

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

刑法现代化：要借鉴更要创造 赵秉志等

预防职务犯罪的法律体系建设 黄京平等

加入《联合国反腐败公约》对中国刑事法制的影响 时延安

另一种“改造” 卢建平等

从国际人权公约看中国部分非暴力犯罪的死刑废止问题 高铭暄

法律如何规制见危不救行为 刘志伟等

劳动教养制度反思与革新 谢望原等

刑法学家王作富求解“天价”葡萄案

——定破坏生产经营罪符合法律和学理

王作富等

伊拉克战争引发国际刑法问题

——“伊拉克战争与国际刑法”学术报告会

综述 赵秉志等

COMMENTS ON CURRENT
PROBLEMS OF CRIMINAL LAW

刑法时评

(首卷·2003年卷)

主编 赵秉志



中国人民公安大学出版社

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

刑法时评

(首卷·2003年卷)

主 编 赵秉志

执行编辑 刘志伟

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法时评. 2003 卷/赵秉志主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2004. 6

ISBN 7-81087-773-9

I. 刑... II. 赵... III. 刑法—中国—文集
IV. D924.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 055076 号

刑法时评

COMMENTS ON CURRENT
PROBLEMS OF CRIMINAL LAW

赵秉志 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省抚宁县印刷厂

版 次: 2004 年 6 月第 1 版

印 次: 2004 年 6 月第 1 次

印 张: 13.5

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 390 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81087-773-9/D · 599

定 价: 26.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

编审委员会

- 高铭暄** 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心专职顾问，中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会名誉会长，国际刑法学协会副主席暨中国分会主席
- 王作富** 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心资深研究员，中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会顾问
- 赵秉志** 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心主任，中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长，国际刑法学协会中国分会副主席
- 卢建平** 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心执行主任，中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会常务理事暨常务副秘书长，国际刑法学协会副秘书长
- 黄京平** 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心副主任，中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会理事，北京市海淀区人民检察院副检察长
- 谢望原** 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员暨国际刑法研究所副所长，中国人民大学法学院教授、博士生导师
- 刘志伟** 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员，中国人民大学法学院副教授

前 言

刑事法治作为现代法治中一个极其重要的方面，在我国社会主义法治建设进程中扮演着十分重要的角色。而实践性突出的刑法学科，在刑事法治建设目标和方向的确立、原则和政策的设定、步骤和进程的规划、策略和措施的选择乃至现实问题的分析和解决诸多方面，发挥着无可替代的作用。因此，从事刑法学研究的单位和学者，理应切实担当起时代赋予的光荣使命。

作为刑事法治领域设立的国家重点研究基地的中国人民大学刑事法律科学研究中心，自1999年12月被教育部批准成立以来，即秉承中国人民大学刑法学科数十年来一贯坚持的关注现实、重视实践、务实求真的优良传统和学风，积极就我国刑事法治建设过程中出现的各种新情况、新问题展开多方位、多角度、多渠道的研究和咨询。本中心的有关研究咨询成果除通过以研究咨询报告的形式提交教育部主管部门及中央有关政法机关、以专题论文的形式在各种期刊杂志发表、以专题著作的形式公开出版外，尚有相当数量以短论、访谈、评论等形式散见于报纸、电视、广播等各种媒体。这部分成果篇幅短小、内容简练，但其蕴涵的学术思想和实践价值也不可低估。为使其更好地集中发挥社会效益，弘扬法治精神，促进国家的刑事法治和刑法学术研究，并倡导积极关注社会现实、及时回应法治要求的研究学风，本中心经与中国人民公安大学出版社协商，决定自2003年开始，将本中心研究人员在上一年度于媒体发表的各种短论、访谈、评论等研究成果精选汇集，以《刑法时评》之名称，由中国人民公安大学出版社作为年度性连续出版物公开出版。

《刑法时评》（首卷·2003年卷）收录的70余篇文章，是从本中心专职研究人员和部分兼职研究人员于2003年度在各报纸、电视、广播等媒体上发表的百余篇短论、访谈、评论性文章精选出来的，其

内容包括刑法现代化问题、刑法解释问题、区际管辖冲突问题、非暴力犯罪死刑的废止问题、劳动教养制度改革问题、刑罚的裁量与执行问题、社区矫正问题、与非典有关的刑法问题、恐怖主义犯罪问题、金融犯罪问题、侵犯知识产权犯罪问题、奸淫幼女犯罪问题、网络犯罪问题、腐败犯罪问题、伊拉克战争与国际刑法问题以及刑法适用中的其他问题，其涉及范围基本上涵盖了2003年度刑事法治领域中存在或新出现的各种重要问题。

