

中日 ZHONGRI
XINGSHIFA
RUOGAN WENTI

苏惠渔
西原春夫等著

刑事法若干问题

——中日刑事法学术讨论会论文集

04

● 上海人民出版社

中日刑事法若干问题

——中日刑事法学术讨论会论文集

苏惠渔 西原春夫 等著

上海人民出版社

(沪)新登字101号

责任编辑 曹剑英
封面装帧 诸铁庆

中日刑事法若干问题
——中日刑事法学术讨论会论文集

苏惠渔 西原春夫 等著

上海人民出版社出版、发行

(上海绍兴路54号)

新华书店上海发行所经销 上海市印刷十二厂印刷

开本 850×1156 1/32 印张 6.75 插页 2 字数 155,000

1992年5月第1版 1992年5月第1次印刷

印数 1—1,800

ISBN 7-208-01368-3/D·282

定价 4.10元

序 言

这是一本刑事法学术专著，它收集了第二届中日刑事法学术讨论会的全部学术报告和资料。此书以中、日两种文版同时与两国读者见面，我对此感到十分高兴。

早在1987年的夏天，当时任日本早稻田大学校长的西原春夫先生应上海市人民对外友好协会的邀请来中国进行友好访问。那时正值高温酷暑，茫茫的中国西北更是笼罩在一片烈日之下，然而，西原先生还是兴致勃勃地在访问上海后去乌鲁木齐、吐鲁番、敦煌、兰州等地。夏日的炎热与连日紧张的旅行未能掩饰他的兴奋与激动。西原先生向我谈到，他希望能召开一次中日刑事法学术讨论会，让中日两国的刑事法学专家、学者有机会进行学术交流，从而可以互为借鉴并增进了解。

我觉得，西原先生的建议很好。随着我国改革、开放的不断深入，我国的社会主义法制建设也得到发展，日趋完善。尽管中日两国的社会制度不同，两国的法制也有本质的区别，但是，在法律方面，中日两国的专家、学者进行学术交流，对双方都会有益。我本人虽然不是法律方面的专家，但是，我们上海友协如果能够促成这次讨论会的召开，这对增进中日两国的民间友好交流、推动两国刑法专家共同探讨以及对我国的法制建设都会有积极的意义。

经过中日双方有关人士共同努力，首届中日刑事法学术讨论会于1988年春天在上海举行。这也是中日两国首次进行刑

事法学方面的交流。两国著名的刑事法学专家会聚一堂，就两国的刑法、刑事诉讼法、刑事政策等问题发表了论文，并展开了热烈的讨论，为两国刑事法学术交流创造了良好的开端。会上中日双方商定翌年在东京继续进行第二次交流。

1990年3月，我有幸率团去东京参加了第二次中日刑事法学术讨论会。日本有关人士为使这次讨论会得以顺利进行，作了巨大努力。他们那种致力于中日人民友谊的崇高精神，给我们留下了深刻的印象。那次讨论会所发表的论文以及讨论的问题比首次讨论会有了进一步的发展和提高。中国同人还参观了日本的法院、监狱，旁听了地方法院的刑事法庭的审判，对日本的法律有了更进一步的了解。会议开得很成功。

随着中日关系的恢复和发展，中日两国的民间交往也将更加活跃，我们愿和日本朋友一起，更加广泛、更加深入地开展民间友好来往，为进一步促进两国人民之间的友谊和了解作出努力。

借此机会，也向为此书出版予以大力支持的日本成文堂株式会社和上海人民出版社表示衷心的感谢。

上海市人民对外友好协会前会长 李寿葆

1991年3月26日

卷行寄语

拥有超过11亿人口的中华人民共和国，其安定与和平为亚洲乃至整个世界的和平及人类幸福带来多么巨大的影响，显然是不可估量的。为此，我们日本人除对中国的发展抱有高度的重视之外，凡对中国发展有利的和中国人所希望的，应不惜一切力量给予力所能及的帮助。这种感受也随着不断意识到中国是个曾在过去教会日本很多东西，却在近代历史上遭受日本极大危害的国家这个事实时不断加深。

1982年，我就任历史上与中国交往最深的大学——早稻田大学的校长。任期中，我对继承发展过去的传统，推进日中学术文化交流倾注了自己微薄的力量。可以说在这一系列交流活动中，我与其是作为一个法律学者，不如说是一个大学的负责人。但是随着交流的持续和每年的访华，我作为一个法律学家，特别是刑法研究者，自然关心起中国的法律发展。

