



凤凰文库
智库系列

刑法最新立法 争议问题研究

赵秉志 袁彬 著

Research on Disputes
in the Latest Amendments
to the Criminal Law

 江苏人民出版社

刑法最新立法 争议问题研究

赵秉志 袁彬 著

图书在版编目(CIP)数据

刑法最新立法争议问题研究/赵秉志,袁彬著. --
南京:江苏人民出版社,2016. 11
ISBN 978-7-214-19733-7
I. ①刑… II. ①赵… ②袁… III. ①刑法-研究-
中国 IV. ①D924.04
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 262918 号

书 名 刑法最新立法争议问题研究

著 者	赵秉志 袁 彬
责 任 编 辑	徐 海 卞清波
责 任 校 对	史雪莲
装 帧 设 计	刘亭亭
出 版 发 行	凤凰出版传媒股份有限公司 江苏人民出版社
出版社地址	南京市湖南路 1 号 A 楼,邮编:210009
出版社网址	http://www.jspph.com
经 销	凤凰出版传媒股份有限公司
照 排	江苏凤凰制版有限公司
印 刷	江苏凤凰通达印刷有限公司
开 本	718 毫米×1000 毫米 1/16
印 张	17 插页 4
字 数	251 千字
版 次	2016 年 11 月第 1 版 2016 年 11 月第 1 次印刷
标 准 书 号	ISBN 978-7-214-19733-7
定 价	42.00 元

(江苏人民出版社图书凡印装错误可向承印厂调换)



凤凰文库
PHOENIX LIBRARY

凤凰出版传媒集团
PHOENIX PUBLISHING & MEDIA GROUP

凤凰文库·智库系列

项目总监 徐 海

项目执行 卞清波

出版说明

要支撑起一个强大的现代化国家,除了经济、政治、社会、制度等力量之外,还需要先进的、强有力的文化力量。凤凰文库的出版宗旨是:忠实记载当代国内外尤其是中国改革开放以来的学术、思想和理论成果,促进中外文化的交流,为推动我国先进文化建设和中国特色社会主义建设,提供丰富的实践总结、珍贵的价值理念、有益的学术参考和创新的思想理论资源。

凤凰文库将致力于人类文化的高端和前沿,放眼世界,具有全球胸怀和国际视野。经济全球化的背后是不同文化的冲撞与交融,是不同思想的激荡与扬弃,是不同文明的竞争和共存。从历史进化的角度来看,交融、扬弃、共存是大趋势,一个民族、一个国家总是在坚持自我特质的同时,向其他民族、其他国家吸取异质文化的养分,从而与时俱进,发展壮大。文库将积极采撷当今世界优秀文化成果,成为中外文化交流的桥梁。

凤凰文库将致力于中国特色社会主义和现代化的建设,面向全国,具有时代精神和中国气派。中国工业化、城市化、市场化、国际化的背后是国民素质的现代化,是现代文明的培育,是先进文化的发展。在建设中国特色社会主义的伟大进程中,中华民族必将展示新的实践,产生新的经验,形成新的学术、思想和理论成果。文库将展现中国现代化的新实践和

新总结,成为中国学术界、思想界和理论界创新平台。

凤凰文库的基本特征是:围绕建设中国特色社会主义,实现社会主义现代化这个中心,立足传播新知识,介绍新思潮,树立新观念,建设新学科,着力出版当代国内外社会科学、人文学科的最新成果,同时也注重推出以新的形式、新的观念呈现我国传统思想文化和历史的优秀作品,从而把引进吸收和自主创新结合起来,并促进传统优秀文化的现代转型。

凤凰文库努力实现知识学术传播和思想理论创新的融合,以若干主题系列的形式呈现,并且是一个开放式的结构。它将围绕马克思主义研究及其中国化、政治学、哲学、宗教、人文与社会、海外中国研究、当代思想前沿、教育理论、艺术理论等领域设计规划主题系列,并不断在内容上加以充实;同时,文库还将围绕社会科学、人文学科、科学文化领域的新问题、新动向,分批设计规划出新的主题系列,增强文库思想的活力和学术的丰富性。

从中国由农业文明向工业文明转型、由传统社会走向现代社会这样一个大视角出发,从中国现代化在世界现代化浪潮中的独特性出发,中国已经并将更加鲜明地表现自己特有的实践、经验和路径,形成独特的学术和创新的思想和理论,这是我们出版凤凰文库的信心之所在。因此,我们相信,在全国学术界、思想界、理论界的支持和参与下,在广大读者的帮助和关心下,凤凰文库一定会成为深为社会各界欢迎的大型丛书,在中国经济建设、政治建设、文化建设、社会建设中,实现凤凰出版人的历史责任和使命。

