

新刑法典

拆解比较与适用

● 赵秉志 主编 ●

中国经济出版社

新刑法典拆解比较与适用

赵秉志 主 编
于志刚 著

中国经济出版社

图书在版编目(CIP)数据

新刑法典拆解比较与适用/赵秉志,于志刚著,
-北京:中国经济出版社,1997.6
ISBN 7-5017-3943-9

I. 新… II. ①赵… ②于… III. 中华人民共和国刑法-解释 IV. D924.05
中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 10826 号

责任编辑:华连斌(68319287)

技术编辑:张爱华

封面设计:白长江

版式设计:丁 辉

发行部门:68341876 68341879

邮购部门:68344225

新刑法典拆解比较与适用

赵秉志 主 编

于志刚 著

中国经济出版社出版发行

(100037·北京市百万庄北街3号)

各地新华书店经销

北京东华印刷厂印刷

850×1168毫米 1/32 29.125印张 627千字

1997年4月第1版 1997年4月第1次印刷

印数:1—3000册

ISBN 7-5017-3943-9/F·2833 定价:46.00元

版权所有 盗版必究

序

赵秉志

刑法是关于犯罪、刑事责任和刑罚的国家基本法律，其调整范围之广泛、制裁手段之严厉，对于国家、社会和公民利益保护之全面、有力，决定了刑法在现代化法制中的重要性。

我国自古以来就重视刑事立法，“国无常强，无常弱，奉法者强，则国强；奉法者弱，则国弱”（《韩非子·有度》）。作为中华法系的起源国，我国历史上的刑事立法始终是极为发达和先进的。在中华人民共和国建国以后，始终将刑法典的制订作为法制建设的重点。新中国第一部刑法典的制定，从起草到诞生，孕育了25年的时间。在1979年刑法典制定的时候，主持制定刑法的彭真同志的一个重要思想就是如何促进民主和法制建设的统一，避免“文革”悲剧的重演。改革开放17年来的实践表明，刑法典对于惩治犯罪，~~保护人民、维护~~维护社会秩序和促进经济的繁荣，乃至推动我国社会~~整体~~群体进步，创造了稳定、有序的法律环境。

法律的发展始终是与社会的发展同步的。自改革开放以

来,我国的社会和经济发展极为迅速,社会的转轨带来了巨大的变化,新生事物层出不穷。经济生活的发展,也带来了经济犯罪的增长,出现了金融犯罪、证券犯罪、利用增值税专用发票犯罪等一系列新问题、新情况,社会治安状况近年来也有所恶化,从而对我国刑法的建设提出了新的要求,即所谓“刑之大本,亦以防乱”(唐·柳宗元《驳复仇论》)。同时,我国的社会发展也需要稳定的社会环境和制度,这些都是促使我国进一步完善刑法典的直接社会动因。

就刑法的本身发展而言,“凡法始立必有病”(唐·韩愈《钱重物轻状》),进一步实现对刑事法律规范的修改完善,使其更加完备,具有可操作性,促进立法技术的提高,从而使我国的刑事立法更加先进,是刑法完善的必然走向。在1979年的刑法典中,有些犯罪行为规定得不够具体,有些刑罚难以操作,从而导致刑事司法实务中的随意性较大。例如我国1979年刑法典中的玩忽职守罪、流氓罪和投机倒把罪,规定的相当笼统,使之成为三个著名的“口袋”罪,这种规范导致了我国刑事司法的时重时轻,亟须改善。同时,1979年刑法典颁布以来,全国人大常委会陆续对刑法典作出了24个修改决定和补充规定、条例,并在一些民事、经济、行政法律中规定了“应当依照”、“应当比照”刑法追究刑事责任等130个条款,这些特别刑法规范所涉及的内容亦应当在刑法典中加以充实和明确规定。

有鉴于此,国家立法机关确立了修订刑法的主旨,即以1979年刑法典为基础,认真总结17年来我国司法实践和现代刑事立法的发展趋势,注意保持法律的连续性和稳定性,力求制定出一部适应社会主义市场经济的发展,适应我国政治

经济制度的转轨,适应我国司法机关实现对犯罪行为有效惩治和对社会有力调整与促进的统一的、完备的刑法典。

国家立法机关自1982年提出要修改刑法,1988年提出初步修改方案,至1997年通过新刑法典,前后历时15年。大体上经历了酝酿准备(1982—1987年)、初步修改(1988—1989年)、重点修改(1991年)、全面系统修改(1993—1996年12月)和立法审议通过等5个时期。1997年3月14日,中华人民共和国刑法修订草案在第八届全国人民代表大会第五次会议上以2446票通过,标志着一部统一的、比较完备的、具有重大改革和多方面进展的社会主义新刑法典的诞生。

