

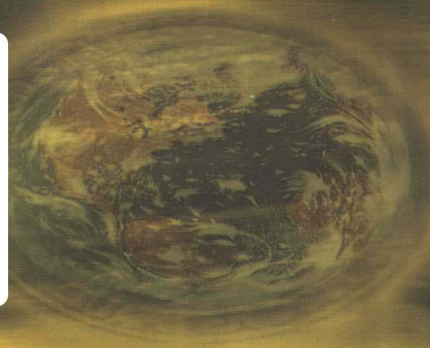
新世纪

主 编：赵长青

副主编：于天敏

冉孟辉

刑法新观念研究



人民法院出版社

新世纪刑法新观念研究

主 编 赵长青

副主编 于天敏
冉孟辉

人 民 法 院 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

新世纪刑法新观念研究 / 赵长青主编. — 北京: 人民法院出版社, 2001.4

ISBN 7-80161-120-9

I. 新… II. 赵… III. 刑法—研究—中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 15351 号

新世纪刑法新观念研究

主编/赵长青

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 21.875 印张 510 千字

2001 年 4 月第 1 版 2001 年 4 月第 1 次印刷

印数: 1—5000 册

ISBN 7-80161-120-9/D·120

定价: 38.00 元

出版说明

《新世纪刑法新观念研究》是在重庆法学会刑法学专业委员会 2000 年度学术研讨会的基础上完成的。在这次研讨会上, 80 余位刑法学专家、学者、博士、硕士研究生和法院、检察院、公安、律师界的领导同志和司法实务工作者提交了近 80 篇学术论文。这些论文大都着眼于刑法新观念和疑难问题研究, 对新世纪刑事法律的研究和发展无疑具有借鉴和促进意义。

本书所涵盖的内容, 主要集中在五个方面:

一、对上一世纪刑法学研究的回顾和对新世纪刑法学研究的展望。上一世纪, 中国刑法经历了现代化的开端、发展与完善的过程; 刑法学研究经历了初创、转型和发展的坎坷历程。历史的经验, 归结到一点, 关键在于树立与新世纪刑法学研究发展方向相适应的刑法观。在新世纪特别要树立新的刑法功能观、刑法公正观、刑法轻缓观、刑法谦抑观、刑法人道观, 等等。

二、刑法总论若干问题的探讨。作者们理论联系实际, 把司法实践中遇到的实际问题上升到理论进行研究。这些文章涉及到刑法的基本原则、刑法的溯及力、犯罪的主体特别是单位犯罪主体、犯罪主观罪过的认定、正当防卫、自首、缓刑、追诉时效以及刑事附带民事诉讼、财产刑的执行等问题, 融资料性、理论性和实践性为一体, 具有可读性。

三、刑法分论若干问题的探讨。近年来金融等方面的经济犯罪比较突出, 故这方面的文章也较多, 涉及用帐外客户资金非法拆借、发放贷款罪, 非法吸收公众存款罪, 贷款诈骗罪, 信用证、信用卡诈骗罪, 擅自金融机构罪, 合同诈骗罪, 非法经营罪等内

容。

四、其他方面的问题研究。实践中对有的案件认识有分歧，如丈夫邀约他人抢劫夫妻共有财产是否构成犯罪就是其中一例。

五、对完善刑法提出了一些探讨性的建议。

在编辑本书时，由于受篇幅所限，对其中的文章作了某些删减，但尽量保留作者的观点部分，以示学术民主、文责自负，希望得到各位作者的谅解。

新世纪是一个以高科技、信息化为特征的知识经济时代，法制领域是一个全面实现以法治国方略，更加民主化、法制化的时代，刑法学研究将更加繁荣兴旺。可喜的是，重庆地区法院、检察院、公安局、司法局都非常重视刑法学的研究，本书中有相当多的文章就是重庆市高级法院、中级法院的院长、研究室主任、刑庭庭长；重庆市检察院、检察分院的检察长、处长；重庆市公安局局长、处长们撰写的。在他们的带动和支持下，我们相信，重庆地区的刑法学研究将产出大批精品，必将为西部大开发服务，为三峡库区建设服务，为重庆市的繁荣发展服务，对刑事立法和司法实践做出应有的贡献。

