

现代刑法问题新思考 第壹卷

赵秉志 著

刑法基本问题

本书以刑法基本问题为视野，在历史回顾与当下研究、理论发展与法治现实的全景视國中，理性地拓展刑法基础领域的前沿问题。

Fundamental Issues on Criminal Law



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

现代刑法问题新思考 第壹卷

刑法基本问题

赵秉志 著

D924.04
Z299-7

Fundamental Issues on Criminal Law

D924.04
Z299-7



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法基本问题/赵秉志著. —北京:北京大学出版社,2010.1

(现代刑法问题新思考丛书)

ISBN 978-7-301-16416-7

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第227293号

书 名: 刑法基本问题

著作责任者: 赵秉志 著

责任编辑: 孟 瑶

标准书号: ISBN 978-7-301-16416-7/D · 2508

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市欣欣印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 31印张 522千字

2010年1月第1版 2010年1月第1次印刷

定 价: 49.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

现代刑法问题新思考

前 言

现代社会是法治社会,刑事法治是现代法治的重要组成部分。现代刑事法治问题与社会发展和时代变迁息息相关。因而刑法学者关于刑法问题的思考和探索也应当坚持不懈、与时俱进。而撰著发表论文正是及时关注和研讨层出不穷的刑法理论与实务问题的恰当方式之一,一定时期论文的积累整理与结集出版又可以反映和检视研究者学术研究的轨迹。有鉴于此,在1996—1997年中国法制出版社出版我的五本文集《刑法研究系列》(选入我1996年以前十多年间的刑法论文)及2004年法律出版社出版我的四卷文集《赵秉志刑法学文集》(选入我1997—2002年六年间的刑法论文)的基础上,此次我又将自己于2003—2008年这六年间发表的刑法论文经认真筛选整理再成书四卷,作为以前问世的本人刑法学文集的续编,以《现代刑法问题新思考》为总题目,交由北京大学出版社出版。

这套四卷文集的第一卷为《刑法基本问题》,计七编24篇论文,分别论及了刑事法治、刑事政策、刑法机能、刑法哲学、刑法解释和国际公约的国内立法接轨等刑法基础领域的若干重要问题;第二卷为《罪刑总论问题》,计两编29篇论文,分别研究了犯罪总论和刑罚总论领域的诸多理论与实务问题;第三卷为《罪刑各论问题》,计五编34篇论文,分别探讨了经济犯罪、侵犯公民人身权利罪、侵犯财产罪、妨害社会管理秩序罪和贪污贿赂罪等方面的多种较新类型、常见多发、情况复杂、问题疑难的具体犯罪的罪刑问题;第四卷为《外向刑法问题》,计三编24篇论文,分别研讨了比较刑法、国际刑法和中国区际刑法领域的若干问题。第四卷后附有我2003—2008年间出版、发表论著的目录。这四卷文集的选编秉持本人以往文集选编的基本做法,仍以保持原文的观点和基本内容为原则,主要是进行技术性、规范性的编辑整理,并在文中注明原载报刊和合作者等情况(在此本人要向论文合作者衷心致谢)。

本文集编成后浏览思考之,我认为这四卷文集既是我于2003—2008年间学术历程的主要写照,也大体上反映了本人在学术研究中一贯推崇并着力

坚持和追求的四点学术风格:

一是关注法治现实问题。法学研究关注法治现实才有生命力,才有实际意义;法治现实不仅是当下法治的实际存在,而且是今后法治发展完善的基础;法治现实也是社会现状的反映,是社会发 展所依赖的一个重要条件。我认为,关注刑事法治的现实问题不仅应当是刑法学者的正确学风,而且也是刑法学者的责任所在。刑法学者尤其不应忽视刑事法治的重大现实问题。我曾提出:“是否关注重大现实法治问题,乃是衡量法律学人的社会责任感和学术良知的重要标志。刑事法治是现代法治的重要方面,其保护利益的广泛性、重要性和对违法制裁的特殊严厉性,决定了刑事法治领域的重大现实问题往往事关国家文明、社会进步和公民基本权益,因而尤应为刑法学者所关注。”^①因此,我的学术研究力图贴近法治现实,关注刑事法治的现实问题尤其是重大现实问题。