1997年新刑法典包括总则、分则和附则三个部分,分为十五章,将1979年刑法典的192个条文扩充到452条,其修改幅度之大,涉及范围之广,颇为鲜见;其立法水准之高,使得我国的刑事立法迈进了现代世界刑事立法的先进行列,成为我国刑事立法史上的新的里程碑。

在这部刑法典的立法过程中,众多立法机关、司法部门和刑法理论界的专家、学者付出了极大的努力。许多人为这部刑法典的问世,默默耕耘,不知倾注了多少心血、汗水和智慧,这部刑法典的顺利通过,对他们的工作和劳动是最好的肯定。“十年磨一剑,霜刃未曾试。今日把示君,谁有不平事?”(唐·贾岛《剑客》)我想,此时他们的心情必定和我一样,为15年的努力终于铸成这把卫国保民的正义之剑而兴奋不已。

在新刑法典问世和施行之后,对刑法理论和刑事立法完善的研究,会仍然是我国刑法学研究的重点所在,法律总是应当适时适世的,惟有不断的修订完善才能对国家起到应有的积极作用。对新刑法典的阐释和研究,将是刑法学界今后相当

一段时间的主要任务。

二

新刑法典将于1997年10月1日起施行,为促进对新刑法典的普及、理解和适用,中国经济出版社邀请于志刚同志撰写一本新刑法的书,并请我担任主编,从而出版了这本《新刑法典拆解比较与适用》。这本书主要由志刚一人撰写,由我指导并通读和审阅全书。志刚是我的学生当中比较优秀的一位,他从大学本科开始就在人民大学法学院读书,法学功底扎实,思路明晰,谦虚认真,聪敏好学,近年来协助我收集刑法改革和发展的资料,参与撰写了一些刑法著作,对于新刑法典的把握和理解相应的比较全面、系统。

我认为这本书有以下几个特点:首先是选题新。新刑法典的颁布对1979年的刑法典作出了哪些修改和补充,是广大读者最为关心的问题,采用新旧法条拆解对照并加以比较,是国外较为流行的一种方法,但在我国的法律书籍中还是比较少见的。本书逐条比较新旧刑法典的内容,并详尽探究新刑法典增设的新罪,选题的新颖性是不言而喻的。其次是体系结构合理。本书分为上、中、下三编,第一编是对刑法总则的拆解比较研究,第二编是对刑法分则的拆解比较研究,第三编是对新刑法典新增条文的解析,全书层次清晰,体系结构合理。三是观点鲜明,注释精确。作者根据法律规定,对新增罪名进行了较为充分有力的论证,提出了一些独到的见解。四是这本书的针对性强,较好地解决了司法实务的需要。

当然,由于新刑法典刚刚问世,对一些问题的研究尚待深入,本书的一些观点也可能有不成熟的地方,对一些问题的归

纳也不一定很确切。但是与同类书籍相比，本书的确不失为一本较好的作品。

是为序。

1997年4月识于人大静园寓所

086606

绪 论

刑法是国家的基本法律,是促进和保障法治国的基本手段之一,是各种其他法律的保障、维护手段和最后制裁力量,因而刑法的发展和完善是社会主义法制的一件大事。

1979年《中华人民共和国刑法》是新中国的第一部刑法典,奠定了作为国家基本实体法律之一的刑法规范的基础。之后国家立法机关根据实际需要陆续制定了一系列旨在修改、补充刑法典的单行刑事法律和其他非刑事法律中的一些附属刑事条款,迄今为止共制定了22个补充规定或者决定,而采用“依照”、“比照”刑法具体条款处罚的附属刑事条款则达到了130条,从而形成了十余年来现实存在的以刑法典为核心,以特别刑法为补充的刑法规范格局。

不可否认,前述各类刑法规范对于惩治和防范犯罪,保护人民和促进现代化建设,无疑起到了积极和巨大的作用。但是十余年来司法实践检验和刑法学理论研究证明,由于种种原因,前述刑法规范在体系结构、内容技术方面均存在一些缺陷和不足,这些缺陷和不足对社会的平稳进步和市场经济的健康发展起着不可忽视的制约作用。

