简要历程和基本经验	006
改革开放三十年的刑法学研究	018
改革开放三十年刑法立法感言	039
中国共产党与中国刑法立法的发展 ——纪念中国共产党成立 90 周年	042
新中国死刑立法的变迁与展望	052
二十五年曲折立法路见证新中国第一部刑法诞生的艰辛	057
风险社会中刑事立法正当性理论研究	062
论刑法修正案对刑法典的修订	072
论国家政治决策与刑法的变革	083
宽严相济刑事政策与罚金刑改革	090
宽严相济刑事政策与酌定量刑情节的适用	098
论社会管理创新中的刑事法治问题	106
刑事和解与刑法价值实现 ——一种相对合理主义的解析	125
刑法学视野中被害人问题探讨	134
宪法权利的刑法保护 ——以言论自由为例的解读	146

II 犯罪总论问题

论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持	155
----------------------------	-----

对主张以三阶层犯罪成立体系取代我国通行犯罪构成理论者的回应	164
关于中国刑法学犯罪构成理论的思考	172
论社会危害性概念的解释	180
论行政犯罪与行政违法行为的界分	191
单位犯罪主体人格否认制度的构建	
——从单位犯罪相关司法解释谈起	198
论单位犯罪的自首	207
再论牵连犯	216

III 刑罚总论问题

刑罚体现社会伦理的基本途径	239
中国刑法中未成年人犯罪处罚措施的完善	
——基于国际人权法视角的考察	250
从此踏上废止死刑的征途	
——《刑法修正案(八)(草案)》死刑问题三人谈	258
当前中国死刑制度改革若干重大问题的建言	274
死刑替代利弊分析	284
略论中国刑法中的死刑替代措施	294
历史·价值·技术	
——中国死缓制度的三维考察	302
死刑替代位阶上无期徒刑的改良	313
削减死刑罪名的价值考量	325
论二审死刑案件的公开审理	333
论立功的成立条件	339
社区矫正写入刑法的重大意义	349
结合《刑法修正案(八)》谈我国社区矫正的本土化发展	357
新中国成立 60 周年之际实行特赦的时代价值与构想	371

IV 刑法各论问题

关于《刑法修正案(八)》罪名问题的意见	389
恐怖组织界定	396
关于我国刑法中“恐怖活动犯罪”定义的思考	403
论生产、销售伪劣商品可否构成“以危险方法危害公共安全罪”	411

略论我国刑法中走私犯罪的对象问题	426
我国证券犯罪立法的本土化与国际化思辨	432
侵犯著作权罪认定若干问题研究	445
论规避技术保护措施之刑事制裁	455
国际法视角下商标犯罪刑法适用若干疑难问题探析	466
论奸淫幼女罪与非罪的界限	477
论诈骗犯罪主观目的的认定	487
非法使用武装部队专用标志进行诈骗的罪数认定	496
寻衅滋事罪若干疑难问题探讨	499
改革开放以来我国环境刑事立法的回顾与前瞻	504
中国反商业贿赂的历史进程	513
当代我国职务犯罪的惩治与预防	515
论非国家工作人员职务犯罪的惩治与预防	529
论利用影响力受贿罪司法认定中的几个问题	539

V 国(区)际刑法问题

当代国际刑法的新发展	553
中国关注的国际刑事法院问题	567
论建立国际刑事法院的法律意义	576
论《罗马规约》规定的危害人类罪的前提要件	584
《罗马规约》与中国刑法犯罪故意之比较	592
论国际反腐败犯罪的趋势及中国的回应 ——以《联合国反腐败公约》为参照	600
欧共体金融利益的刑法保护	610
论香港与内地移交逃犯的先例模式	630
海峡两岸互涉犯罪管辖协调问题探讨	642
海峡两岸商标犯罪比较研究	651
海峡两岸商业贿赂犯罪比较研究	664
附录 高铭暄先生著述要览(2008年—2012年)	675