二是重视法治改革和法学前沿问题。改革是我国当代社会的主旋律,改革也应当是我国法治与法学繁荣发展的最强音,而法治改革往往需要法学前沿课题的开拓与伴随。本文集中有关刑法立法改革、宽严相济的基本刑事政策、刑法哲学、刑罚制度改革、死刑限制与逐步废止、劳动教养制度改革、社区矫正立法、网络犯罪治理等课题的研究,都可以说是本人关注刑事法治改革和刑法学前沿问题的一些努力。

三是强调理论联系实际。在1996—1997年间出版的我的第一套个人文集的自序中,我曾对刑法学研究中的理论联系实际之学风作过初步的思考和归纳,写下这样一段文字:“我认为,刑法学研究中的理论联系实际,有其丰富而合理的内涵,值得努力挖掘和大力弘扬。择其要者,至少应当正确地把握以下三对关系:第一,刑法实务与刑法理论……第二,法治现实与法治发展……第三,刑法实践与社会实践……”^②我认为,在社会科学研究领域,尤其是在刑法学等应用法学研究领域,理论联系实际事关学术研究的方向、道路和方法,具有特别重要的意义。在多年来的学术研究中,我一贯以此自律自勉,也以此引导和要求研究生。本文集中的多篇专论努力贯彻了理论联系实际。

四是注意心态开放暨视野开阔。我们正处在一个全球化的时代,开放的心态及全球化的视野是促使我国社会各项事业与国际先进水平看齐和同步发展的必要条件,我国的刑法学研究事业亦然。注意结合中国国情及其发展

^① 赵秉志:《死刑改革探索》,法律出版社2006年版,第801页。

^② 赵秉志:《刑法总论问题研究》(刑法研究系列之一),中国法制出版社1996年版,序言第2.3页。

需要研究借鉴国际社会先进的刑事法治经验和刑法理念,无疑会有益于我国刑事法治的进步和刑法学理论的繁荣发展。本人多年来一直注意关注、参与比较刑法、国际刑法和中国区际刑法等外向型刑法问题的研究,本文集中仍有此方面的多篇论文。愿此次四卷文集的问世有助于自己的学术回顾、反思、改进和奋力前行,也衷心希望借此有助于学界师长、同仁和读者朋友们的切磋指正。

这四卷文集是我在2003—2008年这六年间所发表的刑法论文的选集,其间发生了我个人人生和事业上的重大变迁:为谋求学术机构体制的创新并以此带来学术事业更大的发展平台和空间,2005年8月,在年近五旬之际,我毅然选择离开学习、研究和工作26载并有深厚社会科学实力和超强法学地位的中国人民大学暨人大法学院,与数位志同道合的同仁加盟虽为综合实力雄厚的百年名校但法学基础却异常薄弱的北京师范大学,开始了新的创业跋涉。当时法学界、法律界的广大师长、同仁,以及我们学术团队的亲朋好友,在理解和支持我们的事业追求的同时,对于我们开拓事业的艰辛以及事业发展能否顺利成功的前景,也有令人感动的关心乃至担心。肩负北京师范大学校领导排除各种干扰坚决引进我们学术团队的决心和热切期望,面对法学界、法律界对我们发展事业的广泛支持,我深感责任重大,深知“开弓没有回头箭”的道理,并坚信我们的事业追求必定成功。

四年来,我们相继创建了刑事法学领域全国首家具有独立性、实体性、综合性的高层次人才培养单位和学术研究单位北京师范大学刑事法律科学研究院,在北京师范大学原法律系的基础上建立了北京师范大学法学院,刑科院与法学院彼此独立又相互协作、取长补短、优势互补,初步实现了高校法学科体制上的创新和发展;北京师范大学法学两院尤其是刑科院以体制创新为基础,在团队构建、学科建设、学术研究、人才培养、学术交流、参与和服务国家法治建设诸方面都取得了令人瞩目的高起点、高水准、高速度的发展。