一、刑法修改的必要性

绝大部分刑法理论界学者以及立法、司法机关实际工作者认为,目前修改刑法正当其时,势在必行。并认为具有以下必要性:

1. 1979年刑法与社会发展需要不相适应

这种不适应主要表现在三个方面：

其一，在经济方面，1979年刑法同日益发展的社会主义市场经济不相适应。

1979年刑法制定是以当时单一的全民所有制和集体所有制的经济基础结构为依据的，其保护的侧重点在于高度集权型的计划经济体制。因而现今的社会主义市场经济体制与1979年刑法之间的矛盾与冲突是不可避免的。具体而言，从宏观方面讲，1979年刑法偏重于政治功能，而不注重经济功能，因而导致刑法中关于经济犯罪的规定粗而少，不符合市场经济发展的现实要求与未来需要。从微观方面讲，市场经济的发展，为社会危害性增加了新的内涵，从而导致1979年刑法很难适应经济犯罪的现实形式和变化。

其二，在政治方面，1979年刑法同政治体制改革不相适应。

政治体制改革的重点在于改变权力过度集中的大一统局面，减少、铲除官僚主义、特权主义及贪污、腐败等弊端。因而对于国家公务人员的严重腐败行为，应当从严追究其刑事责任，但是，1979年刑法对此无能为力，一方面表现为对于某些犯罪行为比同类非公务人员的犯罪法定刑更轻，不足以惩治和防范犯罪；另一方面是对于许多足以构成犯罪的行为，如滥用职权等行为，却因刑法无明文规定而难以使之受到刑事制裁。另外，1979年刑法对于近来提出的“一国两制”的方针政策，也缺乏明确有效的配合、保障措施。

其三，在文化方面，1979年刑法同改革开放后的社会主义文化生活不相适应。

改革开放政策的实行,极大地促进和改善了我国的经济建设。但是由于随之而来的西方腐朽思想的冲击,一些在我国几乎已经绝迹的社会痼疾,如卖淫、绑架等又沉滓泛起;一些公然蔑视社会公德或者违背道德准则的丑恶现象,如聚众淫乱、组织淫秽表演等又广为蔓延。这类具有较重社会危害性的行为由于现行刑法没有规定或者规定较粗而难以依法惩治。

2. 1979年刑法与宪法不相适应。

1979年刑法是依据1978年宪法制定的,而1978年宪法早已为1982年宪法所取代,内容作了重大修改,并且宪法于1993年又作了较大修正,因而1979年刑法与现行宪法之间很难统一,甚至出现了明显对立。除了在条文序号上与新宪法的调整不相适应外,还有其他直接违宪之处,例如现行宪法将宅基地、自留地、自留山规定为集体所有,而1979年刑法则仍将自留地规定为公民私有财产。

3. 1979年刑法典与特别刑法之间不相协调。

1979年刑法典颁布之后所制定和颁布的一系列特别刑法在形式上过于杂乱,缺乏整体规划和系统构想,尤其在内容上往往无视与1979年刑法典之间的协调关系,甚至有直接对立、冲突之处。例如1981年《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》所规定的再犯制度,无疑使1979年刑法典中的累犯制度归于无效。

4. 1979年刑法典本身立法技术的不成熟要求进行修改。

1979年刑法典是我国第一部刑法典,它在体系结构、罪名分类、条文表述、罪刑关系等方面存在着诸多不够完备的地方。司法实践中的诸多困难,皆来源于此种不成熟的刑事立法技术,例如模糊性的用语过多等。

二、刑法修改的历程

从1982年决定要研究修改刑法,1988年提出初步草案至今,已整整修改、调整、推敲了15年。如前所述,由于来不及也没有条件对刑法进行完整的修改,在此期间,对于急需修改、补充的,全国人大常委会作出了一系列修改补充规定、决定和条例及其他附属于民事、经济、行政法律中的附属条款。

全国人大法工委一直注意收集与整理有关刑法修改的意见和问题,并将其中一些刊载在工作简报上,在1983年还整理出《对刑法的修改意见》这一文件。最高人民法院和最高人民检察院也多次征集地方各级人民法院、各级人民检察院关于刑法修改完善的意见。