前言

2015年8月29日全国人大常委会通过并于2015年11月1日起施行的《刑法修正案(九)》,是我国适应当前社会形势变化进行的最新刑法修正。与之前的刑法修正相比,我国此次刑法修正的目标明确,立足于贯彻总体国家安全观,统筹完善刑法的相关规定;加强反腐败刑事法治建设,完善反腐败的相关规定;落实党的十八届三中全会关于逐步减少适用死刑罪名的要求,做好劳动教养制度废除后的法律衔接。^①此次刑法修正呈现出更加鲜明的民主性、科学性、创新性和审慎性。

有论者言:现代意义上的立法都与民主的理念及制度息息相关,否则将有可能蜕变为服务于少数利益集团的“私人产品”。^②诚如斯言。此次《刑法修正案(九)》的立法过程十分民主和公开。除了坚持之前刑法立法的一些传统经验,如向社会公众征求意见、向有关单位和部门征求意见、向全国人大代表征求意见、向专家学者征求意见等,《刑法修正案(九)》在立法民主和立法公开方面还有两点值得特别关注。一是国家立法机关(包括国家立法工作机关)十分重视促进社会各界对刑法立法的参与。国家立法机关不仅在立法草案研拟前广泛调研,积极听取各方意见和建议,并在研拟过程中召开各种座谈会、专家论证会听取各相关单位、部门和专家的意见(据了解,这些会议不下数十个,仅在北京举行的专家论证会就达十多个),而且还首次组织召开了刑法修正案通过前的立法评估会。2015年8月10日,全国人大

^① 参见李适时:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案)的说明》[第十二届全国人大常委会第十一次会议文件(四),2014年10月26日]。

^② 参见刘武俊:《立法程序的民主性与公开性》,载《人民法院报》2001年5月2日。

常委会法工委召开了《刑法修正案(九)》通过前的立法评估会,邀请部分全国人大代表、专家学者、律师和公检法部门基层执法人员参加,对《刑法修正案(九)(草案)》中主要制度规范的可行性、修正案出台时机、实施的社会效果和可能出现的问题进行评估,将刑法立法的民主、公开提升到了一个新的水平。二是社会各界参与刑法立法的积极性非常高。此次刑法修改因其涉及的内容广泛和重要,受到社会各界的高度重视和积极参与。据统计,《刑法修正案(九)(草案)》第一次向社会公开征求意见后,共有社会公众 15096 人提出了 51362 条意见;^①第二次向社会公开征求意见后,共有 76239 位网民通过网络提出了 110737 条意见。^② 相比之下,民众对全国人大常委会同期审议的其他立法的参与程度明显低于刑法。除了社会公众、网民的意见,在此次修法过程中,许多单位、部门和法律院校、科研机构也都针对《刑法修正案(九)(草案)》提出了大量意见。这些意见经由我国立法工作机关收集、整理,成为了《刑法修正案(九)》的重要立法参考资料,也是十分珍贵的立法研究资料。

本书第一作者赵秉志教授自始至终参与了《刑法修正案(九)》相关的重要立法研拟、研讨工作,有幸广泛接触和全面了解了《刑法修正案(九)》修法的相关资料 and 各方面对《刑法修正案(九)》草案的意见、建议。本书第二作者袁彬教授作为赵秉志教授的学术助手,在协助赵秉志教授研讨刑法修正问题时也在一定程度上接触与了解了刑法修正的这些资料与意见。梳理与研究这些意见和建议,无疑有助于我们深入了解《刑法修正案(九)》的立法过程、立法抉择、法条涵义和立法精神,对于我们全面把握、正确理解《刑法修正案(九)》的立法内容具有重要作用,同时对于我们深化相关问题的法理研究也至关重要。为此目的,在江苏人民出版社的支持下,我们撰写了本书。

本书以《刑法修正案(九)》修法过程中及修法前后各方的意见、建议为主要研究对象,梳理、分析、研究了《刑法修正案(九)》修法涉及的主要争议

① 参见第十二届全国人大常委会第十五次会议参阅资料(二):《中华人民共和国刑法修正案(九)(草案二次审议稿)参阅资料》,全国人大常委会办公厅秘书局 2015 年 6 月 23 日编印,第 26—89 页。