尽管四年的跨越式发展只能算是一个良好的开局,我们今后学术事业的发展还会有很长的路要走,还会面临很多挑战与困难,但毕竟“万事开头难”,“好的开端就是成功的一半”,我们对未来学术事业的发展前景充满了信心。近四年来,在领导北京师范大学法学两院事业发展的同时,我也始终牢记着学术研究乃是学者立身之本这一硬道理,坚持不懈地进行着刑法学的学术研究。

本文集大体上记载了这一特殊时期我在学术研究方面的脚步。行文至此,我不由得想到,我们学术团队试图开拓我国刑事法学研究的新局面、大格局的事业探索获得初步成功并前景辉煌,对此会感到由衷喜悦的恐怕要首推

我们年逾八旬的恩师高铭喧教授了。因为我们的探索寄托着恩师高铭喧教授等老一辈刑法学者的事业厚望和梦想。因此,我要把这套文集首先献给恩师高铭喧教授、马克昌教授等坚定而热诚地支持我们学术事业的老一辈刑法学家,献给北京师范大学法学两院尤其是刑科院的学术事业,同时也献给我国的刑事法治建设和刑法学研究事业。

最后,要特别感谢我的挚友,在北京大学出版社任职的蒋浩同仁。他在法律出版社任社长助理和学术分社社长期间,曾给我所领导的刑法学术团队出过很多书,也曾编辑出版过我的四卷本的《赵秉志刑法学文集》;与我们加盟北京师范大学差不多的时间,他也离开法律出版社而加盟北京大学出版社,此后四年来他也处在艰辛的创业时期,但基于多年的学术友谊和他对我们学术事业追求的理解与赞同,蒋浩同仁几年来对我们北京师范大学刑科院的支持可以说是不遗余力,为我们编辑出版了一系列学术书籍,我这套文集的编辑出版也正是他关心、支持的结果。对于蒋浩同仁的友谊和支持我心存感激;对于北京大学出版社有关领导的鼎力支持以及该社第五事业部担任本书责任编辑的陈晓洁、孟瑶、侯春杰、王建君等编辑同仁认真细致且颇具专业眼光的编审工作我深表谢意。北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生彭新林、周国良、钱小平和硕士研究生林燕、杨清惠、买园园、宋瑞勇、刘雷、杨光、仇芳芳、林少波、王君、鲁冠南、刘玉峰、陈志娟、徐啸宇、陈晨同学协助参与本文集的资料收集、整理和校对等编务工作,刑科院讲师蒋娜博士帮助翻译文集的英文目录,在此一并致谢。

赵秉志

2009年8月于北京师范大学
刑事法律科学研究院

目 录

I 刑事法治问题

- 1. 当代刑事法治重大现实问题研讨 3
- 2. 中国刑法学研究的现状与未来 37
- 3. 改革开放 30 年的刑法学研究 51
- 4. 积极促进刑法立法的改革与完善 75

II 刑事政策问题

- 5. 和谐社会构建与宽严相济刑事政策的贯彻 93
- 6. 宽严相济刑事政策视野中的中国刑事司法 119
- 7. 宽严相济刑事政策与刑法解释关系论 135
- 8. 简论“以人为本”与刑法的完善 158

III 刑法机能问题

- 9. 略论刑法的机能 167
- 10. 全球化时代中国刑法改革中的人权保障 181
- 11. 论中国刑事司法中的人权保障 198
- 12. 论弱势群体的刑法保护 216

IV 刑法哲学问题

13. 中国刑法哲学的产生和发展	229
14. 当代中国刑法哲学研究述评	250
15. 中国刑法哲学的发展方向	274

V 刑法解释问题

16. 刑法解释方法研究	291
17. 论越权刑法解释	307
18. 刑法司法解释改革若干问题研究	331

VI 刑法接轨问题

19. 中国反腐败刑事法治国际化论纲	367
20. 《联合国反腐败公约》在中国刑事立法中的转化模式评析	382
21. 关于我国刑事法治与《联合国反腐败公约》协调的几点初步探讨	393