我认为，中国成为人民共和国以后，其法律和法学的发展并不是一帆风顺的，但是“文化大革命”以后，中国明确采取了法治主义的原则，推进法典的健全工作。经过这十几年，中国的法律和法学到达了一定的发展阶段。日本和中国政治体制不同，当然两国的法律和法学之间也存在着本质的差异。但尽管如此，超越体制的不同，事实上两国之间也存在着共通之处。从此认识出发，逐渐引起我对两国刑事法的比较考察的强烈兴趣。我认为通过两国法律及法学的比较，不仅可以理解政治体制的不同

如何在法律和法学中得到不同的反映，而且能够了解法律和法学中何种部分是超越政治体制的人类普遍真理。再说这或许能成为解决西方法律思想究竟能够对东方有多少程度的渗透，这个日本法学未解决的难题的钥匙。此外，对在社会主义基础上正在推进改革、开放的中国来说，日本的法律和法学或许有参考价值。

1987年夏天，我承蒙几年前就与早稻田大学缔结亲密友好关系的上海市人民对外友好协会的招待，访问了乌鲁木齐、吐鲁番、敦煌、兰州等西部地区，经历了一次愉快而有意义的旅行。那时，我把上述想法告诉了友协的李寿葆会长。李会长当即表示全面赞同，并提议第一届学术讨论会翌年在上海举行。于是回国以后，我与当时日本刑法学会的理事长、东京大学的教授松尾浩也先生以及庆应义塾大学教授宫泽浩一先生商量，得到了两位先生全面协助的答复。

此后，日本方面由我，中国方面由李寿葆会长为联系人，协商落实了讨论会的日期、期限、日程以及发言人选、论题、讨论会实施方法等工作。在中间穿针引线的是两位曾在早稻田大学留学过的上海市人民对外友好协会的张国平先生（现上海市人民政府外事办公室副处长）和陆明海先生（现上海市人民对外友好协会副处长）。这两位日语非常流畅、准确，如自称日本人谁也不会怀疑。他们为讨论会准备做了大量的工作。

1988年4月28日至30日，第一次中日刑事法学术讨论会在上海市天马大酒店召开。这是中日两国历史上首次在这个领域举行的讨论会，学术上也具有很大的意义。第一次讨论会主要以两国刑事法的形成和发展等有关几个主要问题的相互认识为本质内容。我们从中洞悉了现有日译文献中未知的很多事情，仅这一点就获益匪浅。我想中国方面可能也有同样的评价。尽管

是首次讨论会，但取得成功的关键首先在于事先花时间做了周到的准备，并得到张国平、陆明海两位出类拔萃的译员的配合。两国发言者提前数月完成了报告书，然后译成对方国家的文字，双方在事先都熟知报告内容的基础上迎来了讨论会。如果两国的报告没有这样充分的准备，会议可能在相互不十分理解的情况下结束，翻译也不能保证正确传译。从这点上可以说，是双方事前的辛勤准备才取得了丰硕的成果。讨论会后我们愉快地游览了苏州、无锡，参观法院和监狱对我们来说也非常有意义。

各方面评价第一次学术讨论会对两国均极有意义，所以接着就计划第二次讨论会的事宜。地点放在东京，参会成员不变，挖掘较第一次更深入细致的问题来进行讨论，论题也准备了复数候选。这些建议均出自第一次讨论会期间。

1991年3月16日至19日，当中夹了一天星期日共3天时间，在东京早稻田大学校友会馆召开了第二次日中刑事法学术讨论会。在对那场政治风波还隐存着多种微妙评价的日本，断然召开这样的学术讨论会应该说是承蒙有关方面人士不同寻常的热心和见识，再加上有比上一次更周到的准备和上次积累的经验，讨论会达到了出乎预料的深度，获得了巨大的成功。中国方面代表团团员们第三天在紧张的日程安排下参观了最高裁判所，旁听了东京地方法院刑事法庭的审判。又参观了静冈监狱。在欣赏了热海、箱根的美景之后结束了一系列的活动。

本书是第二次讨论会的报告和讨论的再现，在中国和日本几乎同时出版了中文本和日文本。本来第一次讨论会的翻译和出版应先行一步，但估计翻译订正等还要花相当时间，所以出版的顺序就颠倒过来了。如条件具备，我希望第一次讨论会的内容也同本书一样留存于世。