本书由西南政法大学教授、毒品犯罪与对策研究中心主任、中国刑法学研究会干事、中国教育家协会理事、重庆市刑法学专业委员会会长赵长青任主编；重庆市高级法院刑二庭副庭长、重庆市刑法学专业委员会副秘书长于天敏和重庆市涪陵区人民检察院检察长、重庆市刑法学专业委员会副会长冉孟辉任副主编。

本书中所收录的文章，先由正副主编和特约编辑张庆国、陈飞霞、邓超分别编辑加工，最后由主编统一审改定稿。

人民法院出版社

2001年2月

目 录

第一章 刑法观念与刑法基本原则研究	(1)
世纪交替与刑法观念的转换	
——刑法学研究的百年回顾与前瞻.....	(3)
试论罪刑法定原则	(39)
罪刑法定原则与司法公正	(48)
第二章 刑法总论若干问题研究	(59)
犯罪概念析	(61)
犯罪客体的功能论	(73)
对我国单位犯罪的主体、客体及主观要件的研究	(86)
单位犯罪主体若干问题刍议	(95)
单位犯罪的主体限制.....	(104)
如何理解犯罪故意中的“明知”	(114)
论间接故意犯罪与过于自信过失犯罪的区别.....	(121)
民事、刑事法律制度中关于占有的同名异质问题.....	(133)
排除犯罪性行为不符合犯罪构成根据论.....	(144)
论正当防卫的必要限度和特殊防卫.....	(162)
论无限防卫权的历史与现状.....	(172)
正当防卫新探.....	(182)
不法侵害相关问题评析.....	(192)
单位自首初探.....	(200)
略论“以自首论”的理解与适用.....	(208)

论刑罚的及时性·····	(218)
缓刑适用的理性思考·····	(227)
论财产刑的执行·····	(233)
刑事附带民事诉讼中的若干问题·····	(242)
刑事附带民事赔偿的范围·····	(250)
刑法溯及力中追诉时效的原则	
——兼析聂某盗窃案追诉时效问题的处理·····	(261)
论关于追诉时效的几个问题·····	(269)
第三章 经济犯罪及其他类型犯罪研究 ·····	(277)
论经济犯罪中“以非法占有为目的”的认定·····	(279)
从虚假出资案看移民企业兼并的刑法保护·····	(284)
论操纵证券市场犯罪·····	(287)
论擅自设立金融机构罪·····	(295)
论用帐外客户资金非法拆借、发放贷款罪·····	(300)
用帐外客户资金非法拆借、发放贷款罪的法律特征	
及界定·····	(311)
证券内幕交易犯罪研究·····	(317)
我国对洗钱犯罪的惩治及预防·····	(329)
金融犯罪若干问题初探·····	(335)
贷款诈骗罪探讨·····	(340)
贷款诈骗罪若干问题研究·····	(354)
论信用证诈骗罪·····	(366)
信用证诈骗罪若干问题研究·····	(375)
偷税罪法定刑评考·····	(382)
论侵犯知识产权罪·····	(385)
合同诈骗罪若干问题浅析·····	(392)
非法经营罪探析·····	(401)

对交通肇事后“因逃逸致人死亡”的解析·····	(407)
略论绑架罪的犯罪构成·····	(415)
抢劫罪中的几个问题·····	(421)
抢劫罪若干疑难问题研究·····	(429)
论抢劫罪既遂的标准·····	(443)
刍议诈骗犯罪中的“非法占有目的”·····	(454)
试论聚众斗殴罪的几个问题·····	(460)
浅析计算机信息网络国际联网的犯罪防范与打击·····	(468)
伪证犯罪立法问题研究·····	(476)
非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪的几个问题 ·····	(485)
毒品犯罪中共犯问题探讨·····	(499)
贩卖毒品罪过的特别推定·····	(509)
试论走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪未遂·····	(518)
贪污罪的构成与法律适用·····	(531)
挪用公款罪若干问题探讨·····	(540)
浅析巨额财产来源不明罪中的诉讼法问题·····	(553)
刑法第三百九十七条规定的罪名研究·····	(561)
第四章 刑事立法与司法实践问题研究·····	(573)
略论刑法修正案的内容·····	(575)
评我国 1999 年刑法修正案 ——兼评三个刑法补充立法的立法技术·····	(585)
刑法实施中几个问题的理解与认识·····	(597)
刑事司法如何贯彻罪刑法定原则 ——基江虹桥案件的实体判决评析·····	(602)
对法官可以径直改变指控罪名的质疑·····	(625)
丈夫邀约他人抢劫妻子十万元不构成抢劫罪·····	(628)