VII 其他基本问题

22. 刑法学研究方法论要	405
23. 刑法总论中的若干争议问题研究	442
24. 中国行政刑法的立法缺憾与改进	465

Contents	481
----------------	-----

I

刑事法治问题

1. 当代刑事法治重大现实问题研讨*

目 次

- 一、引言：新中国刑法立法之演进/4
- 二、我国刑事法治发展进步的宏观问题/5
 - (一) 树立现代刑事法治理念/5
 - (二) 贯彻宽严相济刑事政策/7
 - (三) 恪守刑事法治基本原则/9
- 三、我国刑事立法领域的重大现实问题/11
 - (一) 犯罪化与非犯罪化问题/11
 - (二) 未成年人犯罪的刑事责任问题/14
 - (三) 单位犯罪问题/15
 - (四) 刑罚体系的调整与完善问题/18
 - (五) 社区矫正问题/19
 - (六) 国际公约在刑事法领域的贯彻问题/20
- 四、我国刑事司法领域的重大现实问题/24
 - (一) 刑事司法解释问题/25
 - (二) 死刑适用的司法限制问题/26
 - (三) 非公有制经济的刑法保护问题/28
 - (四) 劳动教养制度改革问题/29
 - (五) 刑事和解制度问题/32
 - (六) 重点领域的热点犯罪问题/33
- 五、结 语/35

* 原载《中共中央党校报告选》2008 年第 12 期。

一、引言：新中国刑法立法之演进

刑事法治是现代法治的重要领域。从内涵上说,刑事法治应涵括寻求公正、彰显理性、倡导和谐、保障人权等内容;就外延而言,刑事法治则包括刑事实体法治和刑事程序法治。过去我们往往把刑事程序与刑事实体看作是手段和目的的关系,常常重实体、轻程序,认为程序违法并不影响实体结论的正确性。事实上,正确实施刑事实体法以追求实质正义与严格遵守刑事诉讼程序以实现程序正义是现代刑事法治并行不悖的两个方面,应当统筹兼顾。

就新中国的刑事实体法治而言,其创制经历了一个长期而曲折的过程。早在新中国成立初期,国家就先后制定并颁布了一些单行刑事法规,但由于一系列政治运动的影响,“左”倾思想泛滥,法律虚无主义一度甚嚣尘上,刑法典的创制历经了诸多坎坷与反复。^①直至1979年7月1日,新中国第一部刑法典才获得通过,并于1980年1月1日起施行。这部刑法典的创制历时30年,前后易稿达38次之多,可谓来之不易。第一部刑法典的颁行,宣告了我国长期没有刑法之常典,而主要凭政策、司法解释及几部单行刑法治理犯罪之非常局面的终结,标志着我国刑法规范的基本具备,我国的刑事法治从此也步入了一个新的阶段。

但是,由于受到制定第一部刑法典当时的政治、经济、文化及社会治安形势的局限,加上立法经验的相对不足,使得我国第一部刑法典在观念上较为保守,内容上失于粗疏,以至于在很短的时间内便显露出与社会现实生活的诸多不适应。为此,我国最高立法机关先后颁布了25部单行刑法并在上百部非刑事法律中设置附属刑法条款,以因应社会形势之急需。不过,由于在刑法典之外存在如此繁多的单行刑法和附属刑法,缺乏一个体系上的归纳,刑法规范整体零乱和不便掌握的弊端在所难免;刑法典原有的一些规定虽可能暂时得以完善,但单行刑法规定的不合理内容和彼此缺乏照应的情况又随之产生。司法实践经验和理论研究均表明,为更有效地发挥我国刑法的社会调整功能,全面修改刑法,制定一部崭新的刑法典,实乃势在必行。^②

于是,我国最高立法机关自1982年起开始酝酿并自1988年起启动修订刑法典的工作。及至1997年3月14日,第八届全国人民代表大会第五次会

^① 参见高铭暄、赵秉志:《中国刑法立法之演进》,法律出版社2007年版,第41—43页。

^② 参见高铭暄、赵秉志:《中国刑法立法之演进》,法律出版社2007年版,第53页。

议通过了经系统修订的《中华人民共和国刑法》(以下简称1997年《刑法》)。这部刑法典于1997年10月1日起施行。1997年修订的刑法典是一部比较完备且富时代气息的具有里程碑意义的刑法典。它顺应时代的要求,贯彻依法治国、建设社会主义法治国家的基本方略,从而大大推动了我国刑事法治乃至整个法治建设的进程。