I

刑法基本理论问题

刑法学发展的基本经验*

新中国成立迄今,中国刑法学研究的发展历程大致可以分为以下三个时期:第一时期,1949年10月至1957年上半年,此为中国刑法学研究的创立和初步发展时期;第二时期,1957年下半年至1976年10月,此为中国刑法学研究的萧条与停滞时期;第三时期,1976年10月至现在,此为中国刑法学研究从复苏到繁荣的时期。从总体上来看,这一时期又可以分为1977年至1978年的复苏阶段和1979年至现在的繁荣阶段。总结过去60年刑法学发展的基本脉络,我们可以总结出以下几条基本经验。

一、坚持马克思主义和新时期社会主义建设理论在刑法学研究中的指导地位

马克思、恩格斯所创立的辩证唯物主义和历史唯物主义是研究刑法学的根本方法。60年来,中国刑法学研究取得了丰硕成果,是我们坚持辩证唯物主义和历史唯物主义基本理论指导地位的结果。当前,中央从新世纪新阶段国家和社会发展全局出发提出了科学发展观的重大战略思想,新时期的我国刑事法治建设理当也正在融入科学发展的理念。科学发展观指导下的刑法首先应是科学的。为此,我们需在刑法的科学性上下工夫。要追求刑法立法的科学性,要使刑法立法既具有现实性,又具有前瞻性;既具有概括性,又具有精密性;既具有传统性,又具有时代性;既具有民族性,又具有世界性;使我们的刑法立法成为世界各国刑法立法中的一道亮丽的风景线,一个可资借鉴的楷模。要顺应现代刑事司法文明的发展趋势,构筑既能够充分保障人权,又能够保护社会的现代刑事司法制度。科学发展观,第一要义是发展,为此,应以时不我待之精神,审时度势,密切关注国家的政治、经济和社会的发展趋向,顺应世界文明发展的潮流,适应国际社会的要求,不断推进刑法学的发展变革。科学发展观的核心是以人为本。刑法学也必须坚持以人为本,全心全意为人民服务,实现党的根本宗旨。以人为本要求人本的刑法学。人本的刑法学要求刑法学关注民生,关注百姓疾苦,要求将刑法保护人权这一现代刑法

* 原载《法学家》2009年第5期。

的永恒机能始终放在重要的位置,构筑能够切实保障人权的现代刑法学理论。

二、坚持“百花齐放、百家争鸣”的学术方针

学术自由是刑法学永不衰竭的生命源泉。新中国刑法学研究的历史表明,什么时候坚持了刑法学术自由,什么时候的刑法学术研究就能够不断向前推进和发展,新中国刑法学研究的第一个时期即创立、发展时期,以及第三个时期即复苏、繁荣时期,我们坚持了“百花齐放、百家争鸣”的学术方针,使得这两个时期的刑法学研究呈现出勃勃生机,并最终出现当前的繁荣局面。而在第二个时期,我们没坚持这一方针,刑法学研究便万马齐喑,并最终萧条、停滞。在刑法学研究中贯彻“百花齐放、百家争鸣”的学术方针,就是要允许不同的学术观点、不同的流派和谐共存,鼓励和激发不同的学术观点相互启发、相互借鉴、相互促进、共同成熟;就是要严防和禁止将学术问题政治化,将学术问题上纲上线,大帽子压人;就是要鼓励和培育不同的刑法学术观点发展为流派、学派,从而真正为刑法学术的繁荣奠定坚实的根基。

三、坚持完善中国刑法学的学科体系

早在 20 世纪 50 年代,我国出版的第一批刑法教科书,就尝试和探索建立中国自己的刑法学科体系。到了 80 年代,由于中国第一部刑法典的生效实施,法律出版社于 1982 年出版的第一部统编教材《刑法学》,集中了当时中国刑法学界几乎所有重要刑法学家的智慧,因而更加科学、完整地建立了自己的学科体系。当然,中国刑法学的体系不是凝固不变的,而是随着时代的前进而不断完善的,虽然时至今日,以“罪—责—刑”为基本模式的中国刑法学体系已获得了刑法理论界和实务界的广泛认同,但这个体系也不是尽善尽美的。中国刑法学体系目前存在的问题主要是静态性有余,动态性不足。认定犯罪、确定责任、决定刑罚,这是刑事诉讼的完整过程,也是刑法学需要解决的三个动态性中的任务。但是,在我国现行刑法学体系中,对这三大动态过程阐述不够。统编的刑法学教材章节设置基本上都是立足于静态描述犯罪,而比较缺乏动态性地研究认定犯罪、归结责任、量定刑罚的相关理论内容。再者,在中国刑法学体系的三大理论板块即犯罪论、刑事责任论、刑罚论中,犯罪论、刑罚论相对比较充实,而刑事责任论相对苍白,对于一个行为成立犯罪以后,如何判断其刑事责任大小,缺乏应有的标准和依据。这就难以起到犯罪论与刑罚论之间过渡、缓冲的桥梁和纽带作用。