1988年七届全国人大常委会二次会议通过的《七届全国人大常委工作要点》将刑法修改明确列入立法规划。并写出《关于修改刑法的初步设想(初稿)》,邀请专家学者进行座谈,并借此共同拟出了1979年刑法修改以来的第一份刑法修改草案。之后又几次邀请专家学者召开座谈会,并邀请一些中青年学者参加立法机构对于刑法的具体修改起草工作,在此基础上又拟订出1988年11月16日《刑法修改草稿》和1988年12月25日的《刑法修改草案》。

同时最高人民法院收集全国法院系统关于修改刑法的意见,以此为基础拟订出《关于刑法总则修改的若干问题(草稿)》和《关于刑法分则修改的若干问题(草稿)》。最高人民检察院1989年向各省、自治区、直辖市检察院和部分省辖市检察院下发了《修改〈刑法〉调查提纲》,并先后召开了共24次征求意见座谈会,最后整理出《修改刑法研究报告》。

1996年全国人大法工委继1995年草稿后又接连拟出三

个稿子,并将10月10日稿拿到中国法学会刑法学研究会年会上广泛征求意见,之后又召开了大型研讨会。最高人民法院和最高人民检察院也各自召开不同规模的座谈会征求意见,并提出了自己的刑法修改意见。1996年12月20日,全国人大常委会法工委向常委会提交了讨论稿,并于1997年2月17日和1997年3月1日修改后提交全国人民代表大会。

在这十四年,刑法学界对于刑法修改起到了巨大的促进作用,学者们也作出了重大贡献。截止1996年底,关于刑法修改问题共发表了近二千篇论文,出版了近三十本研究专著。

三、此次刑法修改的特点

此次刑法修改,在认真进行调查研究,广泛征求意见的基础上,总结了17年来实施刑法的实践经验,研究了国内外有关刑事法律规定和现代刑事立法的发展趋势。总的来说,具有以下特点:

其一,制定的是一部统一的、比较完备的刑法典。将这些年来作出的决定、补充规定和条例修改编入刑法;将一些民事、经济、行政法律中“依照”、“比照”刑法有关条文追究刑事责任的规定,改为刑法的具体条文;将拟制定的反贪污贿赂法的内容,规定到刑法中作为一章;对于新出现的需要追究刑事责任的犯罪行为,经过研究认为比较有把握的,尽量增加规定。

其二,保持法律的连续性和稳定性。刑法是定罪量刑的依据,不能轻易改变,对刑法的原有规定,包括文字表述和量刑规定,原则上没什么问题的,尽量不作修改。

其三,对原来一些比较笼统、原则的规定,尽量把犯罪行为研究清楚,作出具体规定。

四、此次刑法修改的主要内容

此次刑法修改,从宏观方面讲,主要是调整了刑法的体系结构,并且将原来的单行刑法和各行政、民事、经济法律中的附属刑事条款收入刑法典中,成为独立的章、节或者独立的罪名,起到一种法典编纂的作用。

从微观上看,主要对于以下几个方面进行了补充、修改、调整和增加:

(一)进一步明确规定刑法的基本原则

第一,进一步明确规定了罪刑法定原则,取消类推的规定。刑法原来基本上也是按照罪刑法定原则的精神制定的,当时考虑到刑法分则只有103条,明文规定需要追究的刑事犯罪行为不够完全,可能有些犯罪行为必须追究,法律又没有明文规定,不得不又规定可以采用类推办法,规定对刑法分则没有明文规定的犯罪,经最高人民法院核准,可以比照刑法分则最相类似的条文定罪判刑。这次修订,刑法分则的条文大量增加,尽最大可能对各种犯罪进一步作了明确、具体的规定。而且事实上,刑法虽然规定了类推,实际办案中使用的极少。因而现在已有必要也有条件取消类推的规定。因此,新刑法明确规定了罪刑法定原则:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”

第二,明确规定了刑法面前人人平等原则。这个原则宪法中已有规定,在刑法中再明确规定是有实际意义的。

第三,明确规定罪刑相适应原则。罪刑相适应,就是罪重的量刑要重,罪轻的量刑要轻,各个法律条文之间对罪刑要统一平衡,不能罪重的量刑比罪轻的轻,也不能罪轻的量刑比罪

重的重。这是刑法的一个重要原则。

(二)关于减刑、假释

1979年刑法第七十一条规定：“被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行期间，如果确有悔改或者立功表现，可以减刑。但是经过一次或者几次减刑以后实际执行的刑期，判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的二分之一；判处无期徒刑的，不能少于十年。”第七十三条规定：“被判处有期徒刑的犯罪分子，执行原判刑期二分之一以上，被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行十年以上，如果确有悔改表现，不致再危害社会，可以假释。如果有特殊情节，可以不受上述执行刑期的限制。”在实际执行中，由于对“确有悔改”没有明确的界限，较难掌握，随意性比较大，并且没有严格的程序，容易出现流弊，存在问题较多。同时应当维护人民法院判决执行的严肃性，不能随便减刑、假释，特别是对以暴力严重危害社会的犯罪分子及累犯，不宜适用假释。