当然,刑事立法的科学性总是相对的,其发展和完善也必然是一个不断演进的过程。因此,唯有与时俱进,刑事立法才能为刑事法治进步和社会发展提供科学有力的法律基础。进而言之,1997年《刑法》虽然实现了刑法规范的统一性和完备性,但它也存在一定的局限性,且其局限性会随着社会发展和犯罪形势的变化愈益显现,故而需要不断予以完善。鉴于此,1997年《刑法》颁行以来十年间,基于我国刑事法治经验的不断总结和立法认识的逐步深化,国家立法机关又主要以刑法修正案的形式对刑法典作了七次重要的修改,从而促进了刑法的发展,推动了刑事法治的进步。

限于篇幅,笔者仅立足于我国刑事实体法治发展进步之现状,拟在简要探讨刑事实体法治诸宏观问题之基础上,分别以刑事立法和刑事司法为视角,选择若干干涉刑事法治发展进步的重要问题逐一予以剖析,着力揭示其中所存在的问题,并就相关制度的改革与完善略抒己见。

二、我国刑事法治发展进步的宏观问题

从全局上对我国刑事法治的发展进步产生影响的,主要是刑事法治理念、基本刑事政策和刑事法治的基本原则这三个方面的问题。

(一) 树立现代刑事法治理念

法治理念是现代法治的核心和灵魂。在党的十七大报告中,胡锦涛总书记站在发展社会主义民主政治以及加快建设社会主义法治国家的高度,统揽全局,高屋建瓴地提出了“弘扬法治精神”的主张。这一富有时代气息和战略号召力的崭新提法,便是以法治理念为基本底蕴的,因为法治精神乃是法治理念的集中体现。在建设社会主义法治国家的进程中,在刑事法治领域,必须树立现代刑事法治理念,弘扬现代刑事法治精神。进而言之,即应当从党的十七大报告提出的发展社会主义民主政治和加快建设社会主义法治国家的根本要求出发,将现代刑事法治理念所蕴含的公正、人权、理性、和谐之精神逐步融入、内化到刑事政策、刑事立法、刑事司法乃至公民刑事法治意识培养等方面。

首先,要着力倡导“公平、正义”的公正理念。公正是人类社会长期为之不懈奋斗的文明发展的重要目标,也是和谐社会建设的内在要求与题中应有之义。正如柏拉图所言:“公正的社会必定是和谐的。”而公平、正义等基本价值观念缺失的社会,不会是现代法治社会,更谈不上社会的和谐。没有社会的和谐,也就难以实现社会的科学发展。党的十七大报告提出:“要通过发展保障社会公平正义、不断促进社会和谐。”而社会的公平正义、社会的和谐,又正是社会科学发展所追求的重要目标和价值所在。科学发展与社会和谐、社会公平正义是内在统一的。作为和谐社会之基本价值的公平、正义,更是现代刑事法治的内在核心价值。因此,刑事法治的构建必须以公正理念为先导,并使之切实贯彻于正确定罪、妥当量刑和合理行刑等环节,从而彰显社会公平正义,保障法律适用的最佳效果,促进社会的和谐发展。^①

其次,应确立“以人为本”的理念,尊重和保障人权。“以人为本”不仅是“依法治国”方略的重要补充,而且是“法治”、“人权”观念的人文基础,是决定法治发展方向及其命运的最高精神力量。^②而“国家尊重和保障人权”不仅被《中华人民共和国宪法修正案(2004年)》所确认,而且又在党的十七大报告中得到重申和强调。坚持以人为本,尊重和保障人权,体现了尊重人、关爱人,谋求人的全面发展与社会进步的价值理念和精神旨趣。在刑事法治领域,确立“以人为本”理念,尊重和保障人权,即要求树立人权刑法观、多功能刑法观、刑法功能有限观等现代进步的刑法价值理念。刑法不仅仅是惩罚犯罪的“刀把子”,同时也是感化规导罪犯迷途知返的“金桥”。刑法不仅具有行为规制机能和法益保护机能,同时也具有人权保障的机能。^③诚如日本刑法学者所言,刑法既是“犯罪人的大宪章”,也是“善良公民的大宪章”。^④而且,随着社会发展与法治进步,应该适当加重刑法及其实践中有关人权保障的价值蕴含。