四、坚持理论联系实际的研究方法

在中国刑法学发展 60 年中的绝大部分时期,我们较好地坚持理论联系实际研究方法,我国刑法学研究始终将刑事司法实践中准确适用刑法、解决刑法适用中的

疑难问题作为刑法学研究的基点,着力解决了刑事司法实践中的诸多理论与观念问题。从我国的实际情况看,刑法学研究紧密联系刑事司法实践的方式和途径可以多种多样:一是对刑法规范的含义进行阐释,针对司法实践中需要正确解决的常见多发的疑难问题展开研讨,并就刑法规范存在的缺陷提出修正和完善的建议。二是理论联系刑事司法解释,有些学者得以亲自参与刑事司法解释的起草研拟,而多数学者虽然不能亲自参与起草研拟,但却可以通过报刊等针对刑事司法解释发表评论或提出建议,这些作为理论联系实际的表现形式,对于促进刑事司法的统一,推动司法实践的健康发展,具有重要的积极意义。三是理论联系重大刑事法治现实问题,如对于死刑、劳动教养、未成年人犯罪以及新型疑难犯罪等刑事法治重大现实问题,我国刑法学界进行了多方面的探索并取得了较为丰硕的成果。

五、坚持刑法学科的国际化

全面开拓和加强对外国刑法和比较刑法的研究,善于借鉴、吸取外国的有益经验,对于我国刑法理论的发展乃至刑法立法、司法实务的完善,都具有十分重要的意义和作用。近年来我国在这方面投入较多力量,取得了一系列研究成果。在国际刑法研究领域,进入21世纪,国际范围的交往将变得更为频繁,随着经济的全球化,法律国际化的进程也正在进一步加快。这种社会发展趋势,为国际犯罪的增长在客观上提供了条件。可以预言,21世纪的国际犯罪将会更加猖獗,其对整个国际社会造成的危害也将日益加重。这样,国际犯罪的惩治与防范、国际范围内的刑事司法协助、国际刑法的中国化以及中国刑法的国际化等问题,都将成为我国刑法学研究亟待加强的领域。尽管国际社会已经成立了旨在审理诸如战争罪、危害人类罪、灭绝种族罪等严重国际犯罪的国际刑事法院,但在这些犯罪的认定与处罚、国际刑事责任的承担、国际刑事司法合作的机制等国际刑法理论的一些基本问题上,世界各国政府及学者们并没有完全或真正达成共识,国际刑法研究仍然需要进一步深入和加强,我国刑法学界也应当在这些崭新的领域有所贡献。

新中国刑法学六十年发展的简要历程和基本经验*

1949年中华人民共和国成立迄今,已经走过了六十个年头,新中国的刑法学也经历了一个轮回,进入了她的花甲之年。孔子曰:“六十而耳顺”,是讲六十岁的时候个人修养已臻成熟阶段,能够兼容和善纳不同的思想观点,能够正确地认识自己和评价自己。对于新中国的刑法学来讲,站在六十年的门槛上,检视新中国成立以来刑法学的发展历程,科学总结其经验得失,不仅是新中国刑法学发展成熟的应有内涵,而且对于把握中国刑法学未来所蕴含的发展契机,迎接新的挑战,努力开创我国刑法学研究的新局面,加速我国刑事法治的完善,乃至推动我国整个法治建设和社会的进步,无疑都具有重要的意义和作用。