针对这些情况，新刑法明确了“确有悔改表现”的具体含义，并规定对于以暴力严重危害社会的犯罪分子及累犯，不适用假释。同时严格规定了减刑、假释的程序，非经法定程序，不得减刑、假释。

(三)关于在法定刑以下判处刑罚

1979年刑法第五十九条第二款规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，如果根据案件的具体情况，判处法定刑的最低刑还是过重的，经人民法院审判委员会决定，也可以在法定刑以下判处刑罚。”在实际执行中，由于对判处法定最低刑还是过重的情况没有具体标准，各地人民法院掌握界限不统一，随意性较大，存在不少问题，甚至出现一些流

弊。因此,适用这一规定必须规定严格的程序,这样新刑法将“经人民法院审判委员会决定”,修改为“经最高人民法院核准”。

(四)关于正当防卫

1979年刑法第十七条规定:“为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的正当防卫行为,不负刑事责任。正当防卫超过必要限度造成不应有的危害的,应当负刑事责任;但是应当酌情减轻或者免除处罚。”对正当防卫超过必要限度的规定太笼统,在实际操作中,由于界限不清,随意性较大,出现了不少问题。比如,受害人在受到不法侵害时把歹徒打了,不仅得不到保护,反而以防卫过当追究刑事责任,打击了受害人行使自卫的权利。新刑法认为,受害人和其他公民对于暴力侵害所采取的制止不法侵害行为都应当属于正当防卫,不存在防卫过当问题。只有那些明显的不应采取的行为才属于防卫过当,以保护被害人的利益,鼓励见义勇为。

(五)关于自首、立功

1979年刑法第六十三条规定:“犯罪以后自首的,可以从轻处罚。其中,犯罪较轻的,可以减轻或者免除处罚;犯罪较重的,如果有立功表现,也可以减轻或者免除处罚。”为了更好地体现和执行这一刑事政策,鼓励犯罪分子自首、立功,有利于查处犯罪,新刑法对自首、立功的犯罪人作了较宽大的处罚规定,把“犯罪以后自首的,可以从轻处罚”,改为“可以从轻或者减轻处罚”,把对“其中,犯罪较轻的,可以减轻或者免除处罚”,改为“可以免除处罚”。并增加规定:“犯罪分子有揭发他人犯罪行为,查证属实的,或者提供重要线索,从而得以侦破

其他案件等立功表现的,可以从轻或者减轻处罚。有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚。”“犯罪后自首又有重大立功表现的,应当减轻或者免除处罚。”同时对自首作了明确的界定,增加规定:“犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的,是自首。”

(六)关于反革命罪

1979年刑法关于反革命罪的规定,对于维护国家安全,巩固人民民主专政的政权和保卫社会主义制度,起了很大作用,是必要的。但是随着国家政治、经济和社会情况的发展,反革命罪的罪名的适用遇到一些新情况、新问题,有些反革命罪,规定“以反革命为目的”,在实践中有时很难确定,如果要求区分是否以反革命为目的,有时反而不好定罪。有的犯罪行为,适用危害国家安全罪,比适用反革命罪更为合适。因而新刑法把反革命罪一章改为危害国家安全罪。并对具体内容作了较大修改。

这次修改反革命罪,对反革命罪原来的规定,可以适用普通刑事犯罪的,都尽量规定按普通刑事犯罪追究。

(七)关于投机倒把罪

1979年刑法关于投机倒把罪的规定比较笼统,界限不太清楚,造成执行的随意性。这次修改,根据社会主义市场经济发展的要求,对需要规定的犯罪行为,尽量分解作出具体规定。

(八)关于流氓罪

1979年刑法第一百六十条规定:“聚众斗殴,寻衅滋事,侮辱妇女或者进行其他流氓活动,破坏公共秩序,情节恶劣的,处七以下有期徒刑、拘役或者管制。”这一规定比较笼