再次,要理性地应对犯罪,积极弘扬和谐的法治理念。刑罚的“双刃剑”特征总是提醒人们要慎用刑罚,而犯罪的危害性又总是在不断地刺激着人类本性中永远不灭的动用刑罚的神经,使刑罚的扩张和滥用成为一种必然的趋势。因此,刑罚的运用始终需要理性来驾驭,需要不断地克服任性制造的多

① 参见赵秉志:《以科学发展观引领刑事法治建设》,载《民主与法制》2007年第22期。

② 参见吕世伦、张学超:《“以人为本”与社会主义法治》,载《法制与社会发展》2005年第1期。

③ 参见赵秉志主编:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第31、32页。

④ 参见[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译校,上海翻译出版公司1992年版,第9页。

余之刑和滥用之刑。^①只有理性地应对犯罪,才能构建和谐刑事法治。而建设和谐刑事法治,关键是用和谐理念统领刑事法治。也就是说,用和谐理念统领刑事法律价值体系,将和谐精神融入刑事法律规范体系,用和谐精神指导刑事法律运行实践,使我国刑事法治充分体现社会主义和谐精神。在刑事立法上,要根据构建和谐社会的要求进行刑事法律的制定、修改或清理;在刑事执法上,要从有利于社会和谐出发,采取有利于社会和谐的方式进行刑事执法活动;在刑事司法上,则应把和谐的理念融入刑事司法理念之中,并使之统领公正和效率。^②

(二)贯彻宽严相济刑事政策

宽严相济的刑事政策,是指根据不同的社会形势、犯罪态势与犯罪的具体情况,对刑事犯罪在区别对待的基础上,科学、灵活地运用从宽和从严两种手段,打击和孤立极少数,教育、感化和挽救大多数,最大限度地实现法律效果和社会效果的统一。申言之,“宽”是指对于犯罪施以宽松刑事政策,在刑事处理上侧重宽大、宽缓、宽容;“严”是指对于犯罪施以严格刑事政策,在刑事处理上侧重严密、严厉、严肃;“济”蕴含着结合、配合、补充、渗透、协调、统一、和谐之意,亦即协调运用宽松刑事政策与严格刑事政策,以实现二者的相互依存、相互配合、相互补充、相互协调、有机统一。概而言之,宽严相济刑事政策的内容可以归结为:当宽则宽,该严则严,轻中有严,重中有宽,宽严有度,宽严适时。其核心则是区别对待。^③

作为我国当前应对犯罪的基本策略,宽严相济的刑事政策不但应在我国的刑事司法中得到充分体现和贯彻,在我国的刑事立法和刑罚执行中也都应得到充分体现和贯彻。它是惩办与宽大相结合基本刑事政策在新时期的继承和发展,应当被理解和确定为我国当前的基本刑事政策。切实贯彻宽严相济的刑事政策,合理地组织对犯罪的理性反应,不仅有助于不断化解社会矛盾,最大限度地减少不和谐因素,而且也有助于促进民主法治,践行社会主义法治理念,因而对于构建和谐刑事法治乃至构建社会主义和谐社会都具有重要的现实意义。具体来说,笔者认为,应从如下方面认真贯彻宽严相济的刑事政策^④:

① 张智辉:《刑法改革的价值取向》,载《中国法学》2005年第4期。

② 参见张文显:《走向和谐法治》,载《法学研究》2007年第4期。

③ 参见最高人民法院《关于贯彻宽严相济的刑事政策的报告》(2007年3月29日),第89页。

④ 参见赵秉志:《和谐社会构建与宽严相济刑事政策的贯彻》,载《吉林大学学报(社会科学版)》2007年第5期。