② 参见第十二届全国人大常委会第十六次会议参阅资料(一):《中华人民共和国刑法修正案(九)(草案三次审议稿)参阅资料》,第 23—33 页。

问题。本书在内容和体例上具有以下特点:(1)内容全面。《刑法修正案(九)》共 52 个条文,修法内容涉及刑法典总则和分则多个方面,争议问题众多。本书对相关立法参考资料和理论观点进行了归纳整理,除了对计算机犯罪增加单位主体、贿赂犯罪增加财产刑等个别争议不大的问题外,共选取 37 个争议较大的问题分专题进行了分析研究,内容涵盖全面。(2)资料翔实。为了展示《刑法修正案(九)》修法过程中的各种争议,本书在写作过程中对《刑法修正案(九)》过程中的立法参考资料进行了详细的分类、整理,同时对一些学者发表在媒体、论文中有关观点也进行了收集、整理,力图使本书成为当前我国关于《刑法修正案(九)》争议问题研究资料最为翔实、全面的著作。(3)体例简明。本书在体例上采取章下分专题的形式,共分 10 章 37 个专题。每个专题大体分“修法背景”、“修法内容”、“修法争议”和“修法研讨”四个层次进行论述,条理清晰,一目了然,以便于读者朋友更好地了解相关争议。

“现代立法,说到底是以民主的方式分配正义。倘若缺失立法的公开性,立法的民主性便如沙漠之塔。”^①本书的完成有赖于我国刑法最新立法的公开和民主,让我们有机会全面了解立法的争议和相关立法资料。我们期待本书有助于读者朋友们更好地了解我国刑法的最新立法状况和相关争议,当然更期待我国刑法立法的这种公开化、民主化做法能够成为我国立法的新常态,并不断完善、日臻成熟,成为推动我国刑法立法科学化和刑事法治前行的积极力量。

最后衷心感谢江苏人民出版社有关领导和责任编辑,正是他们对本书的厚爱和辛劳使得本书能够及时和精美地问世。

本书作者

2016 年 6 月于北师大刑科院

^① 阿计:《“立法新政”力推立法民主》,载《政府法制》2000 年第 14 期。

目 录

contents

- 001〉 第一章 刑法最新修正的宏观争议问题
 - 001〉 一、刑法立法的犯罪化问题
 - 008〉 二、刑法立法回应重大社会关切问题
 - 013〉 三、刑法修正案的立法程序问题
- 019〉 第二章 死刑最新修正的争议问题
 - 019〉 一、死刑罪名的废止问题
 - 031〉 二、死缓犯执行死刑的门槛问题
 - 039〉 三、绝对确定死刑的取消问题
- 045〉 第三章 反恐刑法修正的争议问题
 - 045〉 一、反恐新罪名的增设问题
 - 059〉 二、反恐罪名的修改问题
- 066〉 第四章 网络犯罪修正的争议问题
 - 066〉 一、网络犯罪罪名的增设问题
 - 078〉 二、与网络相关犯罪的修法问题

090〉 第五章 侵犯人身权利犯罪修正的争议问题

091〉 一、收买被拐卖的妇女、儿童罪的处罚加重问题

095〉 二、嫖宿幼女罪的取消问题

099〉 三、强制猥亵、侮辱妇女罪的修改问题

105〉 四、虐待被监护、看护人罪的增设问题

110〉 五、虐待罪的修改问题

115〉 第六章 扰乱社会秩序犯罪修正的争议问题

115〉 一、危险驾驶罪的行为增补问题

120〉 二、抢夺罪的修改问题

123〉 三、袭警行为的刑法规制问题

128〉 四、非法生产、销售专用间谍器材或者窃听、窃照专用器材罪的完善问题

131〉 五、扰乱社会秩序犯罪的修改与增设问题

135〉 六、组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信破坏法律实施罪的完善问题

139〉 七、盗窃、侮辱尸体罪的完善问题

143〉 八、非法生产、买卖、运输制毒化学品犯罪的完善问题

147〉 第七章 妨害司法罪修正的争议问题

147〉 一、虚假诉讼罪的增设问题

154〉 二、泄露不应公开的案件信息罪的增设问题

160〉 三、扰乱法庭秩序罪的修改补充问题

164〉 四、拒不执行判决、裁定罪的完善问题

170〉 第八章 背信犯罪修正的争议问题

170〉 一、证件犯罪的修改与增设问题

174〉 二、考试作弊入刑问题

180〉 第九章 腐败犯罪修正的争议问题

180〉 一、贪污受贿罪定罪量刑标准的修改问题

191〉 二、贪污受贿罪死缓犯终身监禁的增设问题

195	三、行贿罪处罚力度加大问题
198	四、对影响力的人行贿罪的增设问题
204	第十章 刑法最新修正的其他争议问题
204	一、预防性措施的增设问题
213	二、罚金缴纳的修改问题
217	三、不同种自由刑的数罪并罚原则修改问题
223	四、修正案的生效时间问题
227	附录