本书的出版得到中国方面的上海人民出版社、日本方面的成文堂株式会社的大力协助，借此机会表示衷心的感谢。同时对为召开这次讨论会做出了有形或无形的努力的李寿葆会长以及上海市人民对外友好协会的各位先生，对参加报告和讨论的中日双方刑事法学者一并表示深切的谢意。

日本 早稻田大学教授、前校长 西原春夫

1991年3月25日

目 录

序言	李寿葆(1)
卷行寄语	西原春夫(1)
罪刑法定与类推	苏惠渔(1)
罪刑法定主义与扩张解释、类推适用	西原春夫(15)
量刑的基准	肖开权(35)
量刑基准	曹根威彦(49)
中国刑事诉讼中的起诉制度	陈光中(63)
关于裁量起诉主义	松尾浩也(71)
刑事证据的收集和审查判断	卢剑青(82)
刑事证据法的若干问题	铃木茂嗣(96)
论现代科学技术对我国青少年犯罪的影响及其 预防	徐 建(116)
少年违法犯罪与违法犯罪少年的处遇	宫泽浩一(131)
重新犯罪及其防治措施	丁 予(174)
重犯罪的实际情况及其防止措施	宫本惠生(187)

罪刑法定与类推

华东政法学院教授 苏惠渔

《中华人民共和国刑法》公布于1979年7月，正式施行于1980年1月。这部刑法总结了我国长期以来与刑事犯罪作斗争的经验，并从我国的现实实际出发，采用罪刑法定作为我国刑法的基本原则之一，同时也规定了有严格控制的类推制度。如何评价我国刑法的罪刑法定原则？我国刑法中的类推制度在实践中是如何被应用的？我国刑法的罪刑法定与类推的关系又是什么？这些问题，不仅是我国刑法学者正在不断探索的课题，也是对于我国刑法感兴趣的外国刑法学家所共同关心的问题。

一、以罪刑法定为基础，是我国刑法的基本原则之一

罪刑法定的含义是指什么行为是犯罪，需要处以什么刑罚都必须有法律明文规定。换句话说，就是法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。

我国刑法学界有些学者认为：由于我国刑法规定了类推制度，因此，就不能认为我国刑法采用了罪刑法定原则。笔者认为，我国刑法是以罪刑法定为基础，以有严格控制的类推作为补充。罪刑法定是我国刑法的基本原则，但我国刑法并没有把罪

刑法定原则绝对化。罪刑法定原则在我国刑法中的具体体现表现在以下几个方面：

(一) 刑事法律是我国最基本的法的渊源。

所谓法的渊源，指的是法的各种具体表现形式。在我国，定罪判刑，必须以成文的刑事法律为依据，而不得适用习惯和其他成文法以外的因素。《中华人民共和国刑法》是我国刑法的基本渊源。它在一切刑法规范性文件中效力最高。它颁布生效后，过去颁布的所有同样内容的单行刑事法规，均为失效。

根据我国宪法第67条规定，全国人大常委会在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律有进行补充和修改的职权。但是，不得同该法律的基本原则相抵触。因此，全国人大常委会依据宪法规定的职权，对刑法作部分补充和修改的规范性文件，也是刑法的基本渊源。例如，1981年的《惩治军人违反职责罪暂行条例》，1982年的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，1983年的《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》，1988年的《关于惩治贪污罪、贿赂罪的补充规定》和《关于惩治走私罪的补充规定》等。

全国人民代表大会及其常委会所颁布的行政法、经济法中具有刑事内容的规定，也是我国刑事法律的渊源。如1984年的《专利法》第63条规定：“假冒他人专利的，依照本法第60条的规定处理，情节严重的，对直接责任人员比照刑法第127条的规定，追究刑事责任。”

我国最高人民法院为了把既定的刑事法律规范更好地适用于各种纷繁复杂的案件或事项，使之不失本意地与具体实际情况相结合而所作出的司法解释、指示和决议，在一定程度上对于指导各级法院正确地执行刑事法律也起到了积极的作用。如《关于人民法院审判严重刑事犯罪案件中具体应用法律的若干问题