一、新中国刑法学六十年发展的简要历程

新中国成立迄今,中国刑法学研究的发展历程大致可以分为以下三个时期:第一时期,1949年10月至1957年上半年,此为中国刑法学研究的创立和初步发展时期;第二时期,1957年下半年至1976年10月,此为中国刑法学研究的萧条与停滞时期;第三时期,1976年10月至现在,此为中国刑法学研究从复苏到繁荣的时期。从总体上来看,这一时期又可以分为1977年至1978年的复苏阶段和1979年至现在的繁荣阶段。但是,复苏阶段时间太短,研究成果甚少;所以,本文将第三时期分为以下三个阶段加以论述,即1976年10月至1988年6月、1988年7月至1997年3月和1997年3月迄今。

(一) 创立、发展时期(1949年10月至1957年上半年)

1949年10月1日中华人民共和国成立,也宣告了新中国刑法学的诞生。从此,新中国刑法学的命运就和共和国的命运联系在一起。从1949年10月到1957年上半年,是新中国刑法学史上极其重要的一个时期,它为刑法学以后的发展奠定了基础。

* 原载《法学杂志》2009年第11期。

在这一时期,刑法学的研究成果不多,主要是阐释有关法律的著作和教材。^[1]还翻译出版了一批前苏联的刑法教科书^[2],发表了一些刑法学论文,这些论文对刑法中的有关问题进行了初步探讨,例如,刑法的溯及力问题、犯罪的概念问题、因果关系问题、刑罚目的问题、死缓制度存废问题以及反革命罪等问题。

纵观这一时期中国刑法学研究的状况,具有两个显著的特点:一是全面批判、彻底否定剥削阶级的旧法观点,介绍和引进前苏联的刑法理论。这一时期的刑法学研究初步勾勒了我国刑法学特别是刑法学总论的轮廓,对我国刑法学总论和分论的一些问题具有一定深度的论述,为我国社会主义刑法学体系的初步建立奠定了基础。二是参与和配合《刑法》的起草工作。在1979《刑法》的最初孕育起草过程中,我国刑法理论工作者提出了一系列积极的立法建议,并从刑法理论上加以阐述。对一些问题,还展开了激烈讨论,这些研讨无疑推动了刑事立法的发展进程。

(二) 萧条、停滞时期(1957年下半年至1976年10月)

随着1957年下半年“反右”斗争的开始,1957年上半年所出现的刑法学研究的繁荣现象如昙花一现,迅即消失,刑法学研究工作开始受到冷落。到1966年“文化大革命”开始,刑法学研究进入停滞、倒退时期,一直持续到“文化大革命”结束。这一时期由于此伏彼起、连绵不断的政治运动和社会动乱,刑法学研究从其中前10年(1957年至1966年)的逐步萧条、成果很少,到后10年(1966年至1976年)的偃旗息鼓、完全停止。

这一时期,由于轻视法制的“左”的思想抬头,刑法学研究基本上处于停滞状态。一些刑法上的重要理论,如刑法基本原则、犯罪构成等问题,人们不敢问津。各校编写的教材,也大都都是适应政治运动需要的产物,过分强调政治性,专业内容大大压缩。当然,刑法学研究基本停滞并不等于完全停止。由于刑法起草工作在一度中断之后从1962年5月开始又恢复进行,所以刑法学的某些问题在客观上还需要研究,只不过这种研究主要是在内部进行的,很少公开发表,这种状况使得对前苏联刑法学著作以及外国《刑法典》的翻译,构成这一时期比较突出的研究成果。^[3]

在这一时期发表的少量的刑法学论文中,犯罪与两类矛盾问题的研讨是引人注目的热点。这一问题是由1957年毛泽东同志发表《关于正确处理人民内部矛盾

[1] 参见吴从云:《惩治反革命条例讲解》,上海劳动出版社1951年版;中国人民大学法律系刑法教研室:《中华人民共和国刑法总则讲义》1957年2月编印(初稿,上、下册)等。

[2] 参见孟沙金等编:《苏维埃刑法纲要》,王作富、高铭喧等译,中国人民大学出版社1955年版。

[3] 参见中国人民大学出版社编译室译:《苏联和各加盟共和国刑事立法基本原则及其他几项法律和决议》,中国人民大学出版社1958年版;特拉依宁:《犯罪构成的一般学说》,中国人民大学出版社1958年翻译出版。