第一章 刑法最新修正的宏观争议问题

2015年8月29日第十二届全国人大常委会第十九次会议通过的《刑法修正案(九)》,是我国2011年2月25日通过《刑法修正案(八)》之后的又一次重大刑法修正,也是我国进行的最新刑法立法。《刑法修正案(九)》全文共计52条,包括对刑法典诸多内容尤其是分则规范的修改补充,可谓内容丰富、问题重要、亮点纷呈、进展显著,具有鲜明的时代特征,受到社会各界广泛关注和热情期待,也标志着我国刑事法治的发展进步又迈上了一个新台阶,并且在一定程度上为我国刑法立法的继续完善进步开辟了道路、创造了条件。在立法研拟和审议过程中,《刑法修正案(九)》的许多重要问题也引发了一些争议。其中,在宏观方面,人们重点关注的是刑法立法的犯罪化、刑法立法回应重大社会关切和刑法修法程序完善等问题。

一、刑法立法的犯罪化问题

(一) 修法背景

马克思主义法学认为,“无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已”^①。经过30多年的改革开放,我国社会取得了巨大进步。但由于我国现阶段仍处于变动而复杂的社会转型期,由经济发展、科技进步及其所带来的政治、社会、文化、治安等方面变化所决定所影响的犯罪领域,也出现了一系列新情况、新问题、新特点,这在暴恐犯罪、

^① 参见《马克思恩格斯全集》第4卷,第121—122页。

网络犯罪、腐败犯罪、妨害社会管理犯罪等方面都有其突出的表现。“犯罪和现行统治都产生于相同的社会条件。”^①刑法是现代国家遏制犯罪的基本手段,犯罪发展变化了,以遏制犯罪为使命的刑法当然也要有针对性地予以调整。此次《刑法修正案(九)》出台的内在动因,就是社会发展和时代变迁所影响的犯罪发展变化情况及对之惩治防范的法治需要。中共十八届三中全会 2013 年 11 月 12 日通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》勾勒了“推进法治中国建设”的宏伟蓝图,并在继续减少死刑罪名、废除劳动教养制度后的法律衔接以及反腐败等方面阐明了方向性的涉及刑法修改的改革精神,中央司法体制改革的任务有进一步相关的要求;中共十八届四中全会 2014 年 10 月 23 日通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》则在“加强重点领域立法”中明确提出了完善反腐败刑法和加强互联网领域立法(其中涉及到刑法问题)等任务。

在此背景下,《刑法修正案(九)》自 2012 年秋天开始调研和酝酿准备,至 2015 年 8 月 29 日在第十二届全国人大常委会第十九次会议上获得通过,修法前后历时 3 年,修法历程大体上经历了修法调研准备、研拟初步方案、第一次立法审议、第二次立法审议、第三次立法审议暨通过等五个阶段。^②总体上看,《刑法修正案(九)》主要着力解决以下三个方面的问题:一是针对我国一些地方近年来多次发生的严重暴力恐怖案件和网络犯罪呈现出的新特点,从总体国家安全观出发,统筹考虑刑法与反恐怖主义法、反间谍法等维护国家安全方面法律的衔接配套,修改、补充刑法的有关规定;二是随着当前我国反腐败斗争的深入,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;三是需要落实中共十八届三中全会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。^③在此基础上,《刑法修正案(九)》通过新增罪名和调整相关犯罪的构成要件、法定刑,加强和改善了对相关犯罪的惩治。

① 参见《马克思恩格斯全集》第 3 卷,第 379 页。

② 参见赵秉志主编:《〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉理解与适用》,中国法制出版社 2015 年版,第 5 页。

③ 参见李适时:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案)的说明》,载“中国人大网”,2014 年 11 月 9 日。

（二）修法内容

此次《刑法修正案(九)》中,国家立法机关更加注重把坚持宽严相济的刑事政策、维护社会公平正义作为修法的一个重要的指导思想,强调“对社会危害严重的犯罪惩处力度不减,保持高压态势;同时,对一些社会危害较轻,或者有从轻情节的犯罪,留下从宽处置的余地 and 空间”^①。从总体上看,犯罪化是此次刑法修正的重要方面和内容,并突出体现在以下三个方面:

第一,增设了大量新的犯罪。《刑法修正案(九)》根据犯罪治理的需要,增设了21种新的犯罪,即准备实施恐怖活动罪,宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪,利用极端主义破坏法律实施罪,强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪,非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪,虐待被监护、看护人罪等。^②正如有学者所言,这些“新的规定主要是为了解决目前定罪中的困惑和分歧,统一各地司法机关对这种行为的定性,彻底贯彻罪刑法定原则”^③。