的解答》、《关于当前处理自首和有关问题具体运用法律的解答》、《关于当前办理经济犯罪案件中的具体应用法律的若干问题的解答》等等。

至于党的政策则并不就是法律，党的政策也不可以代替法律。当然，法律和政策有着密切的联系，它们都是在一定经济基础之上的上层建筑的组成部分，都由一定的经济基础所决定，同时，又共同为经济基础服务。政策是制定法律依据，对法律的制定起着指导作用，当实际需要而条件成熟时，统治阶级往往把自己的政策转化为法律。但是，执政党的政策并不能直接地成为刑事审判人员适用法律的基本渊源。在我国经历了“文化大革命”的历史教训以后，在法律和政策的关系问题上的认识正不断趋向于成熟。

我国刑法排斥习惯法的适用，同时考虑到我国少数民族地区的政治、经济、文化的特点，在刑法第80条规定了：“民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的国家权力机关根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。”在这种情况下，习惯已上升为法律，而不是原来意义上的习惯了。

（二）对于犯罪、刑事责任和刑罚均以法律的明确规定为依据。

我国刑法总则不仅规定了犯罪的一般概念，从原则上划清了罪与非罪的界限，而且对于犯罪构成的共同条件，包括犯罪客体、犯罪的客观方面、犯罪主体、犯罪的主观方面等条件均作了明确规定。例如，刑法第14条至第16条对于犯罪主体的法定年龄，明确规定为：已满16岁的人犯罪，应当负刑事责任。已满14岁不满16岁的人，犯杀人、重伤、抢劫、放火、惯窃罪或者其他严

重破坏社会秩序罪,应当负刑事责任。对于不满14岁的人,如果有危害社会的行为,都不能作为犯罪追究刑事责任。关于刑事责任能力问题,则明确规定了精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候,造成危害结果的,不负刑事责任。同时,由于犯罪都是具体的,因此,我国刑法分则对于一百多种具体犯罪的特殊构成要件以引证罪状、叙明罪状、空白罪状、简单罪状等不同立法形式,都作了明确的规定。例如,刑法第150条规定,以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的构成抢劫罪。由此可见,构成抢劫罪必须具备的条件是,除刑法总则中规定的犯罪主体必须是达到刑事责任年龄并具有刑事责任能力的自然人以外,犯罪的主观方面必须是故意,犯罪的客观方面必须有实施了以暴力、胁迫或者其他方法为手段的抢劫行为,犯罪的客体是公私财产的所有权,缺少其中任何一个条件,都不能构成抢劫罪。

我国刑法总则还明确规定了各种刑事责任的原则。例如,关于共同犯罪的刑事责任,规定对于主犯应当从重处罚;对于从犯应当比照主犯从轻、减轻处罚或者免除处罚;对于教唆犯按照其在共同犯罪中所起的作用处罚。关于累犯和惯犯的刑事责任,规定对累犯应当从重处罚,对惯犯规定了较重的法定刑。关于具有悔改、自首、立功情节的罪犯的刑事责任,规定对中止犯应当免除或者减轻处罚;对于自首犯,可以从轻、减轻处罚或者免除处罚,在执行刑罚期间有悔改、立功表现的,可以减刑、假释等。

刑罚的种类,分为主刑和附加刑两类。主刑有管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑五种;附加刑有罚金、剥夺政治权利和没收财产三种。另外还有只适用于犯罪的外国人和无国籍人的驱逐出境。在分则条文中对具体犯罪的法定刑的立法形式,既没有采取绝对确定的法定刑,也不采用绝对不确定的法定刑,

而是采用了相对确定的法定刑的立法形式，即在法律条文中规定一定的刑种，一定的刑罚幅度，并明确规定最高刑和最低刑。由审判人员在法定刑范围内，根据犯罪的具体情节，选择适当的刑罚。这样既避免了司法人员在确定刑罚时无所适从，也避免了漫无边际地自由裁量。另外，我国刑法还排斥不定期宣告刑的适用。上述种种，都充分说明了我国刑法对于犯罪，刑事责任和刑罚的适用都体现了罪刑法定的原则。