我们由衷地希望，《刑法时评》能够与我国的刑事法治建设同呼吸共进步，为推动刑事法治建设的进程，为国家的繁荣昌盛、文明进步作出应有的贡献；并愿与广大刑法学者一道，同舟共济，携手并肩，以更加积极的姿态，饱满的热情，理性的目光，继续关注刑事法治现实，追寻美好辉煌的未来！

中国人民大学刑事法律科学研究中心主任

《刑法时评》主编

赵秉志教授 谨识

2004年5月

目 录

理论前沿

刑法现代化：要借鉴更要创造	赵秉志 罗 欣	3
莫让越权解释动摇罪刑法定根基	赵秉志 陈志军	8
刑法司法解释的理性思辨	曾粤兴 贾 凌	13
内地与港澳特区刑事管辖权划分之若干情形	赵秉志	18
解决中国区际刑事管辖权冲突的基本思路	时延安	23
简论恐怖主义犯罪及其惩治对策	赵秉志 王秀梅	27
略论证券犯罪立法调整及罪刑关系协调	王作富 顾 雷	31
中国网络犯罪的现状及特点	赵秉志 卢建平	36
遏制网络犯罪 法律尚待完善	赵秉志 卢建平	41
预防职务犯罪的法律体系建设	黄京平 李 翔	45
北京地区外来人口犯罪及其预防	黄京平	50
加入《联合国反腐败公约》对中国刑事法制 的影响	时延安	55
全球织网捕贪官	卢建平 邵道生 董 倩	59
另一种“改造”	卢建平 陆小华 董 倩	67

热点研讨

简析我国非暴力犯罪及其死刑立法	黄京平	77
关于中国逐步废止非暴力犯罪死刑的研讨	赵秉志	81
从中国死刑政策看非暴力犯罪死刑的逐步废止问题	赵秉志	84
从国际人权公约看中国部分非暴力犯罪的死刑废止问题	高铭暄	89
从国际社会废、减死刑的进程看我国非暴力犯罪死刑废止问题	卢建平	91
虚开增值税专用发票罪的死刑应当废除	张智辉	93
职务犯罪死刑立法需要反思和检讨	王作富 田宏杰	97
涉“非典”刑事案件法律适用探讨	赵秉志 刘志伟 许成磊 时延安	101
在严格掌握定罪标准前提下从重处罚	赵秉志 许成磊	119
突发公共卫生危机的刑法思考	赵秉志 时延安	124
应对突发公共事件适用刑法的理性思考	万云峰	128
非典期间哄抬物价罪行定性——兼论非法经营罪的刑法价值取向	赵秉志 许成磊	133

立法建言

现行累犯制度的不足及其立法完善	赵秉志 苏彩霞	139
-----------------------	---------	-----

完善我国缓刑考察制度的建议	刘志伟 左坚卫	144
完善惩治恐怖活动犯罪的立法	赵秉志 阴建峰	149
关于恐怖组织概念和特征的立法完善研讨	蒋 娜	154
关于制定《反洗钱法》的建言	卢建平 赵 骏	158
金融诈骗罪立法完善构想	聂立泽 徐留成	162
侵犯著作权罪的立法完善	王文华	167
法律如何规制见危不救行为	刘志伟 左坚卫	172
我国劳动教养制度司法化改革论纲	赵秉志等	176
劳动教养制度反思与革新	谢望原 刘 涛	187

新法点评

论《刑法修正案（四）》新增犯罪罪名的确定	黄京平 石 磊	195
传播突发传染病病原体行为适用法律解读	高铭暄	199

实务解析

关于“严打”的几点思考	赵秉志	205
简论律师刑事责任问题	赵秉志 时延安	208
“受委托人员”并非“其他依法从事公务人员”	王作富	213
牵连犯有独立存在价值	高铭暄 刘金林	217
论死刑缓期执行变更为死刑立即执行若干问题	黄京平 石 磊	219
关于自首与立功的两个问题	谢望原	224