丈夫邀约他人抢劫妻子十万元应构成抢劫罪·····	(635)
关于使用特情涉及法律问题的思考·····	(639)
犯罪数额适用原则研究·····	(647)
浅谈刑事自诉案件的审理·····	(656)
公诉转自诉案件的法律适用问题研究·····	(663)
浅论刑法对未成年人的特殊保护·····	(671)
试论劳动教养决定程序的改革·····	(676)
建议增设强迫鸡奸罪·····	(687)
后 记·····	(691)

第 一 章

刑法观念与刑法基本原则研究

世纪交替与刑法观念的转换

——刑法学研究的百年回顾与前瞻

2000年是世纪交替之年，世纪交会往往是学术思想形成的高峰之年，也是二十一世纪学术发展的展望之年。在这个千载难逢的机遇之年，我们一起回顾一下二十世纪刑法学研究的历程，展望二十一世纪刑法学研究的前景，无疑对树立先进的、科学的刑法观念，指导刑事立法、刑法司法和刑法理论研究均是有益的。

回顾百年刑法学研究史，坎坷曲折，经验、教训集中到一点，就是要树立一个与时代特征相协调的刑法观念。

刑法的创新，刑法理论的升华，必须以观念的转换为基础。以史为鉴，刑法观念的滞后，始终是百年来中国刑事法制变革和刑法学理论发展的最大障碍。

刑法观念是指对刑法的机能、性质、目的、原则以及具体的犯罪、刑事责任与刑罚的基本认识和价值取向的总称。刑法观念是一种高层次的刑法意识，决定着刑法文化结构、制度设计、实施运作，故刑法科学的创新与发展，必须以观念的转换为先导。

一、二十世纪中国刑法现代化的开端、发展与完善

（一）清末修律是中国刑法现代化的开端

二十世纪中国刑法的发展历程是刑法现代化的进程。二十世纪的中国法学是指本世纪以来受西方法学思想影响的现代法学，

有别于此前主要受儒家思想影响的传统法学(律学)。清末修律是西方法律文化对中国传统文化撞击几十年之后,作为晚清新政的一项内容开始的。二十世纪初期的国际环境和国内实际情况决定了晚清修律超出了传统修律的藩篱,成为中国刑法现代化的开端。

沈家本是当时中国比较全面地了解西方法制的代表人和企图改革中国封建旧律的改良主义者。他曾长期任职刑训,得以浏览历代帝王典章、刑狱档案,深入、系统地研究和考证了中国古代法律的源流脉搏,是谙熟中国古代法律并在一定程度上给予批判总结的著名法学家和改革清朝法制的执行者。不仅如此,在西方资本主义文化东进、新学萌起的历史条件下,他还热心介绍和探索西方法律和法学理论。在担任修律大臣期间,遵照清政府“务期中外通行”的修律方针,沈家本确立了“参考古今、博辑中外”、“汇通中西”^①的修律指导思想。对西方法律采取“取人之长以补吾之短”态度,并积极组织力量翻译包括法国、德国、俄罗斯、日本、意大利、荷兰等国的20多部刑法典,还派人到日本考察法制。

沈家本批判地吸收了中国的旧律,系统地介绍了西方法律,吸取了其先进的法理、法例。这集中表现在他主持修订的刑法、民法、诉讼法等法中。而“各法之中,尤以刑法为要”,因而致力于修改和制定新刑律。在他主持下,日本法学博士冈田朝太郎等起草的《大清新刑律草案》,便是采用了西方国家(主要是德国)刑法的基本原则和刑罚制度,冲击了中国的封建法律和礼教,反映了沈家本关于中国旧律的修改意见以及如何吸收西方法律精神的思想。明刑、慎罚是沈家本刑法思想的核心,因而,删除了以野蛮严酷著称的《大清律例》中的凌迟、枭首、戮尸等酷刑,改笞杖为罚金,以减轻刑罚;删除比附制度,采用罪刑法定原则;根据现代刑法理论,采用了故意、过失、正当防卫、紧急避险、既