（三）在溯及力问题上主要采用不溯既往的原则。

我国刑法第9条规定：“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律、法令、政策不认为是犯罪的，适用当时的法律、法令、政策。如果当时的法律、法令、政策认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律、法令、政策追究刑事责任。但是，如果本法不认为是犯罪或者处罚较轻的，适用本法。”由此可见，我国刑法关于溯及力问题的规定，采取了从旧兼从轻的原则。即从1949年10月1日至1979年12月31日这段时期内的犯罪行为，按以下办法解决：第一，行为时的法律、法令、政策不认为是犯罪的，不论本刑法如何规定，均不认为犯罪。例如，非法侵入他人住宅，侵犯公民通信自由，便属于这种情况。第二，行为时的法律、法令、政策认为犯罪，而本刑法不认为犯罪的，只要该行为未经审判或者判决未确定的，即不认为犯罪。例如，通奸就属于这种情况。第三，行为时的法律、法令、政策和本刑法都认为是犯罪，而且是在刑法规定的追诉时效之内的，按照当时的法律、法令、政策追究刑事责任。但是，如果本刑法的法定刑轻于行为当时的法律、法令的法定刑时，适用本刑法。例如，林彪、江青反革命集团十名主犯所犯罪行为，按照他们犯罪时施行的《惩治反革命条例》和本刑法都认为犯罪，但是本刑法比《惩治反革命条例》处刑较轻，所以最高

人民法院特别法庭适用本刑法对他们定罪量刑。

当然也有例外情况，1983年全国人大常委会颁布并施行的《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》规定：“本决定公布后审判上述犯罪案件，适用本决定。”从而赋予了《决定》具有溯及既往的效力。但是，《决定》对从新原则的适用范围有严格的限制，它只对《决定》中规定的七种严重危害社会治安的犯罪分子有效。非《决定》列举的犯罪情况不能适用，《决定》规定从新原则的目的，在于纠正对某些严重刑事案件刑罚过轻或打击不力的偏向。

二、我国刑法实行有严格控制的类推制度

刑法第79条规定：“本法分则没有明文规定的犯罪，可以比照本法分则最相类似的条文定罪判刑，但是应当报请最高人民法院核准。”这就是我国刑法中的类推制度。我国在刑法制定过程中，总结了民主革命时期适用类推的经验，同时也考虑到，我国是一个幅员辽阔，人口众多的多民族国家，各地情况千差万别，犯罪情况十分复杂，形式多种多样，在这种情况下，要求一部刑法，尤其是第一部刑法，把已经发生和可能发生的形形色色的一切犯罪，都包罗无遗地明文规定出来，那是相当困难的，甚至也是不可能的。古人云：“三千已定之法，载之刑书者也；天下之情无穷，刑书所载有限，不可以有限之法，而穷无尽之情；要在用法者，斟酌损益之。”这就概括地说明了适用类推具有一定的合理性。为了切实保障国家和人民的利益，及时同法律虽无明文规定，但确实严重危害社会的行为作斗争，在坚持罪刑法定原则的基础上，实行有严格控制的类推制度作为补充，是完全必要的。同时，这也是我国刑事立法把原则性与灵活性结合起来的

一个范例，反映了我国同千变万化的犯罪现象作斗争的客观规律和经验总结。但是，在此必须指出的是，我国刑法上的类推与封建刑法上的类推，在性质和作用上是完全不同的，封建刑法中的类推，虽然载之于法律，但由于它没有严格限定适用的条件，更不是建立在犯罪构成理论的基础上，因此，从本质上说，它是属于罪行擅断主义的一个组成部分。而我国现行刑法上的类推，在实体内容和诉讼程序的适用条件上都加以严格的限制，其实质则是罪刑法定原则的一种补充形式，其目的是为了能够更好地惩治犯罪，保护人民。

当然，类推毕竟是针对法律无明文规定的行为，因此，类推适用必须十分严肃谨慎，否则就有破坏法制的危险。根据我国刑法的规定，适用类推必须遵守以下条件：

第一，依照类推定罪的行为，必须是具有社会危害性，而且，已经达到犯罪程度的。这是从刑法第10条犯罪的一般概念中直接得出来的适用类推的基础和前提。如果行为没有社会危害性，或者社会危害性没有达到犯罪的程度，那就缺乏犯罪的本质特征，从而也决不能依照类推来定罪判刑。

第二，依照类推定罪的行为，必须是刑法分则中没有明文规定的，如果这种行为在刑法分则条文中已有明文规定，就不能以任何理由不适用这一条文而类推适用其他条文。否则，就会产生以类推为借口，过轻或者过重地惩罚犯罪人，使法制遭到破坏。例如，奸淫精神病妇女或痴呆妇女，抢婚案件中强奸妇女，盗窃古墓，非法行医致人死亡，非法代人取节育环致人伤亡等，都可以直接根据刑法分则上的有关规定予以定罪判刑，而不应适用类推。

第三，必须比照刑法分则中最相类似的条文定罪判刑。在此，用什么标准来衡量两种行为的相似与相异点，是决定是否适