浅论自动投案的对象	黄京平 杜 强	228
如何确定隔地犯的行为和结果	赵秉志 肖中华	232
如何理解犯罪故意的“明知”	赵秉志 肖中华	237
故意类型的划分和实践意义	赵秉志 肖中华	245
无认识过失中“应当预见”的判断	赵秉志 肖中华	252
不纯正不作为犯的认定	赵秉志 肖中华	256
销售侵权复制品可否以非法经营罪定罪处罚	赵秉志 肖中华	263
银行职员以诈骗手段侵吞资金的行为定性	赵秉志 肖中华	268
采用多种犯罪手段侵财如何确定罪名	王作富 罗 欣	273
简析打假中的刑法适用问题	赵秉志 许成磊	278
虚假出资罪若干问题刍议	左坚卫	282
非法经营同类营业罪认定中的疑难问题探讨	赵秉志 左坚卫	286
金融诈骗罪认定中若干共性问题探讨	赵秉志 许成磊	290
论销售假冒注册商标的商品罪的两个问题	刘志伟	295
非法拘禁罪构成特征探究	赵秉志 阴建峰	299
虐待被监管人罪主体中两个问题的探讨	刘志伟	304
谈“诉讼欺诈”行为的定性		
——兼论我国刑法中伪证罪的立法完善	郭理蓉	309
招摇撞骗罪客观要件解析	刘志伟	313
聚众斗殴罪若干实务问题研讨	刘志伟	316
贪污受贿“利用职务便利”有何不同	王作富	321

挪用公款是否继续犯 不能简单肯定或否定	王作富	324
多次挪用公款数额计算 理应区分情况分别处理	王作富	327
贿赂罪共同犯罪问题简析	赵秉志 姜 伟	330
当暴力成为游戏	卢建平 孙云晓 董 倩	334

案件直击

刑法学家王作富求解“天价”葡萄案 ——定破坏生产经营罪符合法律和学理	王作富 尚晓宇	345
民工偷吃葡萄引发法律争议	刘志伟 聂立泽	349
法不容情	卢建平 陈小川 董 倩	353
暴力抗法法不容	卢建平 李晓宁 董 倩	361
不仅仅是受贿	卢建平 陆建华 董 倩	367

域外撷英

俄罗斯联邦刑法的进展	赵 微	379
------------------	-----	-----

信息播报

主客观相统一原则必须坚持 ——最高人民法院有关“奸淫幼女犯罪”司法解释 专题研讨会纪要	阴建峰	387
开拓刑法解释理论研究的新境域 ——中国法学会刑法学研究会 2003 年学术研讨会 综述之一	时延安	396

当前刑事法治若干热点问题研究

——中国法学会刑法学研究会 2003 年学术研讨会

综述之二 阴建峰 廖万里 401

伊拉克战争引发国际刑法问题

——“伊拉克战争与国际刑法”学术报告会综述

..... 赵秉志 李文广 阴建峰 406

从国际刑法角度看萨达姆案件的审判

——“萨达姆与国际刑事审判”学术报告会综述

..... 廖万里 414

理论
前沿

理论
前沿

LILUN QIANYAN

刑法现代化：要借鉴更要创造

赵秉志* 罗 欣**

中国刑法的现代化是一个涉及方方面面的庞大的系统工程，既需要有精神上的超越和观念上的重塑，更需要进行制度层面的创新和司法运作的变革。为此，中国人民大学刑事法学研究中心主任、著名刑法学家赵秉志教授提出——

中国刑法的现代化是形神兼备的现代刑事法治的实现。立足本土、创造性借鉴外国刑事法治经验，是中国刑法现代化的必由之路。

问：赵教授，在法学界“言必称英美，话必谈接轨”的今天，作为中国法学会刑法学研究会会长，您认为中国刑法现代化的出路何在？

赵秉志（以下简称“赵”）：中国刑法的现代化是一个非常重要的课题。我曾指导的田文杰博士在此领域较早进行了具有开拓性的探讨。下面我所谈的实际上包含了田文杰博士的一些见解。

中国刑法的现代化是形神兼备的现代刑事法治的实现。中国刑法传统源远流长，一部中国法制史在很大程度上也可以说是一部中国刑法史。在中国这样一个有着独特法律文化传统的古老国度，其现代化的道路究竟何在？我们必须在继承和移植之间作出选择，使中国刑法尽快迈上现代化的坦途。我们认为，立足本土、创造性借鉴外国刑事

* 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心主任，中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长。