遂与未遂、累犯与俱发等理论；确立了现代刑罚制度，将刑罚分为主刑与从刑，主刑为死刑、徒刑（包括有期徒刑和无期徒刑）、拘留和罚金，从刑为褫夺公权和没收；仿照德国刑法，对幼年犯不用刑罚，而改用惩治教育。结构上，它采用了现代欧美及日本刑法的编纂体例，彻底打破了旧律民、刑不分的法律体系，确立了由总则和分则构成的刑法体例结构。总则规定了定罪量刑的一般原则，分则具体规定了各类犯罪及其处罚方法。总则篇分为法例、不为罪、未遂罪、累犯罪、俱发罪、共犯罪、刑名、宥减、自首、酌减、加减刑、缓刑、假释、赦免、时效、文例等十七章。分则规定了侵害皇室、内乱、外患、妨害国交、泄露机务、渎职、妨害公务、妨害选举、骚扰、逮捕、监禁、脱逃、藏匿犯人及湮灭证据、伪证及诬告、放火、决水及妨害水利、危险物、妨害交通、妨害秩序、伪造货币、伪造文书及印文、伪造度量衡、褻渎祀典及毁掘坟墓、鸦片烟、赌博、奸非及重婚、妨害饮料水、妨害卫生、杀伤、堕胎、遗弃、私擅逮捕监禁、略诱及和诱、妨害安全信用名誉及秘密、窃盗及强盗、诈欺取财、侵占、赃物、毁弃损坏等罪共三十六章。“这个体系的特点在于把国家利益、社会利益和个人利益按三分法的顺序排列。既实现了刑法分则的民族化，也完成了犯罪类型的现代化。”^②

清末修律是中国近代社会政治经济发展的必然要求，也是林则徐、魏源、严复等早期思想家对法制现代化的传播引发的礼法之争而带来了刑法意识与刑事法制的变革，是中国刑法现代化的开端，为民国时期北洋政府、国民党政府的立法建制奠定了基础。

（二）民国时期中国刑法的改革与创制

中华民国自1911年成立起，经历了三个发展时期，即南京临时政府时期、北洋政府时期和国民党政府时期。每一时期，刑法都进行了不同程度的制定和修改，二、三十年代是中国百年刑法

史上刑事立法最为集中的时期。

民国初期，援用《大清新刑律》。南京临时政府由于存续时间短暂，没有制定专门的刑事法律，只是发布了若干刑法法令，进行司法改革。先后颁布了《大总统内务司法两部通飭所属禁止刑讯文》和《大总统令内务部司法部通飭所属禁止体罚文》，指出刑法的目的在于“维持国权，保护公安”；“非快私人报复之私，亦非示惩戒”。国家惩罚犯罪人并非为了报复私仇，也不是严惩以戒后来。惩罚的程度应该以“调剂个人利益与社会利益之平为准”，而不能苛暴残酷。审理刑事案件，“不准再用笞杖、枷号及不法刑具，其罪当笞杖、枷号者，悉改科罚金、拘留”。慎重选择法官，采用陪审制度、辩护制度、公开审判制度等。

北洋政府时期的刑法主要援用《大清新刑律》。民国元年三月，临时大总统明令指示：“现在民国法律未经议定颁布，所有从前施行之法律及新刑律，除与民国国体抵触的应失效力外，余均暂行援用，以资遵守。”随后将《大清新刑律》删修为《暂行新刑律》，并颁布了《暂行新刑律实行细则》、《暂行新刑律补充条例》等一系列特别刑法。民国四年，为迎合袁世凯专制独裁的要求，草拟了《暂行新刑律》第一次修正案，以强调礼教，加重刑罚。民国七年，由于袁世凯、张勋复辟失败，时势巨变，刑事政策的调整成为必要，于是有了《第二次刑法修正案》。这是法典编纂会会长、司法院院长王宠惠批评了《暂行新刑律》和《第一次刑法修正案》的缺陷，并参考各国刑法，特别是当时刚问世的德国《刑法准备案》和由法国著名法律家宝道（即《第二次刑法修正案》的顾问）起草的暹罗《刑法》。另外，北洋政府还把判例和解释例作为重要的法律渊源。据不完全统计，自1912年至1927年，北洋政府大理院汇编的判例有3900多件，公布的解释例有2000多件。这既补充了成文法之“未备”，又便于随时根据统治者的意志处理