第二,扩充犯罪构成条件。《刑法修正案(九)》根据司法实践的需要,修改了原有犯罪的构成要件,包括扩大行为的类型(如在“危险驾驶罪”中增加了两类危险驾驶行为)、扩大主体的范围(如将出售、非法提供公民个人信息犯罪的主体由特殊主体改为一般主体,针对网络犯罪增设了单位主体)、降低入罪门槛(如将扰乱无线电通讯管理秩序罪的入罪门槛修改为“情节严重”)等。这些问题也是过去长期困扰我国刑事司法、影响我国刑法功能发挥的重要方面。例如,扰乱无线电通讯管理秩序罪在修法之前的入罪门槛过高,该罪自1997年刑法典确立以来未有一例判决,成为名副其实的“僵尸条款”,但以伪基站为代表的扰乱无线电通讯管理秩序的行为又层出不穷,

① 参见李适时:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案)的说明》(2014年10月27日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议上)。

② 新增的全部罪名是准备实施恐怖活动罪,宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪,利用极端主义破坏法律实施罪,强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪,非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪,虐待被监护、看护人罪,使用虚假身份证件、盗用身份证件罪,组织考试作弊罪,非法出售、提供试题、答案罪,代替考试罪,拒不履行信息网络安全管理义务罪,非法利用信息网络罪,帮助信息网络犯罪活动罪,扰乱国家机关工作秩序罪,组织、资助非法聚集罪,编造、故意传播虚假信息罪,虚假诉讼罪,泄露不应公开的案件信息罪,披露、报道不应公开的案件信息罪,对有影响力的人行贿罪。其中,特别是加强了对恐怖主义、极端主义犯罪、网络犯罪的治理,同时增设了身份证件犯罪、考试作弊犯罪、妨害司法犯罪。

③ 参见周光权:《〈刑法修正案(九)〉(草案)的若干争议问题》,载《法学杂志》2015年第5期。

需要刑法立法做出有针对性的调整。在此背景下,《刑法修正案(九)》调整了扰乱无线电通讯管理秩序罪的构成要件和入罪门槛。

第三,取消对多个犯罪的免除处罚规定,实际地扩大了相关犯罪的入刑范围。《刑法修正案(九)》根据社会治理效果的需要,调整了部分犯罪的法定刑种类和法定刑幅度,包括针对贿赂犯罪增加了财产刑、增加了部分犯罪的量刑档次(如扰乱无线电通讯管理秩序罪增加了一个“三年以上七年以下有期徒刑”量刑幅度)。其中,严格收买被拐卖的妇女、儿童罪和行贿罪的从宽幅度和条件,也在一定程度上扩大了收买被拐卖的妇女、儿童罪和行贿罪的入罪范围。其立法背景是刑法立法的原有规定针对性不强,且明显影响了刑法对相关犯罪的治理。例如,收买被拐卖的妇女、儿童行为和行贿行为分别是拐卖妇女、儿童行为和受贿行为的对向行为,但长期以来,因为刑法立法上包含有一定条件下的“免除处罚”和“不追究刑事责任”的立法规定,司法实践中实际上是基本不追究收买被拐卖妇女、儿童行为和行贿行为的刑事责任,这客观上严重影响了刑法对拐卖妇女、儿童行为和受贿行为的有效治理。在此背景下,《刑法修正案(九)》取消或严格了对收买被拐卖的妇女罪和行贿罪的“免除处罚”、“不追究刑事责任”规定。鉴于被免除处罚的行为在实践中不会进入诉讼程序,这相当于扩大了收买被拐卖的妇女、行贿行为的入刑范围。

(三) 修法争议

犯罪化是当前我国刑法立法的主要趋势。在《刑法修正案(九)》修法过程中,对于《刑法修正案(九)》的犯罪化立法,各方面主要有三种不同的立场:

第一种是支持的立场,认为《刑法修正案(九)》的犯罪化立场是现实情况下我国刑法立法的必然选择,也是适当的。例如,绝大多数学者对《刑法修正案(九)》“前置法益保护、织密刑事法网”的做法表示赞赏。有观点认为,在当前恐怖主义、极端主义、网络犯罪态势不断恶化、手段不断翻新的形势下,我国加强对恐怖主义、极端主义犯罪、网络犯罪等具有明显的必要性。^①

^① 参见赵秉志、袁彬、郭晶:《反恐刑事法治的理性建构:“我国惩治恐怖犯罪的立法完善学术座谈会”研讨综述》,载《法制日报》2015年3月25日。