** 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心博士研究生，检察日报社记者。

法律，是中国刑法现代化的必由之路。这是因为，现代刑事法治建立所需要的市场经济基础还欠发达，还不能完全提供法制建设所需要的养分。例如，中国证券犯罪的设立，仅仅解决了惩治证券犯罪无法可依的问题，远不能满足证券市场健康、有序地发展对刑事法治的要求，正是证券犯罪本土资源的缺乏，使得我们必须主要借助于国际化的途径来设计中国证券犯罪的刑法体系。

因此，国际化与本土化相结合，在立足于利用本土资源的同时，着重进行外国刑法、国际刑法的创造性移植与吸纳，应当是、也只能是中国刑法现代化的道路选择。这不仅应当贯穿于现代刑事法律规范的设计，而且应当贯穿于现代刑法观念的培养和现代司法的实际运作。简言之，中国刑法的使命在于移植和创造，而不是继承和弘扬。

问：在中国刑法现代化的道路上，应当如何协调国际化和本土化二者的关系？

赵：扬弃本民族刑法文化传统，注重刑法本土化建设，与兼收并蓄外国刑法先进、合理的文明成果，融入刑法发展的国际潮流，是中国刑法现代化并行不悖的两条发展道路。法律的移植必须对中国的经济发展水平、历史传统、文化背景和风俗习惯等进行全面的考察和通盘的比较，即在移植外国法律以实现中国刑法的现代化的同时，应当注意本土化的问题。

刑法的现代化，不仅需要塑造现代刑法的精神，而且需要一个结构严密、层次分明、前后一致、相互连贯、和谐协调的现代化刑事法律规范体系。

问：实践证明，刑法规范的现代化是刑事司法现代化得以实现的前提条件，您如何看待中国刑事立法的现代化问题？

赵：刑法的现代化，不仅需要塑造现代刑法的精神，而且需要一个结构严密、层次分明、前后一致、相互连贯、和谐协调的现代化刑事法律规范体系。中国刑事立法的现状不容过分乐观，立法现代化的实现还有待时日。现行刑法初步确立了刑事立法现代化的标志——罪刑法定原则，由罪刑法定原则所决定现代化的刑事立法还应具有以下基本特征：刑法的谦抑性（即应合理确定刑法的调控范围，刑法介入社会生活应以维护和扩大自由为目的，而不应过多地干预社会）、

刑法的及时性、刑法的协调性，而这些在目前的刑事立法中都不容忽视。

针对中国刑事立法的实际情况，要使中国的刑事立法融入当代立法的世界潮流，应以建构理性主义立法模式为主，割断中国传统刑法中的人治主义因素，确立法律至上的理念和权威，合理地吸收经验理性主义尊重传统文化合理内容的精神，在追求国际化的同时，不脱离本国的国情和历史文化传统，将理性与经验科学地结合起来，走出一条符合中国国情的刑事立法的渐进变革之路。

问：您认为中国的刑事立法在国际化方面还有哪些需要改进的地方？

赵：近年来中国刑事立法在国际化方面取得了长足进步，如确立罪刑法定、罪责刑相适应、适用刑法平等三大基本原则以及普遍管辖权，等等，但中国刑法的国际化进程中须注意的方面还有：

一是重刑主义的弊端需要进一步克服。在中国，重刑主义的传统积弊太久，在世界刑法发展要求人道化、合理化的趋势下，现行刑法仍有一些不相切合的杂音，以罚金刑为例，现行刑法在对许多贪利性犯罪规定比例罚金制和普通罚金制的同时，仍然为过失犯罪、非贪利性犯罪以及部分贪利性犯罪保留了无限额罚金制。在死刑问题上重刑主义倾向更为明显，这里不一一列举。

二是非刑罚处理方法需要进一步完善。应借鉴世界刑法规范中的保安处分制度（即为了社会安全而对犯罪危险性的人与有可能被用于犯罪的物进行安全化处置如矫治、医疗、感化等方法体系）设置上的成功经验，在中国刑法中专章系统地规定保安处分措施，以推动中国刑事制裁体系的现代化和合理化。

三是反腐倡廉的力度要进一步加大。相对于各国刑法加大惩治贿赂犯罪的力度，强化刑法的吏治功能的世界趋势而言，我国现行刑法关于国家工作人员贿赂犯罪构成要件的规定过于拘谨和保守，有宽纵贿赂犯罪之虞。例如，受贿罪的成立必须利用职务上的便利，对斡旋受贿行为没有独立规定为一个罪名，等等。

四是国际犯罪的增设需进一步加强。除国际公约规定的国际犯罪之外，仍有相当数量的严重国际犯罪没有纳入我国现行刑法，例如，