案件和解决法律问题。

国民政府时期的立法活动大体经历了三阶段。南京政府初期,继续沿用1912年北洋政府颁布的《暂行新刑事》,1927年4月司法部长王宠惠依据《刑法第二次修正案》拟具刑法草案,这就是后来的1928年《中华民国刑法》。该刑法与继之而颁行的民法之间明显矛盾之处颇多,为了改变这种状况,国民党政府遂于1931年12月,令刘克俊、郝朝俊等人组织刑法委员会,修订刑法,1934年修改完毕,1935年7月1日施行。这部刑法分两篇、四十七章、357条,是国民党六法全书之一,也是台湾地区的现行刑法。

(三) 新中国50年刑法的发展与完善

新中国成立以来的50年,刑事立法经历了一个从无到有,从不完备到比较完备的长期曲折的发展过程。

1949年10月1日至1979年7月1日的30年,是我国刑法典从无到有的阶段。建国初期,由于国家面临着镇压反革命、巩固新生的人民政权和恢复经济建设两大任务,不可能也没有条件制定出一部统一的刑法典,只能根据形势需要,陆续颁布一些单行刑事法律和刑事政策,如《关于惩治反革命条例》、《惩治贪污条例》、《妨害国家货币治罪暂行条例》、《关于严禁鸦片烟毒的禁令》等。除此之外,还在《保守国家机密暂行条件》、《全国人民代表大会及地方各级人民代表大会选举办法》等法律、法规中,规定附属刑法规范。由于当时没有刑法典,对于刑事责任、犯罪构成、刑事责任年龄、刑罚种类、量刑原则等涉及刑法总则的内容,只能由国家机关通过批复、指示、解释等方式作出了规定,既很分散,也不系统。

以上单行刑事法律、其他法律法规中的处刑规定以及大量的司法解释、批复等,都是司法机关办案的依据,对于打击犯罪,维护社会秩序,保护公民的合法权益,保障经济建设都发挥了重要

作用，同时也为制定统一的刑法典奠定了基础。

我国第一部刑法典于 1954 年开始起草，历经 25 年，除 1957 年反右派斗争、1964 年四清运动以及文化大革命三次大的停顿外，实际起草工作也有五、六年，前后 38 易其稿，最后才在 1979 年 7 月 1 日第五届全国人民代表大会第二次会议通过。它的诞生，表明新中国的刑法典从无到有，标志着我国刑事法制建设向前迈进了一大步。

1980 年 1 月 1 日至 1997 年 3 月 14 日，是我国刑法的发展与完善阶段。第一部刑法典自 1980 年 1 月 1 日实施以来，随着改革开放的深入发展，特别是在社会主义市场经济的建立和发展中，出现了许多新情况、新问题，需要用刑法去解决。故从 1981 年开始，全国人大常委会根据形势的发展变化和同犯罪作斗争的实际需要，先后制定出 23 个修改刑法的决定和补充规定，还在 90 多部经济法、行政法中规定了 130 多条“依照”、“比照”刑法中相近的条文追究刑事责任的规定。这些规定都是刑法的组成部分，它不仅及时解决了司法实践中提出的问题，弥补了刑法的不足，而且也全面修订刑法提供了依据，积累了经验。

在第一部刑法典实施的 17 年中，全国人大常委会虽然采取多种方式对刑法进行了修改补充，解决了实践中的一些问题，但是，毕竟第一部刑法是在产品经济条件下制定的，与商品经济发展不相适应，而且由于立法经验不足，立法技艺也存在诸多问题。比如，在刑法典之外存在这么多单行刑事法律和非刑事法律中的附属刑法规范，显得很分散、零乱，不便于适用；已经作出的修改刑法的决定虽然增加了一些新的犯罪，解决了一些问题，但是在社会主义市场经济建立和发展过程中，还有许多新型犯罪需要规定，而且量很大，涉及到 200 多种罪名要补充到刑法中；由于当时立法经验不足，有些犯罪规定的过于笼统，实践中形成口袋，不